CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS
SEGUNDO TRIMESTRE DE 1990

Presidente
Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker

Vicepresidente
Doctora Consuelo Sarria Olcos

Secretaria General
Doctora Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Doctor Simón Rodríguez Rodríguez
Presidente
Doctor Guillermo Benavides Melo
(Se retiró el 20 de febrero de 1990)
A partir del 21 de febrero de 1990 se posesionó
el Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez
Doctor Samuel Buitrago Hurtado
(Se retiró el 15 de marzo de 1990)
A partir del 16 de marzo de 1990 se posesionó
el Doctor Rodrigo Vieira Puerta
Doctor Luis Antonio Alvarado Pantoja
(Se retiró el 6 de marzo de 1990)

A partir del 7 de marzo de 1990 se posesionó
el Doctor Pablo J. Cáceres Corrales

SECRETARIO
Señor Víctor M. Villaquirán M.

SECCION SEGUNDA

Doctora Clara Forero de Castro
Presidenta
Doctor Joaquín Barreto Ruiz
Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker
Doctor Alvaro Lecompte Luna

SECRETARIO
Doctor Miguel A. Perilla Perilla

SECCION TERCERA

Doctor Carlos Betancur Jaramillo
Presidente
Doctor Gustavo de Greiff Restrepo
Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo
(Se retiró el 18 de junio de 1990)
A partir del 19 de junio de 1990 se posesionó
el Doctor Carlos Gustavo Arrieta

SECRETARIO
Doctor Félix Arturo Mora Villate

SECCION CUARTA

Doctor Guillermo Chahín Lizcano
Presidente
Doctor Jaime Abella Zárate
Doctor Carmelo Martínez Conn
Doctora Consuelo Sarria Olcos

SECRETARIO
Señor Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Doctor Miguel González Rodríguez
Presidente
Doctor Jorge Penén Deltieure
Doctor Amado Gutiérrez Velásquez
Doctor Euclides Londoño Cardona

SECRETARIO
Doctor Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Doctor Jaime Paredes Tamayo
Presidente
Doctor Jaime Betancur Cuartas
Doctor Javier Henao Hidrón
Doctor Humberto Mora Osejo

SECRETARIA
Doctora Elizabeth Castro Reyes

FISCALIAS

1a. Doctor Alvaro León Cajiao
2a. Doctora Edné Cohén Daza
3a. Doctor Jaime Ossa Arbeláez
4a. Doctor Absalón Gartner Tobón
5a. Doctora María Eugenia Samper Rodríguez
6a. Doctora Dolly Pedraza de Arenas
7a. Doctora Mirén de la Lombana de Magyaroff
8a. Doctor Jaime Mossos Guarnizo

RELATORES

Doctora Sonia Mireya Vivas Pineda
Doctor Danilo Rojas Betancourth

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

Impreso en la Imprenta Universidad Nacional - Santafé de Bogotá, D.C.

SALA PLENA
DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

INDEMNIZACION A FORFAIT/ FALLA DEL SERVICIO MEDICO

La sentencia recurrida indica que el fallecimiento del oficial ocurrió por negligencia de los empleados del Hospital Militar Central al parecer, y suministrársele una sustancia nociva para la salud en lugar de una mezcla de glucosa para la curva de glicemia, lo cual implica o da derecho a indemnización plena o total. Debe descontarse de la indemnización total las prestaciones percibidas por esos hechos para evitar en esa forma un enriquecimiento sin causa.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. S-021. Actor: Esther Bodmer vda. de Garavito. Recurso de súplica contra la sentencia de 31 de octubre de 1985 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. FALLO.

La señora ESTHER BODMER VDA. DE GARAVITO, con cédula de ciudadanía No. 41.308.017 de Bogotá por medio de apoderado, con fundamento en el artículo 2º de la Ley II de 1975 interpone recurso extraordinario de súplica, contra la sentencia de octubre 31 de 1985 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado por acoger doctrina contraria a la jurisprudencia de esta Corporación, mencionando al efecto los siguientes fallos:

De la Sección Tercera

a) Sentencia de octubre 28 de 1976. Expediente No. 1482, actor: Banco Bananero del Magdalena, Ponente: Dr. Jorge Valencia Arango;

b) Sentencia de abril 29 de 1980. Expediente No. 2458, actor Mary Luz Arias de Amaya. Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo; y

c) Sentencia de noviembre 18 de 1982. Expediente No. 2908, actor Pedro Quijano Cuenca, Ponente Dr. Jorge Valencia Arango.

De la Sala Plena

a) Sentencia de diciembre 13 de 1983, expediente No. 10.807, actora Martha Lucía Arango vda. de Díaz. Ponente: Dr. Enrique Low Murtra.

ANTECEDENTES

La actora con fundamento en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941 demandó ante esta jurisdicción se declarara al Hospital Militar Central y a la Nación Colombiana civilmente responsables en forma solidaria por la muerte del Capitán de Fragata JORGE ENRIQUE GARAVITO MARTINEZ, ocurrida el 6 de abril de 1977 por causa de una falla en la prestación del servicio médico; subsidiariamente pidió declarar la responsabilidad exclusiva del Hospital Militar Central y realizar respecto de ésta última persona jurídica las condenas al pago de perjuicios materiales y morales actualizados.

Los elementos tipificantes de la responsabilidad aducidos fueron los siguientes:

1. La falla del servicio se hizo consistir en la negligencia de los empleados del Hospital Militar Central al preparar y suministrar al Capitán Garavito Martínez una sustancia venenosa en lugar de una mezcla de glucosa para un examen de curva de glicemia.

2. La relación de causalidad, en que la muerte del Capitán Garavito Martínez se produjo como consecuencia del envenenamiento producido por la sustancia suministrada por el Hospital Militar Central; y

3. El perjuicio, en que el Capitán Garavito Martínez era el único sostén de su familia y el profundo dolor que su muerte produjo en la viuda y sus hijos menores Alvaro Enrique y Héctor Alberto Garavito Bodmer.

Si bien el expediente No. 2930 contentivo de la sentencia de octubre 31 de 1985 que negó las súplicas de la demanda se destruyó en el incendio del Palacio de Justicia, conforme a los previsto en el Decreto 3825 de 1985 se ordenó su reconstrucción mediante auto del 23 de junio de 1987, destacándose de la mencionada providencia lo siguiente:

1o. Que por resolución No. 039 de abril 11 de 1977 la Jefatura de Operaciones Navales de la Armada Nacional dispuso adelantar investigación administrativa sobre las circunstancias relativas a la muerte del señor Capitán de Fragata Jorge

Enrique Garavito Martínez, la cual concluyó con proveído del 10 de junio de 1977 con el resultado de que el fallecimiento del capitán ocurrió "*por razón y causa del servicio*".

2o. Que mediante resolución No. 07523 de noviembre 28 de 1977 el Ministerio de Defensa Nacional ordenó el pago de prestaciones sociales consolidadas (incluye pensión mensual de beneficiarios por muerte en cuantía del 85% del sueldo básico que en todo tiempo perciba un Capitán de Fragata, más subsidio familiar, primas etc.), por la muerte del señor Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez, entre ellas la cantidad de $355.599.84 como compensación por muerte. Según el artículo 4º de la mencionada resolución el reajuste de la compensación por muerte y cesantía quedó sujeto al concepto que emitiera posteriormente la Contraloría General de la República sobre el particular.

3o. La Contraloría General de la República en concepto rendido el 20 de febrero de 1978 aclaró el concepto jurídico No. 00248 de diciembre 12 de 1977 en el sentido de que las prestaciones sociales a que tienen derecho los beneficiarios del Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez (q.e.p.d.) debían liquidarse con base en el artículo 160 del Decreto 612 de 1977 y no con base en el artículo 159 del mismo decreto porque la orden para exámenes de laboratorio expedida por el médico Teniente de Fragata Hernando Riveros Sánchez al señor Capitán Jorge Enrique Garavito Martínez el día 25 de marzo de 1977, los cuales debían realizarse en el Hospital Militar, no caben dentro del concepto "*muerte en misión de Servicios*" sino "*muerte simplemente en actividad*" cuya prestación consiste en que el Tesoro Público le pague por una sola vez una compensación equivalente a dos (2) años de los haberes correspondientes al grado del causante.

4o. A pesar de que la Contraloría General de la República conceptuó que la prestación por muerte debía liquidarse con base en el artículo 160 del Decreto 612 de 1977, el 6 de julio de 1979 la señora Esther Bodmer de Garavito solicitó al Ministerio de Defensa Nacional el reajuste de las prestaciones sociales con fundamento en el artículo 159, es decir muerte en misión del servicio, pendiente según el artículo 4º de la Resolución No. 07523 de noviembre 28 de 1977.

5o. Por su parte el Ministerio de Defensa Nacional por resolución No. 2168 de octubre 15 de 1979 se apartó el concepto de la Contraloría General en razón de que los conceptos emitidos por dicha entidad, según pronunciamiento del Consejo de Estado, no son obligatorios procediendo entonces al reajuste de las prestaciones sociales del Capitán Garavito Martínez ordenando el pago de $533.399.76 como compensación por muerte y la suma de $770.466.32 por cesantía doble, previa deducción de lo reconocido y pagado por los mismos conceptos ($740.833.33) en virtud de la Resolución No. 07523 de 1977.

6o. La sentencia mediante la cual la Sección Tercera de la Corporación denegó las súplicas de la demanda precisa que sí tiene en cuenta la investigación administrativa adelantada por la Jefatura de Operaciones Navales como la Resolución No. 2168 de 1979 que reajustó las prestaciones sociales de la víctima con base en el

criterio de que la muerte ocurrió en misión de servicios, posición defendía en todo momento por la cónyuge, en contraposición al Concepto de la Contraloría General que consideró el insuceso como "*muerte simplemente en actividad*" (artículo 160 Decreto 612/77), puntualiza que "el fallador no puede ni debe descartar el análisis de la conducta de las partes pues ésta juega un papel determinante en la valoración que el Juez hace de los hechos. No tendría sentido aceptar que frente a una autoridad, la naturaleza de éstos sea una, para hacerla producir las consecuencias jurídicas más onerosas para el Estado, y ante la jurisdicción contenciosa sea otra, es decir, la que no se quiso ante el Ministerio y que, según la jurisprudencia de la Corporación es la que permite ordenar el pago de la indemnización plena, violando así el axioma de la contradicción que enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo respecto".

Y agrega:

> "Ha dicho el Consejo de Estado que el Agente de Estado que sufre perjuicios en actividad *por fuera del servicio*, debe ser indemnizado plenamente, indemnización de la que descontarse aquella recibida en virtud de su estatuto laboral, la llamada "Forfait de la Pensión", con el fin de evitar una doble indemnización, tesis sostenida con base en el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley" (fls 20 y 21 cuaderno No. 4).

7o. En apoyo de ésta tésis el fallo de instancia cita la sentencia de Sala Plena de diciembre 13 de 1983, expediente No. 10.807, actor Martha Lucia Arango Díaz, Ponente: Dr. Enrique Low Murtra en la cual se puntualiza: "I. La doctrina en el caso de *accidentes sufridos por agentes del Estado* ha sostenido como norma general que la víctima no puede pretender más reparación que los derechos a pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral. La aplicación de esta regla, llamada "Forfait de la Pensión", naturalmente hace referencia a los daños sufridos por un funcionario en ejercicio de sus funciones y en forma común. Por esta razón, el régimen de prestaciones suela estar en armonía con la actividad que se cumple. Así al asumir mayores riesgos profesionales se tiene derecho a una mayor protección prestacional. En el caso de los militares, por ejemplo, este principio se cumple, no sólo destinando un régimen de mayores prestaciones dado sus riesgos especiales, sino también un régimen de excepción para soldados y oficiales ubicados en zonas especialmente peligrosas. En principio el régimen de indemnizaciones refleja estas ideas. Si las heridas o la muerte sufridas por un militar son causales (sic) dentro del servicio que prestan, las prestaciones por invalidez o muerte las cubren satisfactoriamente. Tal es el caso del militar que sufre lesiones en combate o el agente de policía que muere en la represión del delito".

> "2.- No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que han sido causadas por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enri-

quecimiento sin causa de las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total.

"Ejemplos típicos de esta situación se presentan en todos los casos en que el accidente se produce por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propia del agente tales como el militar que perece al cruzar un puente en construcción, sin señales de peligro o aquel que muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuando el militar no interviene en el operativo sino que cruza accidentalmente por el lugar. También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios del ejercicio. Tal el caso del militar que perece en accidente de tránsito debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de su avión debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.

"Este principio es fundamental: todo ciudadano es igual a los demás frente a la ley. El principio constitucional que ordena al Estado proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes y sobre el cual se fundamentan las acciones indemnizatorias según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, deben cubrir por igual a quien desempeña una función de servicio público como a quien es un simple ciudadano y no devenga sus ingresos del erario público. No sería justo que la calidad del servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión.

"Cabe pues aplicar la doctrina prevalente del Consejo de Estado sobre fallas del servicio pues el hecho que se discute en buena parte representa uno de aquellos casos en que el militar es víctima de hechos que exceden los normales riesgos profesionales" (fls. 29 a 32).

8o. Pese a lo anterior, la sentencia de octubre 31 de 1985 proferida por la Sección Tercera la Corporación denegó las súplicas de la demanda en razón de que "el causante falleció en misión del servicio y su cónyuge y herederos recibieron el pago total de las prestaciones con la filosofía que inspira la legislación en esta materia, esto es, en el tope máximo de ley" precisando que "ello explica que, como lo ha reiterado esta Corporación, no haya lugar a pago adicional alguno por la vía contenciosa" (fl. 22, cuaderno No. 4)

9o. En esta oportunidad el doctor Carlos Betancur Jaramillo aclaró su voto en los siguientes términos:

"Estimo que el Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez *no murió en misión del servicio,* (las subrayas son del señor Consejero) pero la conducta de sus damnificados, los que propiciaron la definición administrativa para su

lucro personal, y ahora quieren judicialmente otra, asimismo para obtener mayores ventajas, impuso mi voto favorable en la sentencia que aclaro.

"Además, el acto administrativo que los favoreció, a nivel gubernativo, no está impugnado y no podría la Sala dejarlo sin efecto. La prosperidad de la demanda implicaría la invalidación de éste, porque dicha prosperidad tendría como supuesto para ordenar la indemnización plena, una calificación distinta a la hecha en tal acto administrativo" (fl. 26).

LA SENTENCIA SUPLICADA

Sostiene el apoderado de la actora que el fundamento de la sentencia recurrida radica en el hecho de que los familiares del Capitán Garavito Martínez reclamaron ante el Ministerio de Defensa Nacional el pago de las prestaciones sociales y pensión de jubilación *por la muerte en misión del servicio* del mencionado militar, lo cual implicó el reconocimiento y pago de la indemnización a forfait.

Al referirse a los fundamentos del recurso extraordinario impetrado señala que quedó plenamente demostrado en el proceso que el Capitán Garavito Martínez falleció como consecuencia de una falla de la prestación del servicio médico del establecimiento público denominado Hospital Militar Central, falla que no era un riesgo propio de la actividad militar que éste debía asumir; y que su muerte tampoco se produjo con ocasión de la prestación de su servicio como militar. Además, que el Capitán Garavito no estaba vinculado laboralmente al Hospital Militar Central sino a la Armada Nacional. Y agrega: "El tomarse una curva de glicemia no constituye un riesgo propio de la actividad, una curva de glicemia es un examen médico propio de la actividad del Hospital Militar Central del servicio público médico asistencial que presta, una falla en tal servicio compromete su responsabilidad cuando estaba obligado a prestarlo" (fl. 9).

LA JURISPRUDENCIA CONTRARIADA

Precisa el recurrente que las jurisprudencias citadas establecen los siguientes principios doctrinales en materia de muerte por accidente sufridos por agentes del Estado:

"a) La aplicación de la regla llamada "Forfait de la Pensión". supone naturalmente que el daño que sufrió en ejercicio y con ocasión de sus funciones; que el daño causado es responsabilidad de la misma persona jurídica de Derecho Público a la cual se encuentra vinculada la persona que lo sufrió y esta persona jurídica la que si no operara la regla "Forfait de la Pensión" debía cancelar la pensión originada en la relación laboral y la indemnización originada en la responsabilidad extracontractual.

"b) No opera la regla anterior cuando el hecho generador de la responsabilidad no se sucede como un riesgo propio del cargo, o cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio, o cuando el hecho es ajeno al trabajo profesional propio del agente.

"c) Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones y pensión recibidas como consecuencia de los hechos deben descontarse de la indemnización total" (Fl. 7).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para efectos del recurso extraordinario de súplica ha sostenido el Consejo de Estado que debe tenerse como jurisprudencia de la Corporación la contenida en los fallos proferidos por la antigua Sala de Negocios Generales o la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la misma, por lo cual tendrían que desestimarse las tres primeras sentencias de la Sección Tercera, citadas por el recurrente y producidas en los procesos 1482, 2458 y 2908, en los cuales figuran como actores el Banco Bananero del Magdalena, Mary Luz Arias de Amaya y Pedro Quijano Cuenca respectivamente. No obstante, como se verá, ellas están en la misma dirección y sentido de la de la Sala Plena, que también se cita en el recurso, razón por demás para tomarlas en cuenta como elementos configurativos de la jurisprudencia anterior de la Corporación.

En relación con la jurisprudencia de la Sala Plena calendada el 13 de diciembre de 1983 que se invoca como contrariada, la Sala, luego del respectivo estudio y cotejo del fallo de instancia llega a la conclusión de que éste evidentemente se aparta de sus lineamientos jurisprudenciales, específicamente en cuanto en ella se sientan las siguientes premisas:

"1. Todo ciudadano es igual a los demás frente a la ley. El principio constitucional que ordena al Estado proteger a los ciudadanos en su vida, honra y bienes y sobre el cual se fundamentan las acciones indemnizatorias según reiterada jurisprudencia de esta Corporación, deben cubrir por igual a quien desempeña una función de servicio público como a quien es un simple ciudadano y no devenga sus ingresos del erario público. No sería justo que la calidad del servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión".

"2)1. La doctrina en el caso de accidentes sufridos por agentes del Estado ha sostenido como norma general que la victima no puede pretender más reparación que los derechos a pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral. La aplicación de esta regla, llamada "Forfait de la Pensión" naturalmente hace referencia a los daños sufridos por un funcionario en ejercicio de sus funciones y en forma común. Por esta razón, el régimen de prestaciones suele estar en armonía con la actividad que se cumple. Así al asumir mayores

riesgos profesionales se tiene derecho a una mayor protección prestacional. En el caso de los militares, por ejemplo, este principio se cumple, no solo destinando un régimen de mayores prestaciones dados sus riesgos especiales sino también un régimen de excepción para soldados y oficiales ubicados en zonas especialmente peligrosas. En principio el régimen de indemnizaciones refleja estas ideas".

"3) 2. No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que han sido causadas (heridas o muerte) por falla del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total. Ejemplos típicos de esta situación se presentan en todos los casos en que el accidente se produce por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente tales como el militar que perece al cruzar un puente en construcción, sin señales de peligro o aquel que muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuando el militar no interviene en el operativo sino que cruza accidentalmente por el lugar. También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios del ejercicio: Tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de su avión debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. En todos estos casos la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnizacion plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley" (fl. 29 al 31).

Ahora bien, la sentencia recurrida indica que el Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez falleció en forma independiente a la prestación ordinario o normal del servicio, pues su deceso ocurrió por negligencia de los empleados del Hospital Militar Central (falla del servicio médico asistencial), al parecer y suministrársele una sustancia nociva para la salud en lugar de una mezcla de glucosa para una curva de glicemia, lo cual implica o da derecho a indemnización plena o total de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, bien se trata de un simple ciudadano o de un servidor público que devenga sus ingresos del erario público, en cuyo caso, aplicando la sentencia de Sala Plena que se invoca como contrariada, debe descontarse de la indemnización total las prestaciones percibidas por esos hechos para evitar en esa forma un enriquecimiento sin causa.

Como se puede apreciar las circunstancias fácticas anteriormente reseñadas encuadran todas en los supuestos tomados de la sentencia de Sala Plena de diciembre 13 de 1983, lo cual implica la prosperidad del recurso incoado y por ende la información de la sentencia recurrida con el respectivo pronunciamiento de instancia que reemplace a aquélla.

Si bien es cierto que el expediente fue reconstruido por haber desaparecido por los hechos del Palacio de Justicia en noviembre de 1985, también es cierto que esa reconstrucción fue incompleta porque en ella no se tuvo en cuenta la solicitud de pruebas del peticionario que obra al folio 21 del cuaderno No. 1. Por lo tanto, esta deficiencia se salvará aplicando las reglas trazadas al respecto en el Decreto 3825 de 1985 en el sentido de que la mención de haberse acreditado con la demanda el matrimonio de Jorge Enrique Garavito M. y Esther Bodmer con fotocopia autenticada de certificación de la Notaría Segunda del Circulo de Bogotá de la partida de matrimonio No. 689; la defunción del Capitán Garavito Martínez mediante fotocopia autenticada del respectivo certificado y la condición de hijos legítimos del occiso, menores Alvaro Enrique y Héctor Alberto Garavito Bodmer, con sendas fotocopias autenticadas de las respectivas actas de nacimiento, son pruebas especiales e idóneas para probar tales hechos. Además la sentencia de instancia al transcribir el concepto fiscal reitera que tales hechos estaban debidamente comprobados en el expediente.

Por consiguiente, como se encuentra acreditado el interés jurídico de los demandantes, lo cual se deduce de la sentencia de mérito dictada por la Sección Tercera de la Corporación, debidamente autenticadas por auto de junio 23 de 1987, es evidente que los beneficiarios del Capitán Garavito Martínez son la señora Esther Bodmer vda. de Garavito y sus hijos legítimos Alvaro Enrique y Héctor Alberto Garavito Bodmer siendo por ello pertinente proceder a decretar la indemnización total la cual se liquidará de acuerdo con las siguientes bases:

1. Se condenará en abstracto lo relativo a los perjuicios materiales sufridos por Esther Bodmer vda. de Garavito, cónyuge supérstite de la víctima y los hijos legítimos Alvaro Enrique y Héctor Alberto Garavito Bodmer conforme lo preceptúan los artículos 307 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

2. Para cuantificar los perjuicios materiales se tendrá en cuenta el último salario devengado por el Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez. De este salario se presumen que un 25% era para gastos personales del occiso y por lo tanto, el restante 75% se repartirá en un 50% para la cónyuge supérstite y el otro 50% para dividirlo por parte iguales entre los dos hijos sobrevivientes.

3. La liquidación se hará con base en las fórmulas de las matemáticas financieras teniendo en cuenta los dos períodos aceptados por la jurisprudencia que son: a) el período vencido o consolidado que va de la fecha de la ocurrencia del hecho (muerte del Capitán de Fragata) hasta la ejecutoria del presente fallo: y b) el período futuro que se calculará, para la viuda, entre la ejecutoria del fallo y la edad probable de la víctima o de la cónyuge supérstite, la que resulte menor, y para los hijos, entre la misma ejecutoria y su mayoría de edad.

4. La condena a perjuicios materiales se actualizará de acuerdo con los índices de precios para empleados a la fecha de ejecutoria de la sentencia suministrados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.

5. Los perjuicios morales subjetivos o "pretium doloris" se reconocerán de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación así:

a) A la cónyuge supérstite, el equivalente en pesos de mil (1.000) gramos de oro de acuerdo a certificación del Banco de la República a la fecha de ejecutoria del presente fallo.

b) A cada uno de los hijos legítimos, el equivalente en pesos de mil (1.000) gramos oro de acuerdo a certificación del Banco de la República a la fecha de ejecutoria del presente fallo).

6. De la suma de los valores que resulten por la liquidación de perjuicios materiales, en los términos que se detallan en los numerales 2) a 4) precedentes, será necesario restar lo que hayan recibido tanto la cónyuge supérstite como los dos hijos legítimos del Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez a título de compensación por muerte y la suma que exceda a la liquidación por concepto de cesantía SENCILLA.

Por lo expuesto, la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. INFIRMASE la sentencia recurrida.

Segundo. DECLARASE al Establecimiento Público Hospital Militar Central, administrativamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes Esther Bodmer vda. de Garavito, Alvaro Enrique Garavito Bodmer y Héctor Alberto Garavito Bodmer, por la muerte del señor Capitán de Fragata Jorge Enrique Garavito Martínez, ocurrida el día 6 de abril de 1977.

Tercero. Como consecuencia de lo anterior, CONDENSASE en abstracto al Hospital Militar Central al pago de los perjuicios materiales causados a Esther Bodmer vda. de Garavito, Alvaro Enrique y Héctor Alberto Garavito Bodmer, indemnización que se liquidará teniendo en cuenta las bases fijadas en la parte motiva de este providencia y conforme a las previsiones del actual artículo 308 del C. de P.C.

Cuarto. CONDENASE al Hospital Militar Central al pago de los perjuicios morales y subjetivos tasados en el equivalente en pesos para cada uno de los demandantes, Esther Bodmer vda. de Garavito, Alvaro Enrique Garavito Bodmer y Héctor Alberto Garavito Bodmer, a razón de 1.000 gramos oro para cada uno de ellos de acuerdo a la certificación del Banco de la República para la fecha de ejecutoria del presente fallo.

Quinto. Las condenas aquí previstas devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de éste término.

Sexto. Este sentencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la Sección de origen para el cumplimiento del fallo.

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

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahín Lizcano, Pablo J. Cáceres Corrales*, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz*, Salva voto; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona*, Ausente; *armelo Martínez Conn*, Aclara voto; *Jorge Penén Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez*, Salva voto; *Consuelo Sarria Olcos*, Ausente; *Rodrigo Vieira Puerta*,

Nubia González Cerón, Secretaria General.

PERJUICIOS MATERIALES/ DAÑO (Salvamento de voto)

Dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no pueda ser eventual, hipotético, fundado en conjeturas. En el *sub-judice* se ordena, sin embargo, la indemnización con apoyo en un ingreso patrimonial del fallecido, puramente hipotético o eventual.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR JOAQUIN BARRETO RUIZ

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E. seis (6) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. S-021. Recurso de Súplica. Actora: ESTHER BODMER VDA. DE GARAVITO.

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia.

En tal sentido se han pronunciado tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia, en sentencias tales como:

La proferida por el Consejo de Estado dentro de la acción instaurada por la "Sociedad Agropecuaria 'El Limón' Ltda. y otros", con ponencia del H. Consejero Jacobo Pérez Escobar (Expediente 3134-3133 y 2889), en la que se expresó:

"La jurisprudencia del Consejo de Estado es reiterada en el sentido de que el daño ocasionado por una falla de la administración, que es la que se podría configurar aquí, no puede ser un daño eventual o hipotético sino real y verdaderamente concretado en los hechos..."

La de fecha mayo 7 de 1968, proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que expresa:

"El daño emergente abarca la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad; en tanto que el lucro cesante, cual lo indica la expresión, está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho. Y la pretensión indemnizatoria ha de conformarse a esta clasificación y ubicar adecuadamente los varios capítulos de la lesión.

La existencia de un perjuicio cierto es indispensable para su reconocimiento en juicio de responsabilidad (C.P.C., 480). La demostración del mismo, así no alcance pormenorizadamente sus detalles y cuantía discriminada, que quedaría para liquidación incidental posterior, es presupuesto de la condena, y debe hacerse con el empleo de los medios reconocidos en ley, que sean apropiados a tal fin." (Código Civil y Legislación Complementaria, Edición Exclusiva para la "Fundación para la Educación Superior" y el Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, página 581).

Sentencia de la Corte de fecha mayo 10 de 1977:

"Mas, como ya lo tiene averiguado la doctrina del derecho, para que un perjuicio sea objeto de reparación económica tiene que ser directo y cierto: lo primero porque sólo corresponde indemnizar el daño que se presenta como consecuencia de la cumpla; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en si concepto jurídico de daño indemnizable.

Por cuanto el perjuicio no se presume más que en los casos expresamente indicados en la ley, de los cuales son ejemplo la cláusula penal y el pacto de arras, a quien demanda judicialmente la indemnización del que ha sufrido le incumbe demostrar, por regla general y según los principios regulativos de la carga de la prueba, el daño cuya reparación solicita y su cuantía, puesto que la condenación por tal aspecto no puede extenderse a más allá del detrimento patrimonial padecido por la víctima. Solo que, en el evento de justificarse la existencia del perjuicio pero no su importe pecuniario, entonces la sentencia, en aplicación de lo imperado por los artículos 307 y 308 del C. de P. C. debe hacer la condena en abstracto, para en incidente posterior liquidar en guarismo líquido el monto de la obligación a que la condena en abstracto se refiere.

Dice en efecto la primera de estas dos normas, que "la condena al pago de... perjuicios u otra cosa semejante, se hará en forma genérica, cuando no aparezca demostrada su cuantía, señalando si fuere posible las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación". De acuerdo con el contenido de este precepto legal se impone afirmar, como lo tienen aceptado la doctrina y la jurisprudencia patrias, que para que la condena en abstracto a pagar perjuicios sea procedente es indispensable, salvo los casos taxativamente exceptuados, que en el proceso aparezca la prueba de que ellos se causaron y que faltó allí solamente liquidar su monto, porque la justificación de su valor no aparece." (Página 581 *ibídem*).

En el caso *sub-judice* la sentencia, tal como está concebida, ordena la indemnización con apoyo en un ingreso patrimonial del fallecido, puramente hipotético o eventual; porque razonablemente no se puede tener certeza de que el Capitán Garavito una vez retirado de la actividad militar, se hubiera dedicado a adelantar una labor lucrativa en lugar de dedicarse a disfrutar del descanso que le permitía su asignación de retiro; como tampoco puede saberse en tal evento, a partir de cuando se hubiera dedicado a dicha labor, ni la cuantía de los ingresos que le hubiera reportado tal actividad. Lo único cierto, al respecto, eran los haberes que percibía el fallecido por concepto de su actividad militar.

Joaquín Barreto Ruiz.

FALLA DEL SERVICIO MEDICO - (Salvamento de voto)

No puede válidamente hablarse de muerte por falla del servicio, debido a que existen actos administrativos válidos, ejecutoriados y cumplidos, según los cuales la muerte se produjo en misión del servicio, sin que dichos actos hayan sido objeto de controversia jurisdiccional ni en este caso ni en otro proceso.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. S-021. Recurso de Súplica. Actor: ESTHER BODMER VDA. DE GARAVITO.

Con el respeto debido a los compañeros de la Sala, no comparto la sentencia proferida por la Sala Plena, que infirmó la sentencia recurrida y condenó con base en que esta última acoge doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, por cuanto considero que la jurisprudencia contenida en la providencia de la Sala Plena del 13 de diciembre de 1983, que sirvió como fundamento para infirmar la sentencia de la Sección Tercera, no es aplicable al caso controvertido por las siguientes razones:

1a. Porque en el caso de autos no puede válidamente hablarse de muerte por falla del servicio, debido a que existen actos administrativos válidos, ejecutoriados y cumplidos, según los cuales la muerte se produjo en misión del servicio, sin que dichos actos hayan sido objeto de controversia jurisdiccional ni en este caso ni en otro proceso.

2a. Porque la declaratoria de muerte en misión del servicio, contenida en los mencionados actos administrativos ejecutoriados y cumplidos, fue hecha por la administración a instancias de los mismos familiares que, posteriormente en el proceso de la referencia, han alegado lo contrario, por lo cual no puede aducirse en este caso la aplicación del principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, que sirve de fundamento a la providencia presuntamente contrariada y que ha servido de base al presente fallo. No puede entenderse cómo este principio pueda aplicarse y beneficiar a quien, como los demandantes en el caso *sub-judice*, han reclamado sus derechos ante el Estado con base en argumentos contrarios según la autoridad ante quien se dirijen, y claramente con la finalidad de obtener mejores beneficios ante cada una de ellas.

3a. Por lo anterior, estoy de acuerdo con la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación y con la aclaración de voto que en esa oportunidad hizo el Consejero Carlos Betancur Jaramillo, en la parte que dice:

> "... el acto administrativo que los favoreció, a nivel gubernativo, no está impugnado y no podría la Sala dejarlo sin efecto. La prosperidad de la demanda implicaría la invalidación de este, porque dicha prosperidad tendría como supuesto para ordenar la indemnización plena una calificación distinta a la hecha en tal acto administrativo" (fl. 26 del Cuaderno No. 4 del expediente).

Libardo Rodríguez Rodríguez.

INDEMNIZACION A FORFAIT/ FALLA DEL SERVICIO MEDICO - (Aclaración de voto)

Son obligaciones que tienen distinto origen y por lo tanto no se excluyen. Además las indemnizaciones laborales no son plenas, por lo que el empleado o trabajador o sus herederos pueden procurar cuando haya razones para ello el reconocimiento de una indemnización plena.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. S-021

Por cuanto comparto la decisión tomada por la Corporación, solo me falta aclarar las razones que me llevaron a dar el voto afirmativo al proyecto de sentencia, que son las siguientes:

1. Está acreditado suficientemente en el expediente que el Capitán Garavito, no murió en acto del servicio Militar, sino como consecuencia de una fatal equivocación del personal médico del Hospital Militar donde estaba recluído, suministrándole veneno en lugar de la droga que le había ordenado el médico; se trata por lo tanto, de una falla del servicio del Hospital Militar como institución independiente de las Fuerzas Militares; su responsabilidad por lo mismo, no es de carácter laboral.

2. A la viuda del Capitán Garavito y a sus hijos, se le pagaron las prestaciones a que tenía derecho, como oficial de las Fuerzas Armadas de la República, las que tienen su causa en la Ley en su condición de miembro de las Fuerzas Armadas.

El Hospital Militar en cambio es responsable por una falla del servicio que le causó la muerte al Capitán Garavito.

Son por tanto, obligaciones que tienen distinto origen y por lo tanto no se excluyen. Además las indemnizaciones laborales no son plenas, por lo que el empleado o trabajador o sus herederos pueden procurar cuando haya razones para ello el reconocimiento de una indemnización plena.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

CREACION DE MUNICIPIO/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica/ **PURGA DE ILEGALIDAD**

Lo que se pretende es que la Sala mediante el análisis de las pruebas que por su carácter de nuevas no las consideró la Sección, y con base en disposiciones legales nuevas, se establezca que Bosconia sí reúne hoy los requisitos para funcionar como municipio. Tal pretensión es a todas luces improcedente dentro de la naturaleza y características del recurso extraordinario de súplica. Aún dentro de la figura de la purga de ilegalidad no cabría la mencionada pretensión a fin de que con respaldo en las pruebas nuevas y la legislación actual, se decida que Bosconia reúne los requisitos legales para ser municipio, no para demostrar que en razón de esa jurisprudencia el fallo de la Sección ha debido ser en sentido contrario al confirmatorio.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E., mayo quince (15) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Abella Zárate.

Referencia: Expediente No. S-098. Actor: MUNICIPIO DE BOSCONIA. Recurso de Súplica. FALLO.

El Municipio de Bosconia que actuó como parte impugnadora en el proceso de nulidad de la Ordenanza No. 01 de 1979 que culminó con la sentencia del 19 de diciembre de 1988 de la Sección Primera de esta Corporación, interpone recurso extraordinario de súplica (art. 2º Ley 11/75) contra la citada sentencia, mediante apoderado sustituto.

ANTECEDENTES

La Sección Primera en la providencia impugnada confirmó la del 26 de enero de 1986 del Tribunal Administrativo del Cesar que había declarado la nulidad de la Ordenanza 01 de 1979 que creó el Municipio de Bosconia segregándolo del de Copey, en razón de no haberse probado que se cumplieron a cabalidad algunos de los requisitos que para creación de municipios consagraba en aquella época la Ley 14 de 1969, en especial los relativos a la población de los dos sectores y la existencia de instalaciones para el funcionamiento de las autoridades locales.

La Sección Primera, bajo la perspectiva de que la controversia "versa sobre circunstancias existentes al momento de expedirse aquel (el acto impugnado) y que fueron las tenidas en cuenta por la Asamblea" no le atribuyó valor probatorio a constancias y certificaciones relacionadas con tales requisitos pero "con fecha posterior al acto impugnado".

EL RECURSO

Luego del recuento de los principales momentos del proceso, su reconstrucción y fallo, el recurrente se detiene a explicar el desarrollo socio económico de Bosconia durante los últimos diez años y el respaldo de algunos aspectos con certificaciones de entidades oficiales que fueron aportadas al proceso y el análisis con énfasis en su valor probatorio tendiente a demostrar que con ellos si estaban probados los requisitos para la creación del nuevo municipio.

Hace a continuación una crítica de la forma como la sentencia valoró o desechó varias de tales pruebas y dentro de las conclusiones que obtiene, expresa:

"...

"El Decreto 1333 de 1986 reemplazó a la Ley 14 de 1969 y Bosconia reune hoy sobradamente los requisitos del Decreto 1333 de 1986), (los requisitos del Decreto 1333 de 1986), los requisitos y supuestos fácticos se ajustan y encuadran estrictamente en el Decreto 1333 de 1986. Luego el Acto Administrativo purgó su posible ilegalidad.

"Las circunstancias fácticas variaron, variaron las formalidades y variaron las normas, la convalidación del acto; la purga de la ilegalidad se consolidó".

Considera el recurrente que exigirle a Bosconia que tramite una Ordenanza de creación como Municipio estando demostrado en el proceso que reúne los requisitos para serlo, iría en contra de varios de los principios orientadores de la actividad administrativa que consagra el Decreto 01/84 (economía, celeridad, eficacia).

Para los efectos del recurso interpuesto cita las siguientes como contrariadas :

"...

"1. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de abril 2 de 1982. Consejero Ponente: Dr. JACOBO PEREZ ESCOBAR, Actor: Jaime Calderón Gómez, expediente 787. ANALES T.CII, año LVII, números 473-474, primer semestre de 1982, páginas 508 a 515.

"...

"2. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de agosto 23 de 1984, Consejero Ponente Dr. SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Actor: LUIS H. HERNANDEZ, Expediente No. 4393 ANALES TOMO CVII, año LXI, números 483-84, segundo semestre de 1984, páginas 544-549.

"3. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Electoral de 26 de junio de 1986. Consejero Ponente Dr. CARMELO MARTINEZ CONN, ANALES T. CX. números 489-490, primer semestre de 1986, páginas 396-402.

"4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de mayo de 1973, Consejero Ponente Dr. CARLOS GALINDO PINILLA, ANALES T. LXXXIV, números 37-38, primer semestre de 1973, páginas 239-252.

"5. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera de 25 de mayo de 1968, Consejero Ponente Dr, ALFONSO MELUK, ANALES T. LXXIV, primer semestre de 1968, páginas 177-184".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corporación ha reiterado recientemente su criterio de que por "jurisprudencia" que se tiene en cuenta para los efectos del recurso extraordinario de Súplica interpuesto con base en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 es aquella sentada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las antiguas de Negocios Generales y Contenciosa Administrativa.

De acuerdo con esa directiva, de los fallos citados sólo tiene vocación para ser analizado el producido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 2 de abril de 1982, Expediente No. 787 con ponencia del Consejero Jacobo Pérez Escobar (Anales Nos. 473-474), primer semestre de 1982 páginas 508 y ss.).

Este fallo se refiere y analiza el fenómeno jurídico de la "purga de ilegalidad" que como parte de uno más amplio que es el de la "convalidación" de los actos administrativos, consiste -según dice el fallo- "en considerar no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su **nacimiento, si**

la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el juez contencioso administrativo, por derogatoria, subrogación o por haber sido declarada inexequible o nula, pero también porque haya recibido sustento legal posterior a su expedición".

No analiza el recurrente la forma como la Sección Primera pudo haber quebrantado esta jurisprudencia en su fallo de diciembre de 1988 cuyo campo de acción delimitado por los apelantes al examen de las pruebas presentadas para acreditar los requisitos que para crear nuevos municipios establecía la Ley 14 de 1969 y por ese camino establecer la legalidad de la Ordenanza 01/79 declarada nula por el Tribunal.

Centrado así en motivo del recurso de apelación que desató la Sección Primera, resulta ajeno a los planteamientos de los apelantes el tema de la purga de ilegalidad.

Al parecer lo que se pretende es que la Sala mediante el análisis de las pruebas que por su carácter de nuevas o producirse o referirse a hechos posteriores al acto acusado, no las consideró la Sección y con base en las disposiciones legales también nuevas (Decreto 1333/86), se establezca que Bosconia sí reúne hoy "sobradamente los requisitos para funcionar como municipio" y de ahí que culmine su criterio con la consideración de que si dentro del régimen del Decreto 1333/86 las Asambleas Departamentales conservan la competencia para crear nuevos municipios "...con los requisitos fácticos y formales que se demostró reúne Bosconia, entonces cuál es la razón para obligarlo a tramitar una nueva Ordenanza de creación?".

Tal pretensión es a todas luces improcedente dentro de la naturaleza y características del recurso extraordinario de súplica que la Sala ha precisado y reiterado en varios fallos que enfocan primordialmente a la unificación de la jurisprudencia de la Corporación. Aún dentro de la figura de la "purga de ilegalidad" no cabría la mencionada pretensión a fin de que con respaldo en las pruebas nuevas (inclusive circunstancias nuevas) y la legislación actual, se decida que Bosconia reúne los requisitos legales para ser municipio, no para demostrar que en razón de esa jurisprudencia el fallo de la Sección ha debido ser en sentido contrario al confirmatorio.

La Sala observa que esa situación no se le escapó a la Sección Primera la cual concluyo su providencia con el siguiente párrafo:

> **"Es posible que para la época en que se dicta esta sentencia Bosconia tenga los requisitos del Decreto 1333 de 1986 y Ley 14 de 1969. El Consejero** Ponente con motivo de la inspección practicada en esa localidad advirtió la pujanza económica y espíritu emprendedor de su pueblo. Si esto es así queda el camino abonado para que sus dirigentes promuevan su creación a través de los conductos políticos regulares y competentes, **esto es, su Asamblea, y**

entonces sí teniendo cuidado en cumplir debidamente las condiciones que la Constitución y la ley reclaman para ello".

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de la Sección Primera del 19 de noviembre de 1988 (Expediente No. 113).

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la Sección de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión del 15 de mayo de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano,*Salva el voto; *Gustavo de Greiff Restrepo,*Salva el voto; *Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Ausente; *Miguel González Rodríguez,*Salva el voto; *Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona,* Con aclaración de voto; *Carmelo Martínez Conn, Jorge Penén Deltiure, Julio César Uribe Acosta,*

Nubia González Cerón, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica (Salvamento de voto)

Si el legislador, como sostenemos a la vista de la historia fidedigna del establecimiento del recurso extraordinario de súplica, lo que pretendió fue que los cambios jurisprudenciales se hicieran, pero se realizaran ordenadamente y con mayor deliberación, debe abandonarse esa lógica que no establece ninguna relación entre las premisas de un argumento para llegar a una conclusión y aceptar que cuando se trate de cambiar jurisprudencia del Consejo de Estado (y ésta es, no sólo la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sino también de las secciones en que aquella se divida) ese cambio debe adoptarse, bien conjuntamente por tales secciones, a propuesta de la Sala o sección que esté conociendo del asunto, o bien por demanda del afectado con el cambio a través del recurso extraordinario de súplica.

La jurisprudencia que se contraríe para efectos del recurso extraordinario de súplica será la "de la Corporación" con lo cual queda claro que prosperará dicho recurso cuando tal contrariedad se refiera a jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las Secciones en que ésta se divide, porque, éstas y aquellas forman parte "de la Corporación".

SALVAMENTO DE VOTO
DE LOS DOCTORES MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ
Y GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- **Bogotá, D.E., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa (1990).**

Referencia: Expediente No. S-098. Actor: MUNICIPIO DE BOSCONIA.

Nuestra inconformidad con el fallo que antecede radica en la reafirmación que en él se hace del criterio de la Sala según el cual la jurisprudencia que debe tenerse en cuenta para los efectos del recurso extraordinario de súplica "es aquella sentada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las antiguas de Negocios Generales y Contencioso Administrativa".

Consideramos errado ese criterio por las razones que expusimos al discutirse la ponencia que fue acogida por mayoría, las que ahora repetimos así:

"1o. La llamada, con algún humor, "doctrina carmelitana", por el nombre del Consejero que fue ponente de la primera providencia en donde se expuso (marzo 25, 1981, Expediente No. 10392, Anales Primer Semestre 1981, página 526 y ss), sostiene que el recurso extraordinario de súplica sólo tiene cabida cuando se ha contrariado, por alguna de las Secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en auto o sentencia, alguna jurisprudencia consagrada por la Sala Plena y no por las respectivas Secciones.

"2o. Para sentar esta teoría, se dijo:

"a) De acuerdo con el artículo 24 del Decreto-Ley 528 de 1964, las cuatro salas o secciones de lo Contencioso Administrativo funcionan separadamente" en el conocimiento de los respectivos negocios, salvo cuando se trate de modificar alguna jurisprudencia, caso en el cual lo harán conjuntamente, previa convocatoria hecha por la sala o sección que esté conociendo del asunto.

"El artículo 2º de la Ley 11 de 1975, según la citada providencia, *aclaró* la norma anterior al expresar: "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en las que, sin la previa autorización de la sala plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia".

Aquí se considera importante glosar la firmación relativa a la pretendida *aclaración,* pues nada se aclaró porque no había nada confuso en lo que decía el Decreto Ley 528 de 1964.

"Nótese en efecto, que en ninguno de los dos textos se habla de jurisprudencia contrariada de la Sala Plena o de las Secciones, el artículo 24 del Decreto Ley 528 apenas habla de "cuando se trata de modificar alguna jurisprudencia..." y el artículo 2º de la Ley 11 establece recurso de súplica cuando "se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia".

"A pesar de que el legislador en ninguno de los dos textos se refirió al lugar concreto en donde se hubiera originado esa jurisprudencia cuya contrariedad se pretendía evitar (en lo posible), el autor de la doctrina que comentamos, que fue acogida en su momento por la Sala Plena (en su inmensa mayoría integrada por ilustres Consejeros que ya no hacen parte de la Corporación), expresó: "De los textos transcritos, se desprende, que la juris**prudencia cuya contradicción genera el**

recurso de súplica no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico, a petición de una de las secciones, o por decisión propia, procedimiento lógico y acorde con la ley, que así ofrece seguridad a la ciudadanía en general y a los litigantes en particular en cuanto a la estabilidad de sus decisiones sin obstaculizar el avance de la jurisprudencia en forma ordenada, para ponerla a tono con los necesarios e inevitables cambios sociales. Así se logra que sea la sección especializada, objetivo primordial del legislador, la que en primer lugar fije el criterio sobre los distintos problemas jurídicos sometidos a su decisión y con la única salvedad de que sobre ellos haya decidido la antigua Sala de Negocios Generales o las nuevas Secciones *conjuntamente* o lo que hoy se llama Sala Plena de lo Contencioso Administrativo."

"Con todo respeto no vemos la solidez del argumento: Cómo puede deducirse de unos textos que nada dicen sobre dónde debe haberse originado la "alguna jurisprudencia" que se trate de modificar o que se contraríe, que de ellos "se desprende" que tal jurisprudencia "no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado..."?

"b) Tal vez percibiendo esa falta de solidez, se pretendió apuntalar la argumentación diciendo que con el procedimiento de modificar jurisprudencia conjuntamente por las Secciones o mediante el recurso de súplica, "se logra que sea la sección especializada, objetivo primordial del legislador, la que en primer lugar fije el criterio sobre los distintos problemas jurídicos sometidos a su decisión y con la única salvedad de que sobre ellos haya decidido la antigua Sala de Negocios Generales o las nuevas Secciones 'conjuntamente' o lo que hoy se llama Sala Plena de lo Contencioso Administrativo". No se cayó en cuenta que este último argumento es tan débil como el primero porque el que sea una sección especializada la que primero fije un criterio sobre un punto de derecho en nada impide que ese criterio se proteja contra cambios intempestivos estableciendo que ellos deban ser tomados por las Secciones conjuntamente o que cuando ellas no lo hagan así se pueda recurrir en súplica ante la Sala Plena para que ésta decida si, por haber sido hecho sin tal previa aprobación conjunta, el cambio amerita mantenerse o deba ser variado.

"En otras palabras, la protección contra cambios en jurisprudencia, que bien buscó el legislador a través de esos dos procedimientos toma conjunta de decisiones o recurso de súplica -no permite inferir que esos cambios solo se pretendieron proteger cuando afectaban criterios de la Sala Plena y no de las Secciones. Tanto se afecta la seguridad de la ciudadanía en general y de los litigantes en particular, de que habla la providencia que se critica, cuando se adoptan criterios distintos a los fijados por la Sala Plena como cuando se varían de un día para otro, o aún sin tanta frecuencia, las decisiones de una Sección; ¿cómo podría sostenerse que esa seguridad sólo se afecta cuando se

contraría un criterio previamente fijado por la Sala Plena y no cuando se contraría el de la misma Sección? Decir que las secciones pueden cambiar por sí solas de jurisprudencia cuantas veces quieran, sin que nada pase a menos que el cambio implique contrariar doctrina sentada por la Sala Plena, porque entonces si algo puede pasar, a saber: que se puede pedir que el cambio sea examinado por dicha Sala Plena y luego afirmar que esto tiene sentido porque así se protege la seguridad jurídica de la ciudadanía y de los litigantes, carece de toda lógica pues ¿qué puede ser más inseguro que una jurisprudencia que puede cambiar inopinadamente con el solo requisito de no haber sido fijada por la Sala Plena?

"No; si el legislador, como sostenemos a la vista de la historia fidedigna del establecimiento del recurso extraordinario de súplica, lo que pretendió fue que los cambios jurisprudenciales se hicieran, pero se realizaran ordenadamente y con mayor deliberación, debe abandonarse esa lógica que no establece ninguna relación entre las premisas de un argumento para llegar a una conclusión, y aceptar que cuando se trate de cambiar jurisprudencia del Consejo de Estado (y ésta es, no solo la de la Sala Plena de lo Contenciosos Administrativo, sino también de las Secciones en que aquella se divida) ese cambio debe adoptarse, bien conjuntamente por tales Secciones, a propuesta de la sala o seccion que esté conociendo del asunto, como lo dice el artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1964 y como lo reguló el mismo Consejo cuando adoptó su "reglamento Interno", o bien por demanda del afectado con el cambio a través del recurso de súplica, como lo establece el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.

"Con la interpretación que le dio la "doctrina carmelitana" a la expresión "alguna jurisprudencia", usada por los legisladores de 1964 y 1975, lo que se hizo fue crear jurisprudencias de mejor o peor familia según tuvieran su origen en una Sección o en la Sala Plena, desconociendo que ambas son jurisprudencia y que ambas pueden crear inseguridad si se varían intempestiva o frecuentemente.

"c) Tampoco se debió sentir tranquilo el ponente con su anterior argumento porque enseguida pretendió también apuntalarlo, expresando: 'Dicho de otra manera: Previo el legislador que una sección de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado interpretara una norma legal en sentido distinto a como lo ha hecho la Corporación, introduciendo un factor de incertidumbre o inestabilidad en las decisiones del máximo juez de lo contencioso en el país, y por ello dio a la Corporación la posibilidad de corregir el factor de incertidumbre a través del recurso de súplica; pero igualmente y en previsión de que la doctrina no se estancara, ofrece a la sección la posibilidad de modificar la doctrina de la Corporación, a través de la previa adopción por ésta de la nueva interpretación acerca de un punto de derecho'.

"No tuvo en cuenta el ponente, quizá, que lo anterior en nada servía para recabar en que la jurisprudencia que abra la posibilidad para el recurso de súplica o la que se pretenda cambiar por alguna de las secciones deba ser la

de la Sala Plena. Y no le sirve porque el factor de incertidumbre que se introduce con los cambios de jurisprudencia no se corrige simplemente *inventando* que el legislador se refirió a doctrina sentada por la Sala Plena, cuando en ninguna parte hizo mención a ésta ni tampoco *imaginando* que esa incertidumbre no existe cuando el cambio lo hace la propia Sección.

"No; toda posibilidad de cambio jurisprudencial por su naturaleza crea incertidumbre y la única manera de evitarla, en la justicia ordinaria, ha sido a través del recurso de casación, uno de cuyas principales finalidades fue, desde cuando se estableció en Francia, la de contribuir a la unificación de la jurisprudencia y en la jurisdicción contencioso administrativa mediante el expediente de llevar a Sala Plena las decisiones en donde ese cambio se pretenda y, cuando las secciones no lo hagan, a través del recurso de súplica.

"3o. Finalmente, recorriendo todo el tiempo un mismo círculo vicioso, dijo el ponente: "Es obvio que una sección puede tomar una decisión novedosa sobre un punto de derecho antes no estudiado y después revisar y modificar su propia interpretación (lo que nada significa porque lo mismo puede hacer la Sala Penal), pero esto no autoriza el recurso de súplica puesto que éste solo procede contra las sentencias de las secciones que sean contrarias a doctrinas adoptadas por la antigua Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (petición de principio, porque se supone que esto es lo que se trata de demostrar)".

"Nótese que aquí la providencia no hace otra cosa que asumir como verdad inconclusa lo que precisamente debería probar primero: que la jurisprudencia que se pretenda cambiar o la que se contraríe, es la que proviene de la Sala Plena.

"Y luego agrega que mientras el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 habla indistintamente de salas o secciones, en cambio el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, distingue entre las decisiones de la Sala Plena y las de las Secciones al decir: "Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que sin la previa aprobación de la Sala Plena (de lo Contencioso del Consejo de Estado se aclara) se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia", y se pregunta el autor ¿Cuál jurisprudencia? para responderse con una petición de principio: 'Obviamente la de la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado, que garantiza la unidad jurisprudencial de la Corporación sin perjuicio del avance especializado de las secciones'.

"A lo anterior debe observarse: a) Claro que el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 distingue entre decisiones de la Sala Plena y las de las Secciones, pues sería absurdo que no lo hiciera ya que no podría concebirse un recurso de súplica contra auto o sentencia de la Sala Plena que contradijera doctrina sentada por la misma Sala Plena; esto sí es obvio. Además, no entendemos qué quiso decir con que el artículo 2º hace esta distinción y, en cambio que el **artículo 24 del Decreto 528 no**

la hace, pues anteriormente el autor de la "doctrina" había dicho que en ambas disposiciones la expresión 'alguna jurisprudencia' se refería a la de la Sala Plena y no a la de las Secciones. Quizá aquí lo traicionó el subconsciente pues debió recordar que el artículo 13 del reglamento de la Corporación precisamente acepta que los cambios jurisprudenciales que deben llevarse a Sala Plena son los de dos doctrinas acogidas por la misma o por cualquiera de las Secciones.

"b) Es cierto que la jurisprudencia de la Sala Plena garantiza la unidad jurisprudencial de la Corporación, pero de esto no se sigue que la jurisprudencia contrariada o la que se pretenda cambiar deba ser la de la Sala Plena, porque la dicha unidad jurisprudencial se garantiza también *y en mayor grado* interpretando que debe llevarse a Sala Plena todo cambio de doctrina fijada o que el recurso de súplica se abre camino cuando se demuestre contrariedad con cualquier jurisprudencia de la Corporación -Sala Plena o Sesiones de éstapues tan de la Corporación son las doctrinas de aquélla como las de éstas.

"No se diga que cambiando la 'doctrina carmelitana' se hace más gravoso el trabajo de la Sala Plena pues, en primer término, esto no sería argumento para desvirtuar la tesis que propugnamos, que no depende de quien tenga que trabajar más o menos, y en segundo lugar, porque de todas maneras ese trabajo potencial existe si las Secciones dieran cumplimiento como les corresponde a su obligación de llevar a la Sala Plena aquellos casos en donde 'se trate de modificar alguna jurisprudencia' y como lo contempla, según ya se citó, el reglamento de la Corporación, es decir del Consejo de Estado, reglamento, en consecuencia, obligatorio no solo para la Sala Plena sino para cada una de sus Secciones y de los miembros que las integran. (El artículo 13 de los acuerdos reglamentarios Nos. 2 de 1971 y 1 de 1978, lo dicen claramente: 'Para los efectos del artículo 24 del Decreto 528 de 1964, se entiende por jurisprudencia *dos decisiones uniformes* sobre un mismo punto de derecho *proferidas por cualquiera de las salas o secciones.* Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena de lo Contencioso administrativo, previa convocatoria hecha por la Sala o sección que conozca del asunto'. (Subrayas fuera del texto).

"4o. Para terminar quizá no sobre advertir que de acuerdo con el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue subrogado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, la jurisprudencia que se contraríe para efectos del recurso de súplica será la 'de la Corporación', con lo cual queda claro que prosperará dicho recurso cuando tal contrariedad se refiera a jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las Secciones en que ésta se divide, porque, se repite, éstas y aquélla forman parte 'de la Corporación'."

Por la aplicación que se hizo del criterio que censuramos no se tuvo la oportunidad de examinar sino una de las jurisprudencias que se alegaron

como contrariadas y se privó al actor del recurso de la posibilidad de que éste hubiera podido prosperar.

Miguel González Rodríguez, Gustavo de Greiff Restrepo.

Nota de Relatoría: El salvamento de voto del Consejero Dr. GUILLERMO CHAHIN LIZCANO se refiere igualmente a lo que debe entenderse por jurisprudencia para efectos del recurso extraordinario de súplica. El Consejero Dr.EUCLIDES LONDOÑO CARDONA, por su parte aclara el voto en punto de la purga de ilegalidad que se menciona en el fallo. Tales salvamento y aclaración son:

SALVEDAD DE VOTO
DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO

Referencia: Expediente No. S-098. Actor: Municipio de Bosconia.

Mi disenso en relación con la sentencia de la Sala Plena no está referido a la decisión adoptada sino a las consideraciones en que ella se funda y esencialmente en cuanto en las mismas se reitera el criterio de la mayoría de la Sala que tiene establecido jurisprudencialmente que para efectos del recurso extraordinario de súplica interpuesto con base en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, sólo puede aducirse como jurisprudencia contrariada por la providencia objeto del recurso, la sentada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o las Antiguas Salas de Negocios Generales y Contencioso Administrativa.

El suscrito Consejero no ha compartido dicho criterio jurisprudencial porque supone una grande limitación al concepto mismo de "jurisprudencia", dando a entender que toda la elaboración doctrinaria contenida en las decisiones de las Secciones de la Sala Contencioso Administrativa carece de tal calidad y porque desconocer que existe definición legal sobre dicho concepto, cual es la contenida en el Reglamento mismo del Consejo de Estado que a la letra dice en su artículo 13:

> "Para los efectos del artículo 24 del Decreto Ley 528 de 1964, *se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones*. Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena de lo Contencioso, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto" (Subrayado mío).

Por lo demás, no sobra recordar la regla de interpretación de carácter imperativo por estar contenida en la ley, de que "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 éstas su significado legal". (artículo 28 C.C.), regla que se desconoce absolutamente en la tesis de la cual, con el debido respeto y consideración por quienes la respaldan, he discrepado.

Guillermo Chahín Lizcano.

ACLARACION DEL VOTO
DEL DOCTOR EUCLIDES LONDOÑO CARDONA

Referencia: Expediente No. S-098. Recurso Extraordinario de Súplica. Actor: MUNICIPIO DE BOSCONIA.

Voté afirmativamente la ponencia presentada en este proceso por el Honorable Consejero doctor JAIME ABELLA ZARATE, con la manifestación de la aclaración de mi voto, por cuanto en la parte motiva de ella se menciona el fenómeno jurídico de la "purga de ilegalidad", fenómeno sobre el cual la Sección Quinta con ponencia del suscrito sentó su criterio en sentencia de fecha 21 de septiembre de 1989, expediente No. 0326, actor ORLANDO MANUEL DANGOND NOGUERA, confirmado luego en decisión de fecha 25 de septiembre de 1989, expediente No. 0323, actor: GUSTAVO CERTAIN DUNCAN, con ponencia del Honorable Consejero doctor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ. Más, como puede verse en las consideraciones que sirvieron de soporte motivo a la ponencia aprobada la alusión al fenómeno de la "purga de ilegalidad" no pasa de ser una simple referencia al contenido del fallo proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 2 de abril de 1982, expediente No. 787, con ponencia del Honorable Consejero doctor JACOBO PEREZ ESCOBAR, refe-rencia que no implica la reiteración del criterio doctrinario que en dicho fallo se sentó sobre tal fenómeno.

Euclides Londoño Cardona.

Bogotá, 22 de junio de 1990.

PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/ RECURSO DE APELACION-Sustentación/ **JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA/ COMPETENCIA**

El recurso se circunscribe al estudio de los motivos de inconformidad planteados en la sustentación, pues el alegato presentado en otra etapa del proceso y con finalidad diferente, no puede modificar el contenido y la esencia de la apelación.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS

No es que la Corporación niegue el derecho al resarcimiento del daño moral que pueden sufrir los parientes de la víctima sino que se trata de un problema esencialmente probatorio. Es decir, los daños, cualquiera que ellos sean, patrimoniales o extrapatrimoniales, pueden y deben ser resarcidos, pero ellos no se presumen sino que deben ser demostrados por quienes los reclaman, excepto cuando quienes sufren los morales son los padres, hijos o cónyuges. Estuvo acertado el fallador de primera instancia al aceptar como indicios del daño moral la relación familiar entre el hijo fallecido y sus hermanos menores con quienes convivía pero no en relación con los mayores, quienes aparentemente hacían vida separada y que también veían materialmente por sus padres.

LIQUIDACION DE CONDENA-Pautas

La suma que se obtenga como monto del salario mensual se actualizará conforme a la fórmula $Vp = S \frac{Ind.final}{Ind.inicial}$

Para el cálculo de la indemnización se tomarán en cuenta dos períodos: uno para la indemnización vencida o consolidada y otro para la indemnización futura o anticipada.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administativo.- **Bogotá, D.E., dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa (1990).**

Consejero Ponente: ***Dra. Clara Forero de Castro.***

Referencia: Expediente No. S-121. Actor: Francisco Luis Hincapié S. y Otros. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA E IMPORTANCIA.

El señor apoderado de los demandantes, en su condición de tal y sin especificar a nombre de cuáles de ellos apela, interpone dicho recurso contra la sentencia de 1o. de julio de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

1o. Francisco Luis Hincapié S. y María Betsabé Jaramillo O., Mario de Jesús, Argemiro, Deyanira de Jesús, Celso de Jesús, Martha Elvia, Hernán de Jesús, Jaime Uriel, Carlos Humberto, María Concepción, María Lucero, Blas Edilio y María Nohemy Hincapié Jaramillo, solicitaron que se declara a la Nación, el Fondo Vial Nacional y el Instituto Nacional de Transporte, "Intra", solidariamente responsables de los perjuicios, materiales y morales, causados a los padres con la muerte del señor Hincapié Jaramillo, y a los hermanos de los morales ocasionados con la misma muerte. En relación con los perjuicios materiales solicitaron su actualización en la fecha de la sentencia o su liquidación y pidieron que en subsidio y a falta de bases suficientes para la fijación matemática de los mismos se fijaran "equitativamente por el Tribunal equivalente de cuatro mil gramos de oro fino, para cada uno, de conformidad con los artículos 107 del C. Penal y 8º de la Ley 153 de 1887".

2o. En la misma demanda, el señor Luis Carvajal Vergara pidió se declarara a los demandados, responsables de los perjuicios materiales y morales causados con ocasión de los mismos hechos en que pereció el señor Hincapié Jaramillo, cuando se destruyó un vehículo de propiedad del demandante y pidió que el pago de los perjuicios materiales se hiciera "en pesos de valor constante en relación con la evolución del Indice de Precios al Por Mayor del País".

3o. Los hechos de la demanda se pueden sintetizar así:

"a) La Nación (Fondo Nacional de Inmuebles Nacionales), es propietaria de la CARRETERA TRONCAL DE OCCIDENTE que, pasando por Cali y Medellín, une los océanos Pacífico y Atlántico, de Buenaventura a Cartagena".

"b) En dicha carretera, en el sector Puerto Valdivia-Caucasia, el Fondo Vial Nacional, directamente o por medio de contratistas o concesionarios, construyó dos casetas para el recaudo "del impuesto de peaje", una en el paraje "La Fea" del

corregimiento de Puerto Valdivia, municipio del mismo nombre y la otra en el municipio de El Jardín.

"c) El 15 de julio de 1984 en las horas de la noche, se estrelló, contra el muro de protección del extremo norte de la CASETA de "La Fea", el camión de estacas, Ford 1951, azul y marfil, chasis E1HM12499, con placas TA-53-55, de servicio público, para 10 toneladas, accidente en el cual perdió la vida el señor Julio César Hincapié Jaramillo, el camión "quedó reducido a chatarra" y se perdió, también, el cargamento de 4.000 kilogramos de queso que transportaba con destino a Quibdó.

"d) El accidente se debió al mal diseño de construcción de la caseta; a su mala ubicación; a su abandono, pues hacía años que no se cobraba peajes; a que se construyeron junto a ella "dos gigantescos muros de protección contra los cuales se habían estrellado" varios vehículos; a que "no se previó su iluminación, con el fin de hacerla visible a los usuarios nocturnos de la vía que, en el sitio, permanece la mayor parte del año, cubierta de neblina", con carencia de señales de prevención y peligro; y a que se construyó ocupando parte de la vía, sin que ésta se hubiera restituido a los lados, para permitir el flujo normal de los automotores.

"e) El conductor del vehículo señor Julio César Hincapié Jaramillo, falleció como consecuencia del accidente y con lo que ganaba ($20.000.oo mensuales) sostenía a sus padres "a quienes daba, por lo menos la mitad de su salario".

"f) La muerte del señor Hincapié Jaramillo, causó pues daños materiales y morales a sus padres y morales a sus hermanos, algunos de los cuales vivían con aquellos en Guarne y otros en el vecindario "que es como un gran alero familiar".

"g) Del accidente y los perjuicios son responsables la Nación, el Fondo Vial Nacional y el Instituto Nacional de Transporte INTRA, "entidades sobre las cuales recae el deber constitucional y la obligación legal y reglamentaria de mantener en buen estado de seguridad, para los usuarios, las carreteras del país y, con mayor razón, las carreteras troncales de la importancia de la troncal occidental entre Medellín y las ciudades de la Costa Atlántica".

4o. El Ministerio de Obras Públicas y el Fondo Vial Nacional, por conducto de apoderado, dieron contestación a la demanda oponiéndose a sus pretensiones y manifestando atenerse a lo que resultara probado en cuanto a algunos de los hechos y negando otros. (folios 95 a 97, C. 1).

5o. Tramitada la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Antioquia le puso fin con su sentencia del 1o. de julio de 1988 (folios 265 a 283, C. 1) en la que, según lo anotado atrás aceptó declarar a la Nación como "responsable administrativamente del 65% de los perjuicios materiales y morales sufridos por Francisco Luis Hincapié Sánchez, María Betsabé Jaramillo Ospina y Jaime Uriel, Carlos Humberto, María Concepción y María Lucero

Hincapié Jaramillo, con motivo de la muerte trágica de su hijo y hermano Julio César Hincapié Jaramillo..." (numeral 1º) y la condenó a pagar a los padres, "Francisco Luis Hincapié Sánchez y María Betsabé Jaramillo Ospina, el 65% de los perjuicios materiales que se cuantifiquen en el incidente regulador del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil" (numeral 2º); al pago, como perjuicios morales, de "la suma que corresponda a 1.000 gramos de oro fino" a los padres, de "lo que equivalga a 500 gramos del mismo metal" a los hermanos Jaime Uriel y Carlos Humberto Hincapié Jaramillo" y "la cantidad correspondiente a 300 gramos de oro fino", a las hermanas María Concepción y María Lucero Hincapié Jaramillo advirtiendo que "se tendrá en cuenta que la Nación sólo responde por el 65% de los daños causados" (numeral 3º); ordenó el "reajuste que consagra el artículo 178 del Decreto 01 de 1984" de la suma que se fije por perjuicios materiales (numeral 4º); previno que "La cotización del oro será la que este metal tenga en la fecha de la sentencia" (numeral 5º); y dijo no acceder "a las demás súplicas de la demanda".

6o. El Tribunal a-quo al fundamentar su fallo encontró que se había demostrado la falta del servicio pues la Nación a través de sus organismos construyó la caseta para el cobro del peaje contra la cual el 15 de julio de 1984 colisionó el vehículo que conducía Hincapié Jaramillo". Dicha caseta se construyó en "un punto peligroso de la carretera, sin una marcación exigente y falto de iluminación", las demarcaciones de la carretera, en el lugar del accidente, se hicieron con pintura reflectiva blanca y amarilla, que ya "no existían o por lo menos eran imperceptibles" cuando aquél ocurrió y, a pesar de otros accidentes sucedidos en el lugar, no existían señales de peligro y sólo a raíz del insuceso del 15 de julio de 1984 "se tomaron algunas precauciones que por lo posterior, eran tardías.".

El Tribunal halló demostrado que la carretera donde ocurrió el accidente es nacional y que la caseta contra la cual se estrelló el vehículo conducido por el señor Hincapié Jaramillo, "fue planeada, diseñada y construida por el Ministerio de Obras Públicas".

Y concluye entonces que "es la Nación, no el INTRA ni el Fondo Vial Nacional, la que tiene que concurrir a este proceso como demandada. Su responsabilidad en la muerte de Hincapié Jaramillo y la destrucción del vehículo que éste conducía la acredita la muy sólida prueba testimonial" que analizó.

Por otra parte, con fundamento en el testimonio del ayudante del conductor del camión (folios 277 y ss. C.1), quien declaró que el señor Hincapié Jaramillo conducía, en el momento del accidente a una velocidad de 40 kilómetros por hora y que llovía y había neblina y en el dicho del guarda de rentas del Departamento de Antioquia, quien se encontraba en un retén de la carretera, y dijo emplear aproximadamente, en tiempo normal, a 10 minutos para trasladarse al lugar del accidente y en cambio, habiendo sido avisado sobre éste, tomó una motocicleta y se dirigió allá, tardando "por ahí 25 minutos ...por la neblina y el aguacero que estaba cayendo" habiendo iluminado el camino,

además de la luz propia de la motocicleta, con una linterna, (folio 211, C. 1), concluyó el Tribunal *a-quo* que había "concurrencia de faltas" entre la Nación y el señor Hincapié, siendo mayor la de la primera y de ahí que la hubiera condenado al pago de los perjuicios en una cuantía igual a 65% de su valor.

Encontró, entonces, el *a-quo* probada la falla del servicio, por los defectos anotados en la construcción de la caseta y la falta de avisos y otras señales que previnieran a los conductores sobre su presencia, así como el daño (muerte e quien manejaba el vehículo y su destrucción y la relación de causalidad entre aquélla y éste.

En relación con los perjuicios materiales reclamados por Luis Carvajal, el Tribunal de primera instancia explica que el acervo probatorio resulta que el vehículo era de propiedad de aquél, que no se destruyó completamente, que ya accidentado lo vendió en $360.000.oo y que un testigo opina que antes del accidente valía entre un $1'400.000.oo y 1'500.000.oo; otro que tenía precio superior $1'500.000.oo ó $1'600.000.oo y otro que $1'500.000.oo, concluyó que debía acudirse "al incidente regulador del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, en el que deberán presentarse, de preferencia, los documentos que indiquen inequívocamente dicho costo, o el dicho de la persona que lo haya vendido al señor Carvajal Vergara, si ello fuere posible", descontando del valor así obtenido el precio de venta anotado.

En cuanto al lucro cesante alegado por los daños sufridos por el camión, (que el señor Carvajal dice le producía $70.00.oo al mes) el Tribunal considera que en el mismo incidente liquidatorio, este demandante debe acompañar "los contratos de transporte de mercancías que tenía celebrados con antelación, para lo cual allegará los dichos de los contratantes o los documentos correspondiente. Si esos contratos no hubieran sido celebrados, se establecerá el promedio de la mercancía que el camión transportaba en un período de 6 meses o un (1) año. Se demostrará también que el señor Carvajal no tenía (o no adquirió) otro u otros vehículos que le permitieran continuar si actividad de transportador".

Finalmente, en este aparte del fallo, refiriéndose a los perjuicios morales reclamados por el señor Carvajal, dice el Tribunal que el daño moral, en este caso, no se presume que no existe en el proceso ninguna prueba sobre la "especial congoja" que el caso le hubiera causado, por lo cual manifiesta que "no habrá entonces condena por este aspecto concreto".

Pasa luego, el *a-quo*, a estudiar lo relativo a los perjuicios materiales sufridos por los padres del señor Hincapié Jaramillo y examina dos testimonios sobre el particular, de los cuales dice que no resulta certeza sobre "la ayuda que el difunto daba a sus padres, para concluir entonces que "en el incidente regulador del artículo 308" debe establecerse "a. La cantidad de dinero que Luis Carvajal pagaba a su trabajador Julio César Hincapié por cada viaje que hacía mensualmente, etc, b. El número de hermanos de éste (10, según Francisco Franco y 12, según las certificaciones obrantes en el expedien-

te) que laboraban en alguna actividad útil por aquella época y qué ingresos tenían, cuales eran casados y cuales se encontraban solteros, quienes no se *hallaban en condiciones de trabajar,* etc. c. Si la familia vivía en casa propia o en vivienda arrendada, etc. d. Si alguno de los hermanos estudiaba. e. Si el padre era dueño de algún inmueble y a que actividad se dedicaba. Todo lo anterior y lo demás que sea conducente y pertinente, servirá para determinar la suma que Hincapié aportaba periódicamente (una ayuda esporádica y ocasional no da, obviamente, derecho a reclamar perjuicios materiales". Expresa, enseguida, el mismo Tribunal, que "De lo que resultare se descontará el 25% que Julio César Hincapié dedicaba a su propia subsistencia y las sumas que se obtengan se sujetarán al incremento que prevé el artículo 178 del Decreto 01 de 1984"

Por lo último, en cuanto al daño moral, reconoce que se causó a los padres, para quienes los fija, según ya se vio, en "la cantidad que corresponda a 1.000 gramos de oro puro" y para "los hermanos menores Jame Uriel (16 años en 1984) y Carlos Humberto (16 años en la misma época) la suma que corresponda a 500 gramos de oro puro. A María Concepción (21 años) y María Lucero (19 años) el equivalente a 300 gramos de oro puro. En cuanto a los demás hermanos, María de Jesus (de 39 años) y Deyanira (de 33), Celso de Jesús (de 34), etc., no se proferirá ninguna condena, porque en sus casos era imperativo probar las circunstancias especiales de afecto, colaboración y convivencia y no se hizo tal cosa. Las muy generales e imprecisas declaraciones de Francisco Franco y Gabriel Angel Llano no satisfacen, ni en mínima parte, tal exigencia".

7o. Uno de los magistrados falladores salvó su voto pues, en su concepto, aún cuando "existió una falla en el servicio de la administración al construir la caseta en el paraje La Fea sin tomar todas las medidas conducentes, a evitar accidentes", por "culpa de la víctima ocurrieron los hechos del 15 de julio de 1984."

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD DE LOS APELANTES

El recurso se sustentó en los siguientes términos:

"La providencia impugnada condena a la Nación en un 65% por los perjuicios causados, ya que considera que Julio César Hincapié contribuyó con cierto grado de culpa a que se ocasionara el accidente, por conducir a una velocidad de 40 kilómetros por hora en una carretera con mucha neblina y lluvia y a una hora muy avanzada de la noche," y concluye esto de la velocidad a que una motocicleta fue conducida por el sector en la misma hora.

"Es indudable que un motociclista se le hace más dificultoso el recorrer una vía en las circunstancias anotadas por la poca luz y la molestia que causa al conductor la lluvia, o sea que no resulta como una conclusión muy acertada afirmar de que hubo imprudencia por parte del conductor del camión por el hecho de conducir a una velocidad mayor que la del motociclista.

"Los perjuicios morales reconocidos a los hermanos no resultan acordes con las últimas providencias del Consejo de Estado, ya que en una reciente, específicamente relacionada con la corraleja de Sincelejo se condenó a 1000 gramos de oro por los hermanos.

"No se condenó a pagar perjuicios morales para algunos de los hermanos de Julio César Hincapié pero considero que con los testimonios aportados eran suficiente para tal reconocimiento."

De lo anterior se deduce que la inconformidad de los apelantes se refiere a estos puntos fundamentales:

1o. reducción del valor de la condena por concurrencia de culpas.

2o. perjuicios morales reconocidos a los hermanos, por considerarlos inferiores a los que se han aceptado en otras ocasiones.

3o. Negativa a reconocer perjuicios morales a algunos de los hermanos del señor Julio César Hincapié.

Como nada se menciona en relación con el daño sufrido por el señor Luis Carvajal Vergara, dueño del vehículo accidentado, debe entenderse que dicho señor no figura entre los apelantes.

Admitido el recurso y durante el trámite de la segunda instancia, al descorrer el traslado para alegar, el apoderado de los actores glosa las consideraciones que hizo el *a-quo* para "reducir la indemnización decretada en favor de los demandantes en un 35% (folios 297 a 325, C.1) porque estima que la velocidad a que conducía el señor Hincapié Jaramillo (40 km. por hora) no era excesiva ya que de acuerdo con el Código Nacional de Tránsito (artículo 148) la máxima permitida es de 60 km, por hora y no se presentaban, cuando ocurrió el accidente ninguna de las circunstancias que de acuerdo con el mismo Código (artículo 138) obligan a reducir la velocidad. Glosa igualmente, la conclusión del Tribunal *a-quo* sobre culpa concurrente del señor Hincapié Jaramillo por achacarle una velocidad excesiva al compararla con la empleada por el funcionario del retén de las Rentas Departamentales de Antioquia, cuando se trasladó al lugar del accidente en una motocicleta habiéndose demorado 25 minutos en el viaje, cuando normalmente, se demoraba 10 minutos, pues considera que no cabe aquí un razonamiento analógico dada la diferencia entre los dos vehículos, la motocicleta y el camión accidentado, pues mientras el motociclista viaja a la intemperie y la lluvia le da en los ojos y sus luces son débiles, el conductor de un camión va en su cabina, la lluvia "no lo golpea ni lo ciega" y tiene, además, luces "mucho más potentes para vencer la oscuridad que la única luz de la motocicleta". Tampoco encuentra el apelante que sea indicativo de culpa del conductor el dicho de su ayudante sobre que tuviera que transportar hasta Medellín, la carga que llevaba (quesos) por su posible adulteración (lo que le hizo observar al Tribunal: "He aquí otra prueba más de la culpa en que incurrió el chofer Julio César Hincapié", infiriendo, posiblemente, (porque no elaboró sobre

esto -folio 276, C.1- que ello lo movió a transitar a esa velocidad, de noche y cuando llovía y hacía neblina) y no le parece significativo de tal culpa porque "Si lo que se quiere decir es que Hincapié Jaramillo venía a excesiva velocidad para poder entregar el queso, ya se sabe que conducía dentro de los límites autorizados por el Código Nacional de Tránsito" y añade. "Si lo que se quiere significar es que de no haber venido con el cargamento de queso hubiera parado a la orilla de la carretera mientras pasaba la neblina, cesaba la lluvia y amanecía, basta mirar el expediente para ver que ninguno de los conductores que llegó esa noche al lugar del accidente detuvo su viaje y, por otra parte, ya anotó que las carreteras son para utilizarlas de día y de noche, llueva o haga sol".

Introduce en este momento procesal consideraciones relacionadas con el perjuicio sufrido por el señor Luis Carvajal Vergara, que pueden resumirse así: en cuanto al valor del vehículo accidentado, el memorialista estima que las cifras que dan los testigos deben servir para establecer que por lo menos tenía el menor de los que ellos señalan. "Si varios testigos dan un valor que no es inferior a una suma X", en buena lógica ello significa que se ha acreditado (sic) el valor X. No encuentra aceptable que se tenga por cierto un testimonio sobre el valor del vehículo luego de accidentado ($360.000,oo) y en cambio no se tenga por cierto los dichos de varios sobre, por lo menos, su valor mínimo antes del accidente.

En relación con las bases que señala la sentencia para la determinación del lucro cesante por la destrucción del camión, dice el apelante que la prueba es "abiertamente imposible de obtener y conduce a la negación del derecho recocido en abstracto", porque "ningún transportador hace por escrito, a no ser que tenga un cliente y una carga fija que transportar, contrato por escrito" y añade "en un año le puede transportar a no menos de cien personas distintas", para luego agregar "Llevarlos a todos a que declaren qué clase de contrato hicieron, que mercancía se les transportó y por qué valor, es mucho más que un imposible".

Critica la obligación de demostrar para efectos, de la liquidación que "el señor Carvajal no tenía o no adquirió otro u otros vehículos que le permitieran continuar su actividad de transportador", porque el daño "es detrimento económico y, su resarcimiento, implica colocar a quien lo ha sufrido en la misma situación que tenía antes del evento dañoso" y agrega: "Significa lo anterior que si a un transportador se le destruyó un vehículo que le producía X suma de dinero, suma X que dejó de recibir como consecuencia de dicha destrucción, hay que darle esa suma X, para colocarlo en la situación que tenía antes de ocurrido tenga o no tenga otros vehículos y lo haya repuesto posteriormente o no y en éste último caso por la sencilla razón de que de no haberlo perdido tendría un vehículo más para derivar más renta".

En este aparte pide, entonces, "confirmar la condena de la Nación en este asunto, modificándola en el sentido de:

"a) Ordenar que la indemnización se realice por la totalidad de los daños causados y no apenas por parte de ellos debido a que la única responsable de los mismos fue la Nación demandada.

"b) Fijar el valor del vehículo destruido en un millón cuatrocientos mil pesos de la fecha del accidente, suma esta más que probada en los autos.

"c) Tener por probado un lucro cesante mensual de $200.000,oo, suma también más que probada en el expediente.

"d) Reconocer el daño moral a los hermanos que el Tribunal *a-quo* dejó por fuera, y,

"e) Fijar la indemnización del daño material causado a los padres, dándole aplicación a los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal, o, en defecto, sobre el salario mínimo, para no hacer negatoria la responsabilidad de la Nación ya decretada". (fl. 316, C.1).

Y concluye:

"Exigir la presentación de contratos de transporte durante un año, o presentar todas las personas a las que se les transportó alguna mercancía durante el mismo lapso, resulta imposible.

"Dos transportadores dicen en el proceso que un vehículo como el accidentado produce, libre, al mes, de la fecha del accidente, $25.000,oo, mensuales, corrección, semanales, o $200.000,oo, al mes.

"Si no se les cree, que se diga por qué razón, y, en defecto, que se tenga como renta del vehículo la que fijen peritos, o, en su defecto, el interés comercial, la actividad transportadora es una actividad comercial, del capital invertido en la empresa.

"Traer más de un centenar de personas o declarar sobre lo que le pagaron al dueño del vehículo accidentado por transportarle mercancías al año o los seis meses anteriores al accidente, resulta imposible". (folio 317, C.1).

Sobre el daño moral observa el memorialista que esta Corporación, tanto en su Sección Tercera como en su Sala Plena, "reconoce la indemnización de perjuicios morales a los hermanos por el sólo hecho del parentesco y cuando exige que se prueben circunstancias especiales de familiaridad lo hace para graduar la indemnización a que, insisto, por el solo hecho de ser hermanos se reconoce a los hermanos por la muerte o lesión grave del hermano" y para respaldar su afirmación cita varias decisiones que considera que anulan la tesis del fallo; es que, dice, "los hermanos se quieren por el sólo hecho de ser hermanos y, en consecuencia, suelen padecer duelo cuando alguno de ellos muere" y "que no es así corresponde probarlo a la entidad demandada". Agregó que se trataba de una familia muy unida según lo comprueban dos de los testimonios recogidos.

Termina el memorialista refiriéndose a los perjuicios materiales causados a los padres de Francisco Luis Hincapié Jaramillo criticando las bases señaladas en

la sentencia para cuantificar la correspondiente indemnización. En su concepto, "la víctima no podía ganar menos del salario mínimo; con lo que devengaba ayudaba a sus padres, como lo atestiguan los dos deponentes que se refirieron a su vida familiar y en nada debe influir en la pérdida sufrida por aquéllos que otros de los hijos también contribuyeran en favor de los mismos padres". En este sentido vuelve a repetir lo dicho en la demanda para recabar que "frente a la dificultad de avaluar lo que tal pérdida vale, se debe dar aplicación a los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal y fijar la indemnización por equidad".

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero advertir que el recurso se circunscribe al estudio de los motivos de inconformidad planteados en la sustentación, pues el alegato presentado en otra etapa del proceso y con una finalidad diferente, no puede modificar el contenido y la esencia de la apelación.

En efecto, desde cuando se introdujo en el procedimiento contencioso administrativo la obligación de sustentar el recurso de apelación y se señaló un término para ello, acarreando el incumplimiento la deserción del mismo, ha de entenderse que el juzgador de segunda instancia solamente puede conceder al apelante aquello que éste ha solicitado, en caso de prosperar la apelación.

En tratándose de sentencias condenatorias de las entidades públicas, aún cuando únicamente apele el particular, la competencia para examinar el asunto es plena, puesto que el fallo debe también ser consultado, pudiendo hasta desmejorarse la situación del particular recurrente, por cuanto la consulta, por mandato legal, se surte en favor de dichas entidades públicas.

Si se concediera al apelante más de lo que pide al sustentar el recurso, aduciendo que se refirió a ello en el alegato de conclusión, se estaría desconociendo la finalidad de la consulta y se haría más gravosa la situación de las entidades públicas, rompiéndose además el equilibrio procesal.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala solamente se ocupará de revisar la sentencia apelada en cuanto a los siguientes aspectos:

1o. Reducción del valor de la condena por concurrencia de culpas.

2o. Insuficiencia de los perjuicios morales reconocidos a los hermanos del señor Julio César Hincapié.

3o. Negativa a reconocer perjuicios morales a algunos de los hermanos.

En cuanto al primer punto el Tribunal fundamenta la reducción de la indemnización por perjuicios causados a los padres de la víctima a un 65%, en la culpa que tuvo el occiso en el accidente por no conducir el camión con las debidas precauciones y a una velocidad que considero excesiva en relación con el estado del tiempo al producirse éste.

Las pruebas allegadas en la primera instancia demuestran que los tres elementos axiológicos que permiten deducir responsabilidad de la administración, a saber, una falla en el servicio, un daño patrimonial o moral y una relación de causalidad entre esa falla y el daño, están configurados.

La falla del servicio es clara en este caso, por haberse construido una caseta para cobro de peaje en lugar inadecuado, comprendido entre dos curvas; tan inadecuado que nunca se utilizó y fue demolida posteriormente por ser causa de frecuentes accidentes. Además por mantener dicha caseta sin la señalización indispensables que advirtiera el peligro, pues las dos rayas amarillas centrales que muestran algunas fotografías traídas al expediente no constituían prevención suficiente, como lo atestiguan numerosos declarantes.

Hubo pues falla del servicio, porque conociendo la administración la existencia del riesgo, no tomó las precauciones adecuadas para evitarlo.

Los parientes de quien falleció en el accidente, es decir del señor Francisco Luis Hincapié, no están de acuerdo con la reducción de la indemnización por daños materiales y morales en un 35% por culpa concurrente de aquel.

En verdad esa culpa no se encuentra demostrada dado que las pruebas en que se apoya el Tribunal no son suficientes. En efecto, se tuvo en cuenta una sola declaración testimonial y la comparación de la velocidad a la que, según este testigo, conducía la víctima, con la desarrollada por una motocicleta para llegar al sitio del accidente desde un lugar determinado.

La Sala encuentra que no hay certeza acerca de la velocidad a la que era conducido el camión, ni puede compararse o tenerse como punto de referencia para saber si era excesiva, la velocidad desarrollada por un vehículo de características completamente diferentes.

Es preciso concluir entonces, que la responsabilidad de la administración no puede disminuirse pues no se ha demostrado la culpa de la víctima.

A continuación estudia la Sala lo relativo a los perjuicios sufridos por los hermanos del señor Julio César Hincapié.

El Tribunal decretó reparación por perjuicios morales en favor de los hermanos Jaime Uriel y Carlos Humberto Hincapié, equivalentes a 500 gramos oro; y a

sus hermanas María Concepción y María Lucero en cuantía equivalente a 300 gramos oro, teniendo en cuenta para la condena, que se trata de hermanos menores.

Pero ocurre que María Concepción y María Lucero eran al momento del accidente mayores de edad y no existe manifestación alguna en la sentencia que permita conocer la razón por la cual se consideró que éstas habían sufrido un perjuicio moral cuando no hay prueba de que, por ejemplo, vivieran bajo el mismo techo con su hermano accidentado o tuvieran unas especiales relaciones afectivas con él. En cambio, para el resto de los hermanos mayores, no se reconocieron perjuicios morales, sosteniendo que "en sus casos era imperativo probar las circunstancias de afecto, colaboración y convivencia y no se hizo tal cosa". (folio 281, C.1).

Y lo último es lo que critica el apoderado de los recurrentes, pues para él, de un lado, los hermanos por el solo hecho de serlo "padecen duelo cuando alguno de ellos muere" y, del otro, la jurisprudencia de esta Corporación, originaria tanto de la Sección Tercera, como de su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, "reconoce la indemnización del perjuicio moral a los hermanos por el sólo hecho del parentesco y cuando exige que se prueben circunstancias especiales de familiaridad lo hace para graduar la indemnización..." (folio 318, C.1), afirmación que respalda con la cita de varias providencias y en especial de una reciente de la Sección Tercera, proferida dentro del proceso de Tomás María Usuga Campo y otros contra la Nación Ministerio de Defensa (Expediente 5112, fallo de septiembre 15 de 1988).

Ante todo conviene llamar la atención del memorialista sobre cómo, en el caso mencionado, si bien es cierto que la Sala sentó la tesis en la forma genérica que aquél enuncia, también lo es que la aplicó a un caso en que los hijos y hermanos de las víctimas eran menores de edad y vivían bajo su mismo techo.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo del 7 de febrero de 1989 (Expediente Nº S-067, Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández y otros) al resolver el recurso extraordinario de súplica, interpuesto entre otro motivo, porque se alegó que la sentencia recurrida había contrariado jurisprudencia anterior de la misma Sala Plena, en materia de reconocimiento de perjuicios morales a hermanos de la víctima, expresó:

> "No existe duda para la Sala acerca de la resarcibilidad de los llamados perjuicios extrapatrimoniales, entre ellos el daño moral subjetivo consistente en la afección de los sentimientos íntimos de la persona. Por consiguiente, todo aquél que acredite haber sufrido un perjuicio extrapatrimonial tiene derecho a la correspondiente indemnización".
>
> "El problema radica en la prueba del daño y en su evaluación monetaria, por cuanto se refiere a bienes de la personalidad que no poseen valor económico determinable. La doctrina moderna reconoce que dada la naturaleza misma del daño, este no puede demostrarse mediante pruebas directas, pero exige

que quien pretenda su satisfacción debe probarlo mediante indicios o por otros medios que lleven al fallador la convicción de su exis-tencia e intensidad. En nuestro medio, tanto la Corte Suprema como esta Corporación, vienen aceptando de tiempo atrás la presunción de los perjuicios morales subjetivos en los parientes próximos de la víctima, limitando el ámbito de su aplicación a los padres e hijos y cónyuges entre sí, presunción que se apoya o fundamenta en el sentido común y la experiencia, ello denominada "presunción de hombre", la que obviamente, puede ser desvirtuada por la parte demandada".

"El sentenciador apreciará en cada caso las pruebas aportadas al proceso en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, y, por lo mismo, no es permitido a la jurisprudencia establecer requisitos, formas especiales o reglas para su valoración en razón del tiempo, la edad, el parentesco, la posición social o la condición económica de los demandantes o de la victima directa. Las relaciones afectivas de las personas no obedecen a reglas formales que puedan fijarse de antemano y si bien la experiencia permite presumir la existencia del daño moral entre parientes próximos, no ocurre lo mismo con su intensidad, aspecto que siempre deberá probarse dentro del proceso".

"Con las precisiones que se acaban de hacer aunque la sentencia suplicada exige, sin fundamento legal alguno, que "el afecto y comunión espiritual existente entre hermanos" se pruebe que se ha dado en "*distintos momentos de la vida*", resulta claro que ella no es violatoria de la jurisprudencia actual de la Corporación en cuanto a la exigencia de la prueba del daño moral subjetivo entratándose de hermanos de la víctima". (Sentencia de 7 de febrero de 1989, Ref: Exp. S-067, Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Ponente Dr. Miguel González Rodríguez).

Fíjese bien, entonces, que no es que la Corporación niegue el derecho al resarcimiento del daño moral que pueden sufrir los parientes de la víctima sino que se trata de un problema esencialmente probatorio. Es decir, los daños, cualquiera que ellos sean, patrimoniales o extrapatrimoniales, pueden y deben ser resarcidos, pero ellos no se presumen sino que deben ser demostrados por quienes los reclaman, excepto cuando quienes sufren los morales son los padres, hijos o cónyuges.

Y en esto no se separa la jurisprudencia de las tendencias doctrinarias, para lo cual bastaría con citar a autores tan conocidos como Adriano de Cupis (El Daño, No. 120,Ed. Bosh, Barcelona, 1975) y Jorge Peirano Facio (Responsabilidad extracontractual No. 224, Ed. Temis, Bogotá, 1981).

En el caso de autos, los testigos que depusieron sobre este aspecto, los señores Guillermo Franco Gallego (folio 217, C. 1), Francisco Franco (folio 218, C. 1) y

Gabriel Angel Llano Vergara (folio 232, C. 1), se refieren a que el señor Hincapié Jaramillo ayudaba materialmente a sus padres y hermanos y que vivían muy familiarmente, pero no son específicos en la razón de su dicho ni relatan circunstancias de tiempo y lugar que respalden sus afirmaciones. Por esto, la Sala considera que estuvo acertado el fallador de primera instancia al aceptar como indicios de ese daño moral la relación familair entre el hijo fallecido y sus hermanos menores con quienes convivía pero no en relación con los mayores, quienes aparentemente hacían vida separada y que también veían materialmente por sus padres. Y por esto mismo, no se explica la razón que lo llevó a reconocer y condenar al pago de tales perjuicios a las hermanas mayores María Concepción y María Lucero, según se anotó atrás, motivo por el cual se modificará en este punto la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que también se está conociendo en grado de consulta.

En este orden de ideas es necesario concluir que, por no tratarse de padres, hijos o cónyuges, la graduación de los perjuicios morales para los hermanos hecha por el Tribunal es correcta pues no se ha probado una especial intensidad que justifique resarcimiento igual al de los parientes mencionados.

También queda así resuelto el punto tercero que tiene que ver con la negativa a reconocer perjuicios morales a algunos de los hermanos, porque se repite, no hay indicios que permitan aceptar ese daño moral.

La sentencia del Tribunal deberá entonces modificarse en los siguientes aspectos:

1o. No hay lugar a disminución del monto de la indemnización reconocida, por concurrencia de culpas.

2o. No serán reconocidos perjuicios morales a María Concepción y María Lucero Hincapié.

3o. En cuanto a las pautas para la liquidación de perjuicios se hacen las siguientes precisiones:

a) Con el testimonio del señor Luis Carvajal Vergara y los demás que puedan allegarse, se establecerá lo que el señor Carvajal le pagaba al señor Julio César Hincapié como conductor del camión accidentado, mensualmente.

b) Se establecerá, mediante las declaraciones de renta y patrimonio de los años 1982 y 1983, del señor Julio César Hincapié Jaramillo, cuáles eran sus ingresos.

c) En caso de no poder determinarse el último salario mensual del señor Hincapié Jaramillo, se tendrá en cuenta el monto del salario mínimo para la época del accidente (julio 15 de 1984), pues estando probado que trabajaba en todo caso tendría que devengar por lo menos dicho salario mínimo.

d) Del monto del salario se tomará como participación a los padres el 75% ya que jurisprudencialmente se ha considerado que en estos casos el asalariado toma para sí por lo menos el 25% de lo que devenga.

e) La suma que se obtenga como monto del salario mensual se actualizará conforme a la fórmula:

$$Vp = S \frac{Ind.final}{Ind.inic.}$$

en donde Vp es el valor presente, o sea el que se busca, el actualizado; S, el salario mensual; Indice final es el que se certifique por el Departamento Nacional de Estadística DANE, como de precios al consumidor a la fecha del incidente regulador; Indice inicial, el existente para el mes de la causación del perjuicio, o sea julio de 1984.

f) Para el cálculo de la indemnización se tomarán en cuanta dos períodos:

1o. Uno para la indemnización vencida o consolidada, que va del mes de julio de 1984 hasta la fecha de la presente sentencia, y se aplicará la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^{n-1}}{i}$$

en donde S es la suma o indemnización que se busca; Ra es la renta mensual actualizada según la fórmula del literal e precedente; i el interés puro o técnico del 0.4867 mensual. Como se trabaja con 1 y no con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867; y n son las mensualidades que comprende este período indemnizatorio.

2o. El otro período, para la indemnización futura o anticipada, comprenderá la vida probable del padre o de la madre, a partir de la fecha de esta sentencia, la que sea mayor, de acuerdo con las tablas de mortalidad del Seguro Social y se aplicará la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^{n-1}}{i\,(1+i)^{n}}$$

en donde Ra es la renta actualizada, conforme a la misma fórmula del literal e precedente; i el interés técnico o legal, o sea 0.004867 y n el número de meses de vida probable anotada.

De las cantidades así obtenidas se tomará el 75% que será la cuantía de la indemnización por perjuicios materiales a favor de los padres, señores Francisco Luis Hincapié Sánchez y Betsabé Jaramillo.

No habrá lugar a condena en costas conforme a lo dispuesto por el artículo 392-1 del Código de Procedimiento Civil.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, oído el concepto de su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 1º de julio de 1988.

En su lugar se dispone:

a) La Nación Colombiana Ministerio de Obras Públicas, es responsable administrativamente de los perjuicios materiales y morales sufridos por Francisco Luis Hincapié Sánchez, María Betsabé Jaramillo Ospina (padres) y de los perjuicios morales sufridos por Jaime Uriel y Carlos Humberto Hincapié Jaramillo (hermanos), con motivo de la muerte trágica del señor Julio César Hincapié Jaramillo, ocurrida el día 15 de julio de 1984 en el municipio de Valdivia, Departamento de Antioquia.

b) Se condena, en consecuencia, a la Nación Ministerio de Obras Públicas, a pagar a Francisco Luis Hincapié Sánchez y María Betsabé Jaramillo Ospina, los perjuicios materiales que se cuantifiquen en el incidente regulador de que trata el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las pautas indicadas en la presente providencia.

c) Se condena, así mismo, a la Nación Ministerio de Obras Públicas a pagar a cada uno de los citados Francisco Luis Hincapié Sánchez y María Betsabé Jaramillo Ospina, por concepto de perjuicios morales, la cantidad en pesos equivalentes a un mil gramos de oro fino y a cada uno de los mencionados Jaime Uriel y Carlos Humberto Hincapié Jaramillo, la cantidad en pesos equivalente a quinientos gramos de oro fino. Para este efecto, la cotización del oro será la que certifique el Banco de la República para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

d) Cúmplanse las condenas de que trata esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., con expresa advertencia de que en ningún caso se pagarán intereses de intereses.

2o. Deniégase las demás súplicas de la demanda.

3o. Sin costas en las instancias.

4o. Dése aplicación al artículo 168, inciso 2º del C. de P.C., por presentarse la causal de interrupción del proceso contemplada en el numeral 2º de dicho artículo 168.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen una vez que cese la interrupción del proceso.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 18 de abril de 1990.

Los consejeros,

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente Ausente; *Consuelo Sarria Olcos*, Ausente; *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Pablo J. Cáceres Corrales*, Con salvamento de voto; *Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo*, Con salvamento de voto; *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, Con salvedad de voto; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez*, Con salvamento de voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna*, Con salvedad de voto; *Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn*, Ausente; *Jorge Penén Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez*, Con salvamento de voto; *Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Hugo Palacios Mejía*, Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria.

LEY PROCESAL-Interpretación/ **PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/ JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA/ COMPETENCIA** (Salvamento de voto)

Ante situaciones procesales en las cuales sean posibles diversas interpretaciones, una a favor del predominio de las formalidades en desmedro de los derechos sustantivos y otra que permita salvar un obstáculo formal, debe finalmente predominar esta última en aras del principio general consagrado en el artículo 4 del C.P.C.

En materia de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de procesos de carácter público, debe entenderse que el segundo grado de jurisdicción no está instituido solamente como una garantía para las partes sino, especialmente, como una garantía para el predominio de la legalidad en los asuntos de especial importancia que la ley ha sometido a dicho régimen de doble instancia.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- **Bogotá, D.E., dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa (1990).**

Referencia: Expediente No. S-121. Actor: Francisco Luis Hincapié y otros.

La necesidad práctica de canalizar el ejercicio y la garantía de los derechos sustantivos dió origen al derecho procesal, que ha venido estructurándose cada vez mejor logrando una depuración progresiva. Ese desarrollo explicable y positivo de las normas procesales, en búsqueda de instrumentos cada día más claros y sistemáticos para el logro de la efectividad y garantía de los derechos sustantivos ha traído, no obstante, una especie de competencia entre **el predominio de esos derechos sustantivos y aquellas formas necesarias para hacerlos efectivos.**

En nuestro medio, desafortunadamente, ha venido predominando un sentido formalista del derecho, en el cual la vigencia de los derechos sustantivos está condicionada al éxito de salvar una serie de obstáculos formales, de tal manera que aquella vigencia solo se produce cuando se logra salvar con propiedad dichos obstáculos.

Lógicamente, esta situación es más evidente cuando se trata de lograr el reconocimiento de derechos sustantivos a través de procesos judiciales, pues el buen funcionamiento de las instituciones jurisdiccionales requiere de una organización y unas reglas de actividad coherentes y sistemáticas.

Sin embargo, considero que con ocasión de esa competencia entre las formas y lo sustancial, nuestra visión formalista del derecho nos ha llevado, en la práctica, a hacer predominar las primeras sobre lo segundo. Hemos olvidado así que las normas procesales no pueden tener un fin último diferente al de hacer viables, vigentes y efectivas las normas sustantivas.

En ese orden de ideas, considero que ante situaciones procesales en las cuales sean posibles diversas interpretaciones, una a favor del predominio de las formalidades en desmedro de los derechos sustantivos y otra que permita salvar un obstáculo formal, debe finalmente predominar esta última en aras del principio general consagrado en el artículo 4º de nuestro Código de Procedimiento Civil, según el cual "al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial".

Es decir, que en materia de formalidades las interpretaciones que tienen como consecuencia constituir aquellas en obstáculos para la efectividad de los derechos sustanciales, solo deben imponerse en los casos en que exista una exigencia legal insalvable.

Las reflexiones anteriores son las que me han llevado a separarme de la mayoría en la decisión del proceso de la referencia y a apoyar la posición inicialmente presentada por el Consejero Gustavo De Greiff Restrepo en su ponencia y apoyada por los demás Consejeros que salvaron el voto.

De tal manera que frente al dilema sobre la amplitud de los poderes del juez de segunda instancia, considero que, especialmente en materia contencioso administrativa, sus facultades cubren todo el ámbito del litigio planteado y no solo los aspectos específicos identificados en la interposición del recurso de apelación o en su sustentación. De lo contrario, se llega a la conclusión, para mí equivocada, de que a pesar de la intención de ley de someter un litigio, por su importancia o por su naturaleza, a dos grados de jurisdicción, parte de ese litigio queda sometida solamente al juicio del juez de inferior categoría, por voluntad de los interesados.

Lo anterior quiere decir, en conclusión, que en materia de lo contencioso administrativo, por tratarse de procesos de carácter público, debe entenderse que el segundo grado de jurisdicción no está instituido solamente como una garantía para las partes sino, especialmente, como una garantía para el predominio de la legalidad en los asuntos de especial importancia que la ley ha sometido a dicho régimen de doble instancia.

Libardo Rodríguez Rodríguez.

PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/ *REFORMATIO IN PEJUS*/ JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA/ COMPETENCIA (Salvamento de voto)

La dimensión que modernos procesalistas dan a los modernos fines, por su naturaleza, envuelve a la segunda instancia por vía de apelación, no pueden olvidarse para que se armonicen los principios limitantes con una más adecuada manera de administrar justicia, en busca de su más irreductible objetivo. El fallo de segunda instancia también debió reparar la omisión del Tribunal al no decir nada acerca del dueño del vehícu- lo, así como los otros tópicos tratados por el apelante en su alegato de instancia.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

EN LA SENTENCIA ESTUDIADA Y APROBADA EN SESION DE DIECIOCHO (18) DE ABRIL DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA (1990).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Radicado No. S-121. CAMBIO DE JURISPRUDENCIA E IMPORTANCIA. Actores: Francisco Luis Hincapié y otros.

Con sumo respeto hacia los ilustrados criterios acogidos por la mayoría de la Sala Plena en la providencia de segunda instancia finalmente aprobada por la Sala, el suscrito consejero se permite explicar aquí sus planteamientos esenciales en torno a los temas que en ella se tratan, los que, a grandes rasgos, coinciden con lo que analizan los distinguidos colegas que igualmente discrepan de las tesis en cuestión y cuyos salvamentos de voto anteceden a éste.

Ha de partirse, ante todo, de que la Sala Plena conoce de este asunto *en segunda instancia* haciendo las veces de la Sección Tercera de la corporación, dado que ésta, con base en lo preceptuado en el ordinal 5) del artículo 97 del C.C.A. (tal como quedó con la modificación introducida por el artículo 7º del Decreto Ley 2288 de 1989), estimó pertinente remitirlo a aquélla por su *importancia jurídica*. Además, es de tener de presente que el asunto ha llegado para el trámite de dicha segunda instancia, en virtud de la apelación interpuesta por el apoderado judicial común de todos los actores, es decir, tanto de los que creen ser acreedores de las entidades públicas demandadas a razón de los vínculos consanguíneos -de distintas clases y de distintos grados- con la persona que pereció a causa del accidente, como del dueño o propietario del vehículo automotor que esa persona conducía; pero que, amén de ello, el Consejo de Estado también conoce del caso en consulta, porque las entidades públicas demandadas la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte), el Fondo Vial Nacional y el Instituto Nacional de Transporte (INTRA) fueron condenadas por el *a-quo* a pagar una obligación a su cargo y a que esas entidades no apelaron (art. 184 C.C.A.).

De allí que el Consejo de Estado asumiera la totalidad de la competencia para conocer del caso, sólo limitada por los dos principios fundamentales que rigen la apelación, como bien lo recuerda el señor consejero Cáceres Corrales en su salvamento de voto, o sea, por el principio *"tantum devolutum quantum apellatum"* y por el de "la limitación de la apelación a las cuestiones litigiosas", cada uno de ellos acomodados a las respuestas que a los mismos ha dado la evolución del entendimiento jurídico. En consecuencia, la apelación comprende la disconformidad del recurrente sobre la cuota de culpabilidad que el Tribunal atribuye a la víctima para condenar a la Nación en su 65%, sobre el monto de los perjuicios morales reconocidos a los hermanos y sobre la negativa a considerar perjuicios morales a otros de los hermanos -así lo expresó en el escrito de interposición del recurso (folios 292 y 293, cuad. princ.)- y también comprende o abarca a lo que la sentencia de primera instancia omitió fallar, a pesar de que sí lo analizó en los párrafos considerativos de la providencia, por lo que igualmente comprende lo que atañe a ese aspecto de la apelación, el derecho que tiene el dueño del vehículo a ser indemnizado a título de lucro cesante y de daño emergente, como lo alegó de conclusión en esta segunda instancia, máxime si ese alegato viene a ser la verdadera y cabal sustentación porque el consejero que inicialmente condujo el proceso tuvo como tal el simple escrito de interposición (ver folio 295). En el aspecto del grado de consulta ha de entenderse surtida a favor de las entidades públicas arriba mencionadas.

El suscrito consejero por eso estimó válidas las explicaciones que contenía el proyecto original del fallo presentado por el consejero De Greiff Restrepo. La dimensión que modernos procesalistas dan a los modernos fines, por su naturaleza, envuelve a la segunda instancia por vía de apelación, no pueden olvidarse para que se armonicen los principios limitantes con una más adecuada manera de administrar justicia, en busca de su más irreductible objetivo. Y por eso, el fallo de segunda instancia debió también reparar la omisión del Tribunal al no decir nada

acerca del dueño del vehículo, así como los otros tópicos tratados por el apelante en su alegato de instancia. Si el alegato de instancia viene a ser una simple explicación extensa de lo que se sostuvo en la sustanciación, evidentemente sobra; la sustentación no puede tenerse como algo así como una "nueva demanda", de cuyos lineamientos no pueda salirse el recurrente, sino como un punto de partida que cobije a todo el fenómeno procesal de la segunda instancia. De esta suerte, el alegato también puede servir para aclarar elementos de la demanda que dio origen al proceso, para extenderse en otras cuestiones de tipo fáctico o probatorio que, por cualquier razón, se soslayaron en la sustentación. Y ello sube de punto si, como se dijo, no hubo sustanciación propiamente dicha.

Para el suscrito consejero, pues, la segunda instancia no puede encerrarse como si fuera un compartimiento ajeno a la integridad del proceso, por lo cual ha de ser tenido como una unidad en apoyo de su eje primordial, respetando, desde luego, los principios limitantes que desde antaño la han inspirado, con la esperanza de que algún día se derriben sus tabiques.

Por otro lado, el suscrito comulga con los criterios que para liquidar la condena *in género* ha expuesto el señor consejero Cáceres Corrales. Sus observaciones frente a las determinaciones del fallo son muy claras y convincentes y a ellas se remite.

Con todo comedidamente,

Alvaro Lecompte Luna.

PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA/ *REFORMATIO IN PEJUS*/ JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA/ COMPETENCIA (Salvamento de voto)

El juez *ad-quem* tiene amplia competencia para conocer del proceso decidido por el *a-quo* y esa competencia está solo limitada por el *petitum* y la *causa petendi*, por una parte y por otra, por el principio de la *reformatio in pejus*.

SALVAMENTO DEL VOTO
DE LOS DOCTORES ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO
Y GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente Nº S-121. Actor: Francisco Luis Hincapié y O.

La ponencia que se había presentado en la Sala de la Sección Tercera y que ésta decidió llevar por la importancia de la jurisprudencia que se proponía a la Sala Plena, en donde a la postre resultó negada, versaba sobre la amplitud de la competencia del juez de segundo grado.

La tesis que prohijamos y que, además también compartió la misma Sección Tercera, en sentencia proferida pocos días después de la determinación arriba mencionada (fallo de 19 de octubre de 1989, Actor: Yolanda Montoya y otros, Expedientes acumulados 1746, 1747 y 5462) puede enunciarse así: El juez ad-quem tiene amplia competencia para conocer del proceso decidido por el *a-quo* y esa competencia está sólo limitada por el *petitum* y la *causa petendi*, por una parte y por otra, por el principio de la *reformatio in pejus*.

En el *sub-lite* surgió la conveniencia de aplicar dicha tesis porque el Tribunal *a-quo*, a pesar de explicar en los considerandos de su providencia que al establecerse la responsabilidad de la Nación debía condenársela al pago de los perjuicios inferidos a uno de los actores, el propietario del camión averiado en el accidente, y fijar las pautas para su posterior liquidación, en la parte resolutiva se olvidó por completo de lo que había concluido a este respecto y el señor apoderado de los varios demandantes, al fundamentar su recurso de apelación nada dijo sobre este particular, aun cuando en su alegato de instancia sí explicó su desacuerdo con aquellas pautas.

Los modernos procesalistas se inclinan por la tesis que prohijamos pues en su concepto la apelación, por su naturaleza, pretende "la eliminación y sustitución de una resolución por el superior inmediato jerárquico del que dictó la resolución impugnada" "con el objeto de que aquél diga si la primitiva fue o no correcta, contribuyendo así a su mejoramiento sustancial y constituyendo así una fuente de eliminación de posibles errores" cometidos en la instancia anterior (Jaime Guasp. Derecho Procesal Civil, Tomo 2º, pág. 729 y ss., Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968) Concebida así, tiene que entenderse que no limita los poderes del órgano jurisdiccional que la decide.

El ilustre tratadista Dr. Hernando Devis Echandía, reconocido internacionalmente por su versación en la materia, como para orgullo colombianista lo hacía notar a uno de nosotros en 1971, un profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, inclusive critica el principio de la *reformatio in pejus* como "un rezago del antiguo concepto del proceso civil como contienda privada y de interés particular". (Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Nº 319, Ed. Diké, Medellín, 1987).

Que el legislador colombiano en el art. 57 de la Ley 2a. de 1984 hubiera incluido "sorpresivamente", como anota el mismo connotado jurista, la carga de sustentar la apelación, según lo hace también en el inc. 2º del art. 212 del C.C.A., nada quita ni pone a la admisibilidad de la tesis, porque la única consecuencia de la falta de sustentación es la declaratoria de deserción del recurso. Cuando el juzgador, como en el *sub-judice*, agrega otra consecuencia a la fundamentación la de limitar la competencia decisoria del *ad-quem*- está convirtiéndose en colegislador con todas las gravísimas consecuencias que ello implica para la seguridad jurídica de los miembros de una sociedad de leyes.

¿Cómo, nos preguntamos, puede conducir a una decisión justa, fin supremo de la jurisdicción, el mantener una sentencia apelada, en donde se llega a la conclusión que se causaron unos perjuicios y que ellos deben ser indemnizados y se indica la manera de cuantificarlos y por un olvido no se ordena hacerlo así en la sección o parte resolutiva, sólo porque el apoderado de los actores no menciona esta inadvertencia al fundamentar el recurso? ¿En dónde, con base en cuáles disposiciones, debe admitirse que el *ad-quem* no puede corregir tan protuberante incongruencia, que ni siquiera podría fundarse en la *reformatio in pejus*?

Es lamentable que la Sala haya retrocedido varios lustros con la decisión a la que llegó. Nos queda la esperanza que, como dicen los juristas alemanes, los salvamentos de voto de hoy constituyen las sentencias del mañana.

Por último, invitamos a meditar en lo expuesto por el H. Consejero Pablo Cáceres en su explicación de voto negativo en este mismo caso, acerca de la revaluación de la condena. Desde hace mucho tiempo consideramos que no es exacta la tesis según la cual los intereses comerciales llevan en su seno la corrección monetaria, pues ellos no son otra cosa que el precio del dinero en un momento dado, el de la convención, por ejemplo, pactados en consecuencia antes de que se presente la devaluación (aun cuando, en parte, traten de precaverla); pero es claro que esto requiere mayor meditación, que es precisamente a lo que incito.

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Gustavo de Greiff Restrepo.

JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA/ COMPETENCIA/ PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA (Salvamento de voto)

Es atinada la propuesta consistente en entender la competencia del Consejo de Estado en cuanto juez de apelación, como extensiva a todos los campos de la *litis*, para que el doble grado pueda operar plenamente y decidir en aquellos asuntos que en este caso no fueron decididos por el Tribunal de primera instancia.

LIQUIDACION DE CONDENA - Pautas/ **DESUETUDO** (Salvamento de voto)

Conforme al art. 178 del C.C.A., el ajuste de los precios se determina tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor. Los índices al por mayor los elabora el Banco de la República, y el índice de precios al consumidor responde a la generalidad de los colombianos que adquieren los bienes y servicios en el último extremo de la intermediación comercial, por lo cual el DANE elabora los índices del costo de la vida con base en los precios vigentes en ese tipo de establecimientos comerciales.

En la legislación colombiana figuran prescripciones que consagran la figura de la desuetudo; ese es el problema que afronta el artículo 1617 del Código Civil. Los intereses que causa el capital, es decir, su rentabilidad, no pueden ser hoy regulados por determinaciones del legislador formal y ordinario.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR PABLO J. CACERES CORRALES

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., veinticuatro (24) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente Nº S-121. Demandante: Francisco Luis Hincapié y otros.

Ante el fallo que fue dictado en este asunto, me permito explicar los hechos y las razones que fundamentan la salvedad de mi voto:

I. LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCION DE SEGUNDO GRADO EN EL RECURSO DE APELACION

En general los recursos que permitan enviar los procesos para el control de los grados superiores de la jurisdicción persiguen que la decisión del juzgador de primera instancia se ajuste a la ley sustantiva que expresa, en el fondo, la política del legislador en cuanto a derechos y libertades de los individuos. Hace parte, el sistema de controles, de todo el complejo procesal que, actuando al lado de la ley general sustantiva, la hace efectiva y logra su correcta aplicación. El llamado *doble grado de jurisdicción*, además de tener esa característica, es una verdadera garantía de la buena administración de justicia, porque mediante su operación un negocio que ha sido tramitado y fallado por vez primera en un tribunal *a-quo*, se lleva a un rango jurisdiccional superior cuya jerarquía impide decisiones autónomas de las jurisdicciones inferiores.

La importancia de la actuación del doble grado reside en su eficacia, pues el inferior sabe que su determinación está sujeta a ser infirmada o confirmada y que su autonomía está limitada, por ejemplo, en cualquier punto de derecho en el cual la jerarquía superior haya fijado una doctrina diferente a la que pretende aplicar. No se trata de impedir el libre examen del tribunal de primera instancia que, realmente, puede apartarse de esas doctrinas sentando nuevos puntos de vista, pero mediante la apelación se orienta la interpretación del derecho para hacerlo cada vez más uniforme, coherente y actualizado.

Ahora bien, el trabajo de la jurisdicción de segundo grado se extiende a los *hechos* sometidos al examen del juez y al *derecho* que gobierna la contención a resolver con fuerza de verdad juzgada. El negocio se conoce en las mismas condiciones en que lo tuvo el fallador de primera instancia porque el Ad quem debe dictar sentencia con todos los elementos materiales y jurídicos del proceso, a diferencia de la Corte de casación porque esta jurisdicción suprema únicamente puede estudiar y aplicar los medios de derecho sin juzgar el asunto en cuanto tal.

En este punto el tema a dilucidar es la extensión de los poderes del juez de apelación para definir el alcance del control del segundo grado de jurisdicción. Dos principios clásicos han tenido vigencia para resolver esa cuestión:

A) *Tantum devolutum quantum appellatum*. Significa que la competencia del Ad quem, devuelve el negocio (efecto devolutivo) hasta el límite prescrito por la apelación misma. Es decir, que el apelante va a impugnar tan solo la parte del fallo que le perjudica, luego se le prohíbe al juez de apelación la *reformatio in pejus*.

Esa competencia restringida impide, además, decidir sobre aspectos que le sean favorables al recurrente y que no fueron objeto de la apelación.

Es tal tesis un resago de la época del derecho procesal concebido como un trámite de compensación e indemnización puramente privada por el daño o el incumplimiento causado por el deudor, recuerdo propio del derecho germánico, de las jurisdicciones señoriales y de la primera época del Estado liberal.

Pero las transformaciones de las relaciones jurídicas han atenuado el enfoque exclusivamente privatista de este principio descrito en la fórmula latina que arriba anotamos. En primer lugar, como quiera que el juez de apelación toma bajo su control los elementos materiales y jurídicos del negocio, hechos y derecho, y su sentencia es integral como la del *a-quo*, es deseable que cuente con todos los instrumentos procesales para una adecuada solución de la controversia sometida a su conocimiento. Una decisión jurisdiccional, tiene como virtud principal la de resolver el problema totalmente, su fin debe ser el de extirpar la contradicción que le plantean las partes y no la de aplazar toda o parte de ella para un nuevo juzgamiento. El fallo integral se consigue cuando el juez del segundo grado adquiere el control total del proceso. En segundo lugar, los sistemas jurídicos contemporáneos han abierto una especie de incidente de apelación para que a partir de ellos se conforme la apelación y quedan en la competencia de la jerarquía la totalidad de las pretensiones de los justiciables. En tercer lugar, se ha impuesto poco a poco la competencia del juez de apelación para los puntos que no fueron objeto del recurso pero que pueden ser favorables al apelante. La apelación adhesiva abre esa puerta con gran apoyo legal. Semejante extensión de la competencia, además, se ha posibilitado mediante la tesis de la conexidad que la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia ha utilizado permanentemente, H. DEVIS ECHANDIA dice al respecto.

> "Sin embargo cuando es preciso hacerle modificaciones a la providencia en puntos desfavorables el único apelante, pero íntimamente relacionado con lo favorable al mismo, y que no pueden coexistir, está facultado el superior para reformar ambos aspectos, porque de lo contrario se incurrirá en contradicción en la decisión, lo que debe evitarse naturalmente" (Cfr. Compendio de Derecho Procesal. T.I. Bogotá. Temis 1974. p. 483).

Finalmente, en el campo del derecho administrativo no debemos olvidar que el juez tiene por fin restaurar los desequilibrios causados en el ejercicio soberano de la potestad pública por parte de la Administración que impone unilateralmente obligaciones a los particulares. La jurisdicción administrativa, como especial que es, se construye sobre la defensa de los individuos y la necesidad de restaurar la igualdad que perdieron ante la acción suprema del Estado. Si en ciertos asuntos se ha estatuido la consulta de las sentencias y autos interlocutorios que le sean desfavorables a la Administración, es apenas de elemental equidad que el juez de segunda instancia pueda decidir favorablemente al particular de aquellos puntos en que no triunfó la primera vez y que por cualquier razón no incluyó en su recurso.

B) *La limitación de la apelación de las cuestiones litigiosas.* El segundo principio que tradicionalmente se ha empleado para definir la extensión de los poderes del *ad-quem*, consiste en que el grado superior no puede conocer más controversias que las planteadas al *a-quo*, porque si la apelación es juzgar por segunda vez aquello que fue juzgado en primera instancia, es obvio que toda nueva pretensión deba someterse igualmente al doble examen, o de lo contrario el juez de segunda instancia haría todo el trabajo del subalterno. sin embargo, ante todo en asuntos privados y comerciales, este principio se está atenuando por los aportes del derecho comparado al permitir que las partes, de común acuerdo, puedan someter al juez de apelación cuestiones que no se debatieron en la primera instancia aprovechando que el juez de apelación toma bajo su conocimiento la totalidad del procesos en sus extremos fácticos y jurídicos. Esta reciente tendencia parte de un concepto del trabajo de la justicia que le asigna como objetivo el resolver integralmente los conflictos y evitar que subsistan contenciones y juicios entre las mismas partes. Una economía de jurisdicción se encuentra en el fondo de esta materia.

Entre nosotros hace falta una base legislativa para pensar semejantes desarrollos, que de todas maneras, mediante la vía de arbitraje pueden tener actual aplicación.

Así las cosas, encontramos atinada la propuesta consistente en entender la competencia del Consejo de Estado, en cuanto juez de apelación, como extensiva a todos los campos de la litis, para que el doble grado pueda operar plenamente y decidir en aquellos asuntos que en este caso no fueron decididos por el Tribunal de primera instancia.

Dos aspectos del negocio y de la sentencia son particularmente abordables con este punto de vista que hemos expuesto.

a) *La incuria del Tribunal de instancia.* El Tribunal de Antioquia, per incuriam, se olvidó de resolver sobre la pretensión del demandante LUIS CARVAJAL VERGARA, dueño del camión accidentado contra la caseta de peaje del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, aunque en sus consideraciones la sentencia explica todos y cada uno de los hechos y de los argumentos jurídicos que documentan suficientemente un fallo favorable al perjudicado. Sencillamente, el Tribunal olvidó decidir sobre una de las pretensiones claras de la demanda. Es decir, el juez de primera instancia incumplió una de sus obligaciones como es la de fallar sobre todas las pretensiones (artículos 170 del C.C.A. y 304 del C. de P.C.). Este es un descuido fácilmente remediable si se extienden los poderes del Ad quem a todos los puntos del conflicto y se evita, así, la injusticia de no indemnizar a quien tiene pleno derecho, entre otras cosas, porque así lo sostuvo en sus consideraciones el fallo apelado.

b) *La falta de sustentación del recurso.* Con fecha agosto 10 de 1988 (Folios 292-3) aparece la interposición del recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal de Antioquia por el apoderado judicial de la parte actora. Ese memorial

constituye apenas la manifestación de inconformidad del demandante con la sentencia de primera instancia, allí se hace una apreciación genérica de su recurso sin que llegue a convertirse en una verdadera sustentación del mismo. Metodológicamente, el escrito en el cual se sustente la apelación debe contener el examen de los hechos y del derecho que fundamenta la inconformidad del recurrente, precisa los cargos contra el fallo y documenta una decisión del *ad-quem* que favorezca sus pretensiones. Sin el concepto de los hechos y del derecho, elementos propios del juzgamiento en el doble grado de jurisdicción, es imposible sostener que el recurso ha sido sustentado debidamente.

En este caso el memorial que obra a folios 292-3 del expediente, es simplemente la manifestación de inconformidad, pero falta en su contenido la sustentación, por lo cual el magistrado sustanciador de segunda instancia, tenía la obligación de dar el traslado respectivo y después decretar la oportunidad de alegar. Tal trámite no ocurrió sino que el escrito se interpretó como la sustentación del recurso y se entró a la etapa del alegato final.

Es obvio que allí existe una nulidad que no se decretó antes de proferir la sentencia de segunda instancia.

II. LOS CRITERIOS PARA LIQUIDAR LA CONDENA *IN GENERE*

Dos observaciones debemos hacer frente a las determinaciones concretas de este fallo:

La fórmula utilizada en la sentencia para liquidar la indemnización debida tiene como fechas: a) desde el mes del perjuicio (julio de 1984) hasta la fecha de la sentencia y b) a partir de la fecha de la sentencia y hasta el término de la vida probable de los indemnizados. Esas fórmulas utilizan los índices iniciales y finales que certifica el DANE sobre los precios al consumidor. Su aplicación concreta tiene que atender estos hechos:

A) *El ajuste de los precios*. En primer lugar, dice el artículo 178 del C.C.A. se determina "tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor". Los índices al por mayor los elabora el Banco de la República y son útiles para liquidar ciertas sentencias donde las sumas a pagar por indemnización se apoyan en un hecho: el perjudicado adquiere los bienes y servicios al por mayor, por ejemplo, en ciertos contratos de obras públicas o en algunas actividades de los servicios públicos como el transporte, la producción de bienes de la informática, etc. Por su parte, el índice de precios al consumidor responde a la generalidad de los colombianos que adquieren los bienes y servicios en el último extremo de la intermediación comercial, por lo cual el DANE elabora los índices del costo de la vida con base en los precios vigentes en ese tipo de establecimientos comerciales.

Parece oportuno y de gran rigor metodológico que la sentencia, antes de optar por uno de los dos índices de que trata el artículo 178, señale la razón por la cual utiliza uno de ellos y no el otro. Esta razón es más fuerte cuando se trata de incumplimiento de contratos, pero no es despreciable en casos como el presente.

En segundo término, el fallo del cual me aparto desconocer un hecho: el DANE cambió en 1988 la base para calcular los índices, de ahí que sea imprescindible para actualizar el salario (Up) por el efecto inflación, hacer previamente la unificación de los índices para que el numerador y el denominador tengan la misma base. De lo contrario será imposible matemáticamente cumplir con esa parte del fallo en el incidente de regulación de los perjuicios.

Entonces la fórmula sería:

$$UP = S \frac{Indice\ final,\ base\ 88}{Indice\ inicial,\ base\ 88}$$

Por ejemplo:

$$UP = Salario\ junio\ 1984 = \frac{IPC,\ abril\ 90,\ ^{Dic.}/88}{IPC,\ julio\ 84,\ ^{Dic.}/88}$$

$$Salario\ julio\ 84 = \frac{IPC\ abril\ 90,\ Dic.\ 1978}{IPC\ julio\ 84,\ Dic.\ 1978}$$

B) *El interés legal.* La formula de actualización y reajuste de la suma debida a titulo de indemnización emplea como uno de sus factores el interés que prescribió el Código Civil en su artículo 1617, es decir, el equivalente al 6% anual.

Es imprescindible hacer algunas consideraciones sobre la vigencia y la equidad de aplicar esa norma a estos casos de indemnización por fallas del servicio y, en general, por prestaciones que a ese título deba pagar el Estado.

Existe en el derecho contemporáneo una noción que ha superado las concepciones racionalistas de los primeros momentos de la modernidad que estimaban el producto del legislador como algo acabado y eterno que no podía ser modificado por el juzgador ni por los gobernados. Se trata de la *desuetudo*, es una especie de *desuso* de la norma por cuanto el hecho en ella previsto como antecedente, no ocurre ya en la vida real, pues la misma evolución de las relaciones sociales han impuesto otros comportamientos, otras mentalidades, otras exigencias y otra estructura en los cuales no tienen cabida posible el hecho que ha quedado reducido al análisis puramente histórico del momento en que hacía parte de las prácticas sociales.

El derecho mismo no existe sino en el instante en que hace parte de las relaciones y prácticas sociales, las integra y las deja vigentes para su efectividad frente al Estado. La jurisdicción *(juris-dictio)*, cumple con el trabajo fundamental de declarar cotidianamente su existencia y vigor. El derecho será, como decía IHERING en su escrito sobre la lucha del derecho, un eterno mudar, "así lo que existe debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio...". Es una lucha contra lo inútil y lo perjudicial, agrega E. GUELPERIN. Es de advertir que la realidad del derecho se debe calificar frente a la relación de la cual pretende hacer, de ahí que si el hecho previsto en la norma (hecho condicionante) no ocurre porque históricamente las prácticas sociales lo superaron, la norma en cuestión ha de verse como abrogada por la realidad. Una situación similar se predica de lo que H.KELSEN en su obra clásica "Teoría Pura del Derecho" denomina como la otra parte del juicio hipotético: la consecuencia. Si la normativa se ha abandonado por las mismas relaciones y se torna inútil y a veces perjudicial, quienes han abrogado esa consecuencia son los mismos intercambios sociales. Ocurre que, casi siempre, y al mismo tiempo, las instancias del Estado que expiden normas generales obligatorias, han producido regulaciones que han legalizado las nuevas prácticas jurídicas y de alguna manera han introducido otro cuerpo normativo que ha hecho olvidar la vieja norma atacada irremediablemente de desuso. Las prácticas derogantes son de varias clases, presentaciones e intensidades.

Varios casos nos explican la vigencia de esta tesis en nuestro orden jurídico:

I. *Normas constitucionales*. No obstante la importancia que dentro del sistema jurídico tiene la Constitución Política podemos ejemplificar estos temas con dos de sus normas atacadas, entre otras, por la desuetudo. La primera es el artículo 22 que prohíbe la esclavitud en Colombia. Es una norma que tiene un indudable valor en las explicaciones de la historia del derecho constitucional y político de nuestro País, pero, desde la óptica jurídica es una norma evidentemente inútil, porque ella proscribe una situación contraria a la libertad y a la igualdad que definen al individuo en cuanto a titular de una voluntad libre para adquirir derechos, obligarse y expresar sus deseos políticos, como miembro de la Nación, mediante el sufragio. El desuso del artículo 22 está apoyado por la misma Constitución porque en ella la libertad y la igualdad son la base misma de su estructura. Sus principios, sus garantías, la división (o no confusión de poderes) que regula la parte sistémica del aparato Estatal, la misma concepción de la soberanía y, en fin, todo el marco fundamental predican la existencia del individuo libre e igual. Tal realidad de lo jurídico constitucional hace objetivamente inútil una norma que aparece allí en el texto como una simple constancia histórica, producto de las largas luchas que concluyeron con las reformas liberales de mitad del Siglo XIX.

El segundo caso es el artículo 49 que prohíbe toda la nueva emisión de papel moneda de curso forzoso. Bien sabemos que el curso forzoso, es decir la interrupción de la libre convertibilidad de la moneda, fue un episodio histórico de mediana duración desde finales del Siglo XIX hasta los primeros años de este siglo, que tuvo serias consecuencias cuando los gobernantes emitieron sin límite alguno para sa-

tisfacer las obligaciones del Estado. Las controversias acerca de la concepción de la moneda como mercancía cuyo valor de intercambio era el origen de su poder adquisitivo, ante las que la definían como medio de cambio y unidad de cuenta protagonizadas por los metalistas y los cartelistas, ilustran con suficiencia el confrontamiento coyuntural que en 1910 quedó aparentemente resuelto por la reforma constitucional (artículo 7o. L. 3o. de 1910). Pero cuando desde 1930 precisamente se eliminó del sistema económico mundial la libre convertibilidad, toda emisión es, en el fondo, de curso forzoso y las obligaciones se pactan y satisfacen en moneda nacional. El tránsito del papel moneda hacia la moneda de papel entre 1903 y 1923 (de la Ley 33 de 1903 a las Leyes 25 y 45 de 1923) tuvo estos episodios muy ilustrativos para conocer el decaimiento de la regla constitucional comentada: 1) La unidad monetaria de la Nación como el peso de oro (Ley 33), 2) La definición de la unidad monetaria y moneda de cuenta de la República el peso oro dividido en cien centavos (Ley 59 de 1905), 3) El establecimiento de la unidad monetaria y de cuenta, el peso fuerte de oro, dividido en cien centavos equivalente a una quinta parte de la libra esterlina del Reino Unido, (Ley 35 de 1905), 4) La estipulación consistente en que la unidad monetaria y de cuenta es el peso oro dividido en cien centavos y con ciertas exigencias materiales de fabricación distintas de las anteriores (Ley 110 de 1912). 5) Nueva definición del peso oro los ley 167 de 1933 y adopción de una política de estabilización monetaria. En adelante otras políticas y legislaciones señalaron el cambio definitivo a prohibición de la convertibilidad. Después de la instauración del sistema financiero a raíz de las recomendaciones de la Misión KEMMERER de 1923, la unificación de la moneda nacional y su no convertibilidad y los efectos de la crisis mundial de 1929 hicieron olvidar los antiguos temores de emisiones fraudulentas por causa de guerras intestinas y la misma prohibición del actual artículo 49. Esa norma entró en desuso, hoy el manejo general de la moneda se ha transformado, nuevas teorías acerca de sus virtudes le dan intervención en el ahorro y el sistema bancario.

II. *Normas legales*. En la legislación colombiana figuran prescripciones que consagran la figura de la desuetudo, El Decreto 1 de 1984 estableció que los actos administrativos perdían fuerza ejecutoria por razón de la variación de los hechos que le sirven de fundamento, la pérdida de vigencia, en la nueva redacción del Decreto 2304 de 1989 y, en general, la falta de aplicabilidad de los actos por estas razones son de recibo general tanto en la Administración como en las prácticas jurídicas de nuestra sociedad.

Ese problema es el que afronta el artículo 1617 del Código Civil. Los intereses que causa el capital, es decir su rentabilidad, no pueden ser hoy regulados por determinaciones del legislador formal y ordinario por estas razones: 1a. El mercado de capital que cada día es más universal, ha señalado otros tipos de interés que tienen plena vigencia en Colombia gracias a las obligaciones que tanto el Estado como los particulares han suscrito con organizaciones financieras internacionales. Las tasas *Libor* y *Prime Rate* son de diaria aplicación en el sistema económico colombiano. Ellas son verdaderos intereses legales, es decir, los que corresponden

a la pura rentabilidad del capital, sin agregarle factores de reajuste por concepto de devaluación o pérdida de poder adquisitivo de la moneda nacional. Por su parte, la unidad de poder adquisitivo constante, regulada por reglamentos constitucionales originarios del Gobierno Nacional, considera otros niveles de interés distintos a los del Código Civil. De la misma manera el sistema bancario y financiero nacional, con la expresa o la tácita aprobación oficial, recibe unos intereses que nada tienen que ver con esa tasa del artículo 1617 del C.C. 2a.) A estas realidades de nuestro sistema financiero y monetario, se agrega una transformación constitucional; el manejo y aprovechamiento del ahorro privado, la intervención en el Banco de Emisión y en las demás actividades que se relacionan con el control monetario son temas del resorte del Presidente de la República desde la Reforma constitucional de 1968. Es decir, que la Constitución hizo una excepción a la cláusula general de competencia del artículo 76 fundamental para entregar la dirección de la economía al Gobierno Nacional. Esa reforma impide que el Código Civil se ocupe en el futuro de regular los llamados intereses legales. Ello fue posible durante la vigencia del esquema liberal clásico del Estado y de la regulación detallada en el código civil de todas y cada una de las prestaciones pactadas entre los particulares.

Quedan así expresadas nuestras diferencias con el contenido del fallo de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en este proceso de segunda instancia.

Pablo J. Cáceres Corrales, Consejero de Estado.

JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA/ COMPETENCIA (Salvamento de voto)

El juez *ad-quem* tiene amplia competencia para conocer del proceso decidido por el *a-quo*, competencia que sólo está limitada por el *petitum* y la *causa petendi*, y por el principio de la *reformatio in pejus*, la cual, por otra parte, no puede enervarse o desconocerse en razón o con la consideración de que la ley procesal impone la sustentación del recurso de apelación, que sólo tiene la consecuencia jurídica de autorizar la declaratoria de deserción del indicado medio de impugnación.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL CONSEJERO MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. S-121. Actor: FRANCISCO LUIS HINCAPIE y OTROS.

Comparto en su integridad los planteamientos expuestos por los HH. Consejeros de Estado, doctores ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO y GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO, en su salvamento de voto, y que recogían en la ponencia presentada inicialmente en la Sección y posteriormente a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, según los cuales el juez *ad- quem* tiene amplia competencia para conocer del proceso decidido por el *a-quo,* competencia que sólo esta limitada por el *petitum y la causa petendi,* y por el principio de la *reformatio in pejus,* la cual, por otra parte, no puede enervarse o desconocerse en razón o con la consideración de que la ley procesal impone la sustentación del recurso de apelación, que solo tiene la consecuencia jurídica de autorizar la declaratoria de deserción del indicado medio de impugnación, que no se dio en el caso presente pues existió, aun cuando de manera parcial.

Si *la justicia* ha sido definida como IUS SUUN CUIQUE TRIBUERE, es decir la medida formal de atribuir a cada cual lo suyo, lo que le corresponde en derecho, es induditable que ella no se encuentra en una sentencia en donde se mantiene una decisión apelada que llegó a la conclusión de que se causaron por el Estado unos perjuicios económicos, que deben ser indemnizados a la víctima y se indica la manera de cuantificarlos, y por un olvido o error judicial no se ordena así en su parte resolutiva, sólo por cuanto el representante judicial del actor no se refiere expresamente a ello con motivo de sus sustentación del recurso interpuesto ante el *ad-quem*, aun cuando posteriormente sí lo hace con motivo del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, como aconteció en el presente proceso.

La justicia no se encuentra, no se puede encontrar, en decisiones judiciales en donde se sacrifica ese derecho que consagra la norma jurídico-positiva, y que invoca el accionante para que se le reconozca en la sentencia, si es que realmente lo tiene y lo demuestra, en aras de que se cumpla la ley procesal, según una interpretación o unos alcances que no surgen del texto expreso de la norma, más si, por otra parte, se encuentra que no se ha incumplido la garantía constitucional del debido proceso, ni se ha irrespetado el derecho de defensa y se ha mantenido la igualdad de las partes en juicio.

La crisis que se predica respecto de la rama jurisdiccional del poder publico en Colombia, que la llevado a la gente del común y a todos en general a no creer en la "justicia", entendida ésta como el conjunto de personas y órganos encargados de impartirla, y no como valor universal (suma y compendio de todas las virtudes) y valor específicamente "político-jurídico", encuentra respaldo en la morosidad judicial, la sentencia inhibitoria que la ley ordena al juez evitar, ya que al decir de COUTURE "ontológicamente la omisión del juez en acoger o rechazar la pretensión del demandante, priva a la sentencia de su condición de tal", y en sentencias que deciden mantener una decisión apelada, no obstante aparecer claramente en ella el olvido o el error judicial, invocando para ello una disposición procesal de la cual no surge ineluctablemente la consecuencia que se predica por vía de interpretación por el *ad-quem*.

Por todo ello compartí la ponencia inicial y salvé mi voto en cuanto hace a la ponencia adoptada por la mayoría de mis colegas.

Miguel González Rodríguez.

CONFLICTO DE COMPETENCIA - Inexistencia

El artículo 140 del C.P.C. sobre conflicto de competencias, no es pertinente pues no se trata en este caso de un conflicto de competencias entre el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo, sino un error respecto del lugar a donde se envió el expediente, que debe corregirse.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente Nº C-120. Actor: CONSORCIO EUC CASABE LTDA. CONFLICTO DE COMPETENCIA.

Procede la Sala a decidir el conflicto de competencia suscitado entre los Tribunales Administrativos de Santander y Antioquia.

ANTECEDENTES

Ante el Consejo de Estado y ejercitando las acciones contempladas en los artículos 84 y 85 del C.C.A., las Sociedades Eta Ltda., Consorcio Euc Casabe Ltda., antes Consorcio Eta Ltda., Uricoechea Calderón Ltda., solicitaron declarar la nulidad de las resoluciones Nos. 005 de 25 de enero de 1988 y 033 de 15 de junio de 1988, dictadas por la Presidencia de la Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Mediante los actos cuya nulidad se pretende, el Presidente de ECOPETROL declaró que el señor Marco Aurelio Téllez, extrabajador del Consorcio integrado por las sociedades ETA LTDA. y URICOECHEA CALDERON Y CIA. LTDA.,

sufrió un accidente de trabajo el día 26 de noviembre de 1985, con incapacidad permanente del 100%, como consecuencia de la amputación de una pierna.

Declaró efectiva la póliza No. 19202 otorgada por la Compañía de Seguros Universal S.A. al consorcio mencionado, para garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, correspondiente a la obra objeto del contrato LEG-179-84, por $2'412.520.90, cantidad igual a los créditos cancelados por ECOPETROL al señor Marco Aurelio Téllez, extrabajador del consorcio.

Es decir, que las sociedades demandantes no están de acuerdo con la declaración hecha por Ecopetrol acerca del accidente de trabajo del señor Téllez ni con la efectividad de la póliza de seguros por $2'412.520.90, y solicitan el restablecimiento del derecho en la misma cantidad, como lo puntualizan en la demanda al señalar la cuantía en suma superior a dos millones de pesos.

Por tratarse de una controversia sobre actos proferidos dentro de la ejecución de un contrato administrativo, el Consejero Doctor Julio César Uribe Acosta, en aplicación de los artículos 131 y 132, numerales 8º, inciso 2º del C.C.A. envió al expediente por competencia al Tribunal Administrativo de Santander, considerando que dicho contrato se había celebrado para la construcción de redes de catación, redes de inyección y redes de distribución de agua en el sector Norte de Casabe y que éste se hallaba comprendido en jurisdicción del Departamento de Santander.

El Tribunal Administrativo de este Departamento al recibo del expediente precisó que, geográfica o territorialmente el sector Norte de Casabe o "Campo Casabe" corresponde al Municipio de Yondó en el Departamento de Antioquia y por tanto ordenó enviar el expediente a ese Tribunal Administrativo.

A su vez, el Tribunal Administrativo de Antioquia, invocando el inciso 2º del artículo 140 del C. de P.C., según el cual "El juez que reciba el negocio no podrá declararse incompetente cuando el proceso le sea remitido por su respectivo superior jerárquico o por la Corte Suprema de Justicia", no aceptó asumir competencia alegando que era el Consejo de Estado el que la había determinado para el Tribunal Administrativo de Santander.

Tramitado el asunto conforme a lo dispuesto por el artículo 215 del C.C.A., procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

El artículo 140 del C. de P.C. contempla los conflictos de competencia que se susciten en la jurisdicción ordinaria; y existiendo a partir de la vigencia del Decreto 2304 de 1989 regulación expresa para los que se presenten entre los Tribunales Administrativos, será de preferente aplicación el artículo 215 del C.C.A.

Pero además, lo que el inciso 2º del artículo 140 del C. de P.C. establece es, que no puede haber conflicto de competencias entre un superior y un inferior, ni entre la Corte Suprema de Justicia y las demás autoridades que administran justicia en la jurisdicción ordinaria.

Claramente se observa entonces que dicha norma no es pertinente pues no se trata en este caso de un conflicto de competencias entre el Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Santander.

Ciertamente al Consejero a quien correspondió el asunto, lo envió al Tribunal Administrativo de Santander en el convencimiento de que el sector Norte de Casabe se hallaba comprendido en territorio de esa jurisdicción. Pero bien puede leerse en el contrato mismo de trabajo que se celebró entre las sociedades demandantes y el señor Marco Aurelio Téllez, por cuya indemnización se hizo efectiva la póliza de garantía, medida que ahora se controvierte, que los servicios serían prestados en Yondó, Antioquia, pues era en esa zona en donde debían instalarse las redes (folio 40).

Establecido el error en que se incurrió al creer que el contrato debía ejecutarse en jurisdicción del Departamento de Santander, debe corregirse puesto que la competencia en este caso le corresponde conforme a la ley, al Tribunal Administrativo de Antioquia.

Por lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE:

Remítase el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia por ser el competente para conocer.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 22 de mayo de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente; *Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo,* Con salvamento de voto; *Pablo J. Cáceres, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio José de Irisarri Restrepo,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez,* Ausente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Jorge Penén Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Rodrigo Vieira Puerta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONFLICTO DE COMPETENCIA (Salvamento de voto)

Definido el litigio no era de competencia del Consejo de Estado, sino del tribunal administrativo del lugar donde se ejecutó o debía ejecutarse el contrato, por esa razón se envió al de Santander. Para el suscrito este tribunal no podía, sin incurrir en desacato, manifestar su incompetencia, ya que el proceso le había sido enviado por el superior.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. C-120. Actor: Consorcio Euc Casabe Ltda.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala Plena Contenciosa el día 22 de mayo de 1990, mediante la cual se dirimió el conflicto de competencia surgido entre los tribunales administrativos de Antioquia y Santander, con la remisión del expediente al primero de los citados.

Son razones de mi discrepancia las siguientes:

a) El asunto se presentó ante esta Corporación, por estimar la parte actora que la competencia radicaba en Esta, tal como lo sostiene la demanda al folio 83 del cuaderno principal.

b) Repartido el asunto el señor Consejero Uribe Acosta estimó éste que el litigio no era de competencia del Consejo de Estado, sino del tribunal administrativo del lugar donde se ejecutó o debía ejecutarse el contrato, y por esa razón lo envió al de Santander.

c) Para el suscrito este tribunal no podía, sin incurrir en desacato, manifestar su incompetencia, ya que el proceso de había sido enviado por el superior.

A este respecto la ley procesal es bastante clara, cuando dispone:

"El juez que reciba el negocio no podrá declararse incompetente, *cuando el proceso le sea remitido por su respectivo superior jerárquico*"...

Este mandato corresponde al inciso 2º del artículo 140 del C. de P.C.

d) En este sentido, el presente conflicto no tenía razón de existir, por el impedimento de orden legal que no le permitía al tribunal de Santander declararse incompetente. Como es obvio, si un organismo no puede tomar semejante actitud, el conflicto no puede nacer a la vida jurídica.

Con esta razón debió inhibirse la Sala y no bendecir el desacato anotado.

Con todo respecto.

Carlos Betancur Jaramillo.

RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE

Por vía legal (D.L. 630/42, artículo 2) aparece fijada una responsabilidad objetiva, ante cuya ocurrencia y análisis, a la víctima del daño le basta demostrar los hechos que determinan la circunstancia en que se puso la mercancía en las bodegas oficiales, y que esta mercancía, cuando debió ser entregada a quien o a quienes correspondía en forma oficial, apareció dañada, perdida o entregada a otro por equivocación, y será el Gobierno o la entidad gubernamental correspondiente quien deberá comprobar que el accidente ocurrió por elementos ajenos a él, ya por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado por su poca consistencia o mala confección para seguridad del contenido, invirtiéndose de esta suerte, la carga de la prueba.

En las bodegas oficiales de COLPUERTOS fueron depositadas mercancías en buen estado, y al ser retiradas por quien correspondía, estaban dañadas, sin que la entidad haya demostrado eximente alguno de la responsabilidad objetiva atribuida.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., once (11) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. R-056. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. (Reconstrucción-D.E. 3825/1985). Actor y Recurrente: ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. Demandado: PUERTOS DE COLOMBIA.

Visto el informe de la Secretaría (folio 271) y vencido con exceso el período dispuesto por auto de seis de julio de mil novecientos ochenta y ocho (folios 145

a 146) y desarrollado por proveídos de veintitres de agosto (folio 154 a 159), cinco de septiembre (folio 163 a 164) veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (folios 235 a 236), veinte de enero (folio 244), tres de febrero (folios 250 a 251), veintitrés del mismo mes (folios 256 a 257) y diez de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (folio 269), corresponde a la Sala dictar la sentencia que ha de reponer la anulada (de la Sección Tercera de esta Sala, de fecha 7 de marzo de 1985), al tenor de lo preceptuado por el tercer inciso del artículo 205 del C.C.A., y en concordancia con el inciso 5º del literal a) del artículo 4º del Decreto extraordinario 3825 de 1985.

I. ANTECEDENTES

Como se recordará, por fallo de esta Sala plena calendado a diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho (folios 105 a 142), prosperó el primer cargo esgrimido contra la sentencia de 7 de marzo de 1985 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Se dijo entonces:

"I. ***Primer Cargo.***

"Según el apoderado de la sociedad recurrente, la sentencia impugnada viola, por indebida aplicación, los artículos 1057, 1070, 1073, inciso 2º, y 1054 del Código de Comercio, lo mismo que el artículo 268 del Código de Procedimiento Civil.

"Estima igualmente que como consecuencia de la aplicación indebida de las anteriores disposiciones, se dejaron de aplicar los artículos 1125, 1118, 1119, 1056, 1050, 1052, 1036, inciso 2º, 1045 y 1096 del Código de Comercio, el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, 252 último inciso y numeral 3, y 276 del Código de Procedimiento Civil.

"Conforme a lo dicho antes, la Sala examinará exclusivamente los aspectos del escrito del apoderado de la recurrente que se acomodan a la técnica del recurso.

"Tales aspectos se sintetizan así:

"1o. La Sección Tercera violó el segundo inciso del artículo 1073 del Código de Comercio, pues la hipótesis contemplada en él ("siniestro iniciado antes de que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador"), no se dio en el caso *sub-judice*. En efecto, según el artículo 1118 del citado Código, "la responsabilidad del asegurador principia desde el momento en que las mercancías quedan a disposición del transportador o a la de sus dependencias y concluye con la entrega al destinatario". Por lo tanto, incurrió en error la Sección Tercera "al considerar que la cobertura proporcionada por el seguro solo existía con posterioridad al '30 de septiembre de 1974',

como se dice en la sentencia, y no a partir de los respectivos despachos que también según la misma sentencia acusada, ocurrieron en los meses de julio, agosto y septiembre de 1974". Si normas específicas como los artículos 1118 y 1119 del Código de Comercio hacen excepción a los principios comunes a los seguros terrestres que en su orden traen los artículos 1057 y 1070, según los cuales "en defecto de estipulación *o de norma legal,* los riesgos principian a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfecciona el contrato" y que "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional del tiempo corrido del riesgo...", viola la ley la afirmación de la Sección Tercera de que como los certificados se expidieron el 30 de septiembre "cuando ya la mercancía se encontraba en el país, carece de causal el seguro de transporte tomado en esas condiciones".

"2o. Desconoce la sentencia de la Sección Tercera lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1036 del Código de Comercio, según el cual 'el contrato de seguro se perfecciona desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza'; documentos éste que perfecciona y prueba el contrato de seguro...' (artículo 1046 del Código de Comercio)".

"El resto de este primer cargo se refiere al error en que, en opinión del apoderado de la recurrente, incurrió la Sección Tercera en la apreciación de las copias de los certificados de seguros aportados al proceso que calificó como "copias simples" para negarles todo valor probatorio.

"*Se considera el cargo.*

"Seis son las tesis fundamentales que se sostienen en el fallo impugnado:

"1a. "Tratándose de 'Pólizas Automáticas' de seguro de transporte, la prueba del contrato consiste en la Póliza General y en el Certificado de Seguro de Transporte", como reiteradamente lo ha sostenido la Sección Tercera.

"2a. El contrato de seguro, dada su naturaleza jurídica de contrato eventual, de riesgo o aleatorio, debe quedar perfeccionado antes de la ocurrencia del riesgo que se asegura", como también lo ha dicho la misma Sección.

"3a. Si los certificados de seguros se expiden cuando ya la mercancía se encuentra en el país, "carece de causa el Seguro de Transporte tomado en tales condiciones".

"4a. La presentación de Certificados de Seguros en copias simples contraría "ostensiblemente el mandato del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil, que señala que deben presentarse, por regla general, originales los documentos privados", con las excepciones que indica y que no se dan en el caso *sub-judice*.

"5a. Habiéndose presentado en copias simples los certificados de seguro, "no se probó legalmente el contrato de Seguro en cuanto hace referencia a la mercancía por la que se reclama".

"6a. Como no se probó el contrato de seguro, "carece de eficacia jurídica la cesión, la liquidación del siniestro y su pago".

"Por lo visto, la impugnación que hace el apoderado de la recurrente sobre violación del inciso segundo del artículo 1073 del Código de Comercio, lo mismo que los artículos 1118 y 1119 *ibídem*, no corresponde a la tesis sostenida en el fallo impugnado, pues ella consiste esencialmente en que dada la naturaleza jurídica del contrato de seguro, éste debe quedar perfeccionado antes de la ocurrencia del riesgo que se asegura y la disposición primeramente citada prevé el caso de un siniestro que se inicia antes y continúa después de que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, momento que según el segundo de tales preceptos es aquel en que las mercancías se dejan a disposición del transportador o de sus dependientes. Por otra parte, el artículo 1119 se limita a decir que el asegurador gana irrevocablemente la prima desde el momento en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta. Tales previsiones son bien distintas del señalamiento en que queda perfeccionado el contrato de seguro.

"Los artículos 1073, 1118 y 1119 del Código de Comercio parten de la base de que el contrato está perfeccionado y la sentencia impugnada implícitamente sostiene que no lo esta mientras no se hayan expedido los certificados de seguro. Pero no afirma que perfeccionado el contrato, la responsabilidad del asegurador no principia desde el momento en que las mercancías quedan a disposición del transportador o de sus dependientes; ni contradice lo dispuesto en el artículo 1119 del citado código, ni se refiere a la hipótesis relativa al siniestro iniciado antes y continuado después de que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador.

"En suma, el problema que plantea la sentencia no conduce a dilucidar si la responsabilidad del asegurador comienza cuando se deja la mercancía a disposición del transportador o de sus dependientes, sino si la cobertura del riesgo principia antes de que no se hayan expedido los correspondientes certificados de seguro o solamente después.

"Pero en el sentir de la Sala, acierta el apoderado de la recurrente cuando objeta la tesis de la sentencia,según la cual si se ha suscrito la póliza, pero no se han expedido los correspondientes certificados, "carece de causa el Seguro de Transporte tomado en tales condiciones"; objeción que se complementa con la dirigida a la tesis del mismo fallo consistente en que tratándose de pólizas automáticas, el contrato de seguro no se perfecciona con la sola suscripción de la póliza sino que para ellos se requiere la expedición de los certificados, aunque esté demostrada la suscripción de la póliza, no está probado el respectivo contrato.

"Para el recurrente las tesis del fallo a que se ha hecho referencia contrarían lo dispuesto en los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio.

"Sobre este particular la sentencia impugnada no ha hecho otra cosa que retirar la jurisprudencia de la misma Sección, sostenida desde el año de 1978, según la cual no puede perfeccionarse el contrato de seguro mientras no se hayan expedido los mencionados certificados, pues siendo aquel aleatorio, el elemento del riesgo es esencial y en esa hipótesis faltaría.

"En tales fallos ha dicho la Sección Tercera:

"a) Tratándose de pólizas automáticas y de las flotantes, no basta la suscripción de la respectiva póliza para el perfeccionamiento del contrato, sino que es indispensable la expedición del correspondiente certificado de seguro, que lo concreta, o sea, que determina "los bienes que quedan cubiertos con los riesgos señalados en la póliza".

"b) Si al momento de perfeccionarse el contrato de la expedición del respectivo certificado, el riesgo se ha realizado, "dicho contrato no produce efecto alguno", pues tal certificado "legalmente ha de responder a la necesidad de asegurar un riesgo futuro e incierto, jamás un riesgo pretérito...", o, como se dice en una de las aludidas sentencias, "el contrato de seguro resulta nulo, por falta de objeto y de causa, dado que el riesgo amparado ya había tenido ocurrencia".

"c) El contrato de seguro se prueba con la respectiva póliza y con el correspondiente certificado de seguro.

"La Sala comparte la tesis de que el contrato (no el certificado de seguro) tiene por objeto asegurar un riesgo futuro e incierto, como fluye de la naturaleza de la institución y de las disposiciones de la ley, y que mientras no esté perfeccionado no surge ninguna responsabilidad para el asegurado, pues es apenas obvio que no ha asumido riesgo alguno.

"La que no comparte y considera contraria a la ley es la tesis de que dicho contrato se perfecciona y prueba conjuntamente con la póliza automática y el certificado de seguro de suerte que aquella, sola, no sirve al efecto y que mientras no se haya expedido ese documento que especifica lo genéricamente indicado en ella, no nace obligación alguna para el asegurador.

"Estima la Sala que el contrato de seguro se perfecciona y prueba, como lo establecen los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, por medio de la Póliza, aun tratándose de la automática, sin necesidad de que en este caso se haya expedido el certificado de seguro.

"No dice la ley, haciendo una excepción a la regla general, que tratándose de pólizas automáticas, el contrato sólo se perfecciona con la expedición de los

certificados de seguro. No hay disposición legal que excluya la póliza automática de la regla general sobre perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, no por su naturaleza puede entenderse excluida de ella, pues el contenido que le señala el artículo 1050 del Código de Comercio no la hace diferir esencialmente de las otras pólizas, ni le niega la función que a ésta corresponde.

"Para la Sala el contrato está contenido esencialmente en la póliza automática; con la suscripción de ella se perfecciona. Constan en ese documento el interés y el riesgo, el cual queda definido, aunque con referencia a una cosa indicada en forma genérica. Téngase en cuenta que conforme al artículo 1047, ordinal 9o. del Código de Comercio, en la póliza de seguro deben quedar definidos "los riesgos que el asegurador toma a su cargo". Sólo que, por disposición del artículo 1050 *ibídem*, tratándose de la póliza automática y de la flotante, en ellas se describen únicamente las condiciones generales del seguro y se deja para declaraciones posteriores, que pueden constar en certificado o en otros documentos, "la identificación o valoración de los intereses del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización..."

"No prescribe la ley que tales declaraciones posteriores a la póliza ni los documentos en que están contenidas sean elementos necesarios para el perfeccionamiento del contrato (que no lo tiene, antes de ellos o de ellas, como imperfecto), sino como medios para su especificación. No se deduce de las correspondientes normas legales que el contrato deja de perfeccionarse porque lo genérico que hay en la póliza deba ser especificado posteriormente, como son los "efectos asegurados", o porque se tenga que valorar después el respectivo interés.

"El certificado de seguro no tiene otra función importante que la de especificar la cosa (la mercancía asegurada) genéricamente señalada en la póliza y valorar el interés asegurado, precisiones que por fallar no afectan la esencia del contrato, el cual sin ellas existe y queda perfeccionado. Están previstos en la póliza el riesgo, como acontecimiento futuro e incierto, y el interés asegurado. Para que existan tales elementos que no se requieren las especificaciones que debe hacer el certificado de seguro.

"Ni desde el punto de vista legal ni del jurídico impide el perfeccionamiento del contrato de seguro la circunstancia de que la cosa aparezca en forma genérica, pero con la calidad de especificable, e indeterminado, pero determinable, el interés asegurado.

"El artículo 1045 del Código de Comercio indica cuáles son los elementos esenciales (se entiende que específicos) del contrato de seguro, sin uno de los cuales no producirá efecto alguno. Ninguno de ellos tiene porqué faltar en la póliza automática por el simple hecho de ser tal.

"De acuerdo con lo dicho antes y conforme a las normas legales pertinentes, con el certificado no se asegura ningún riesgo; este objetivo se cumplió con la correspondiente póliza de seguro. Es con relación a ella, es decir *en el momento en que se suscribe la póliza,* que el suceso que podría afectar el bien asegurado, debe ser futuro e incierto para que pueda ser calificado como riesgo: No cuando se expide el certificado de seguro.

"Considera la Sala que el criterio del cual discrepa significa que para la Sección Tercera tratándose de póliza automática, el contrato de seguro permanece sin perfeccionarse, pues lo consigue únicamente respecto de determinado despacho de mercancía cuando se expide el correspondiente certificado y vuelve a su estado de imperfección una vez que aquella sea entregada al destinatario, hasta un nuevo despacho, con nueva expedición de certificado de seguro, lo que jurídicamente es inaceptable.

"Teme la Sala que con ese criterio le queda al asegurador expedita la vía para incumplir el contrato, desembarazarse del riesgo que asumió en él, exonerarse de la responsabilidad que legalmente le corresponde, con una deliberada omisión suya: no expedir el certificado de seguro, aun en el caso de que el asegurado le haya dado, con antelación, aviso del despacho de la mercancía, con descripción de ella y señalamiento del valor del respectivo interés. Quedaría el asegurado totalmente desamparado, no obstante haber tomado la póliza de seguro y de haber hecho todo lo que le correspondía y estaba a su alcance.

"El asegurador se crearía con su propia y mal intencionada omisión, en interés suyo y el perjuicio del asegurado, un privilegio aberrante, contrario al derecho y a la justicia.

"Dice el Doctor Andrés Ordóñez, en sus Conferencias sobre Derecho de Seguros, dictadas en las Universidad Externado de Colombia, que en la póliza marco está el contrato de seguro, con todos sus elementos esenciales; "el interés y el riesgo están llamados a ser concretados en el certificado de seguro"; de modo que, como él mismo dice, en la póliza, el interés no esta determinado, aunque sí es determinable. Y "siendo la finalidad del certificado únicamente individualizar y cuantificar el interés, el certificado de seguro puede ser expedido en cualquier momento, sea antes o después de que se realice efectivamente el transporte de un determinado conjunto de mercancías y, en consecuencia, sea que se produzca antes o después de realizado el siniestro, si éste se produce dentro de un determinado trayecto de transporte".

"Opina el mismo conferencista que "lo normal es que el comerciante que solicita y obtiene la expedición de una póliza automática de seguro de transporte, trata precisamente de evitar la contratación de un seguro para cada despacho y simplemente limita su obligación a la notificación a la compañía de seguros, de un volumen de mercancía transportada en un despacho deter-

minado, en determinado trayecto, para que la compañía, con posterioridad, en cualquier momento del desarrollo del contrato, expida el certificado de seguro, se cobra su prima y, eventualmente, pague los siniestros derivados del despacho de que se trate".

"El doctor Hernán Fabio López, en su libro COMENTARIOS AL CONTRATO DE SEGURO, dice al respecto:

""La póliza automática, utilizada principalmente en el ramo de transporte, otorga un amparo para todos los transportes que se realicen durante la vigencia de la póliza y hasta una suma máxima, límite asegurado, aun en el caso de la aseguradora no tenga noticia del embargue sino con posterioridad a este, pues precisamente el carácter automático del contrato esta en permitir que hasta con declaraciones luego del envío se proceda a determinar el valor de la prima que ha de cobrarse, la que, a diferencia de lo que sucede en la póliza de abono o flotante, se determina de manera exacta con base en cada envío o remesa considerando el valor declarado para cada una de las remisiones, que normalmente debe coincidir con el valor comercial. De ahí que para fijar la suma asegurada se incluyan, a más de la suma facturada, los fletes, gastos de nacionalización y bodegas.

"...

""Resulta innegable que cuando se toma un seguro en la modalidad de automático o flotante nos encontramos en el terreno del contrato, puesto que en esa convención inicial se establecen todas las bases esenciales para que exista el contrato de seguro, sólo que la concreción del objeto asegurado y las bases para la liquidación de primas están sujetas a un acto posterior: que se efectúe el transporte y que se guarden mercancías en el establecimiento, para citar dos ejemplos, oportunidad en la cual ya se tienen las bases para precisar el monto del interés asegurable y establecer la correspondiente prima, pero sin que pueda aceptarse que solo en ese momento nace el contrato, porque este empezó al verificarse la suscripción, solo que su operancia estaba sometida a dichas actividades posteriores.""

"El doctor Antonio José de Irisarri Restrepo, en el salvamento de voto que hizo a la sentencia de la Sección Tercera, proferida el 27 de febrero de 1986, también con ponencia del doctor Julio Cesar Uribe Acosta, se expresó sobre el particular de la siguiente manera:

""Resulta de lo anteriormente expuesto, que la póliza automática o de abono de seguro de transporte de mercancías no se perfecciona, como lo sostiene la opinión mayoritaria, con la expedición del certificado de seguro. Según lo señala el artículo 1036 del Código de Comercio el contrato se perfecciona antes: desde el momento en que el asegurador suscribe la póliza. El certificado de seguro cumple, de acuerdo con la ley (C. de Co., artículo 1050) una función bien distinta: tiene un mero alcance probatorio, mas no del contrato de seguro,

sino del despacho de la mercancía y cumple, a la vez, un papel eficaz para liquidar, con arreglo a las estipulaciones generales de la póliza, el valor asegurable y asegurado de los intereses así como el valor de las primas a cargo del asegurado y que el asegurador devenga, irrevocablemente, desde el momento mismo en que los riesgos comiencen a correr por su cuenta (C. de Co. artículo 1119), esto es, desde el momento en que las mercancías queden a disposición del transportador o sus dependientes, como lo prescribe el artículo 1118 del estatuto comercial.""

"Más adelante dice el mismo Consejero:

""Es preciso tener en cuenta, además, que el hecho de que las mercancías aseguradas no aparezcan especificadas desde un principio no es fenómeno nuevo ni exótico en el derecho nacional. En efecto, el artículo 1085 del Código de Comercio contempla explícitamente esa posibilidad junto con otras de idéntica naturaleza (asegurabilidad de almacenes, bazares, tiendas, fábricas y otros establecimientos de comercio sin designación específica de mercaderías y objetos que contengan), en la misma forma en que la contemplaba el artículo 648 del Código de Comercio Terrestre, bajo cuyo amparo se expidieron innumerables pólizas automáticas, caracterizadas justamente por otorgar una protección que, con arreglo a determinadas bases, opera automáticamente. Implica la asunción de los riesgos aún sin conocimiento previo de la fecha en que empiezan a correr por cuenta del asegurador, según lo expresa en 1962 el Dr. Efren Ossa en la segunda edición de su "Tratado Elemental de Seguros. página 374.""

"El profesor Jaime Bustamante Ferrer, citado por el doctor Irisarri en el salvamento de voto parcialmente transcrito, dice en su obra "Manual de Principios Jurídicos del Seguro": "Este contrato de seguro se celebra y se perfecciona con la póliza misma que no se puede interpretar como un señalamiento de condiciones previas para realizar una serie de contratos de seguros, sino que es el contrato mismo que reúne todas las condiciones esenciales y, en relación con el cual, los certificados anexos o avisos, sólo tienen la finalidad de señalar los elementos determinables del seguro, a medida que, dentro del desarrollo de este contrato de tracto sucesivo, van surgiendo o precisándose los riesgos amparables.

"En efecto, además de los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil para que una obligación nazca válidamente, en la póliza automática se incluyen los elementos esenciales del contrato de seguro.

"El interés asegurable consiste en la afectación que puede sufrir el patrimonio del asegurado cuando los bienes objeto del seguro se exponen al riesgo y cuya identificación, valoración e individualización pueden ser definidas posteriormente, como lo dice el mismo artículo 1050 (del Código de Comercio).

"Además, este interés asegurable existe en todo momento como lo exige el artículo 1086, porque mientras subsiste el contrato se pueden iniciar los riesgos preindicados sin o con conocimientos del asegurado, y este surgimiento del riesgo es lo que justifica precisamente la naturaleza de la póliza automática. Sucede lo mismo que, por ejemplo, en una póliza anual de accidentes de aviación en la que el riesgo surge cuando se realizan los viajes, pero el interés asegurable subsiste permanentemente, para poderlos hacer cuantas veces sea necesario.

"En cuanto al riesgo asegurable, es un elemento que queda definido con claridad en las condiciones de la póliza, la cual señala la extensión y calidad de los amparos y sólo deja por fijar otros elementos que son determinables conforme al artículo 1047 y el mismo artículo 1050.

"Por otra parte, siempre hay una consideración de prima en el contrato y la obligación condicional del asegurador se precisa cabalmente en la póliza misma, en la cual se enuncian con precisión las causas y circunstancias que configuran los siniestros y los límites máximos de la responsabilidad del asegurador.

"De manera que la póliza automática, lo mismo que la póliza flotante, perfecciona el contrato de seguro, el cual tiene vigencia desde su expedición. En cambio, las declaraciones, certificaciones, avisos, no son contratos individuales de seguro sino elementos adicionales del contrato inicial que sirven para determinar las circunstancias que las normas indicadas permiten que sean determinables posteriormente.

"Por otra parte, frente a un contrato de seguro establecido de antemano con todos sus elementos esenciales, las declaraciones que correspondan al asegurado para establecer aquellas circunstancias determinables, debe hacerlas este, o en las oportunidades señaladas en la póliza de declaraciones (sic) o cuando tenga conocimiento de los despachos y sus características, haya o no ocurrido el siniestro, cuyo amparo no depende de la declaración sino de la póliza de seguro preexistente.

"...

""En resumen, las pólizas automáticas se llaman precisamente así porque el asegurador, dentro de las condiciones generales establecidas, ampara los riegos convenidos desde que principian a correr, aunque los avisos le lleguen posteriormente y el certificado se expida aún después de realizado el riesgo"".

"*Otros aspectos del primer cargo.*

"Se refiere este punto al valor probatorio de las copias de los certificados de seguro aportadas al proceso, que la sentencia negó para desconocer, en opinión del apoderado de la sociedad recurrente, el derecho de su mandante a

reclamar indemnización, bien como consecuencia legal o como efecto de la cesión de derechos.

"Se impugna la sentencia porque la Sección Tercera incurrió, según la parte recurrente, en una errónea interpretación de las pruebas consistentes en copias de los mencionados certificados. En esta forma, asevera el apoderado de la actora, se violaron las disposiciones que él cita y que anota la Sala, son, unas sustanciales y otras de índole procedimental, algunas de las cuales se refieren a cuestiones que nada tienen que ver con el valor probatorio de las copias de un documento. De todos modos este problema de la apreciación de las pruebas está descartado, como ya se anotó, del ámbito propio del recurso de anulación por el artículo 197 del decreto extraordinario 01 de 1984.

"Y si bien es cierto que como consecuencia de la manera como apreció tales pruebas, la Sección Tercera llegó a la conclusión de que "carece de eficacia jurídica la cesión, la liquidación del siniestro y su pago", ello no tiene incidencia en la decisión sobre la prosperidad de este cargo, pues las consideraciones que se hicieron antes sobre la naturaleza y la función de los certificados de seguro dejan sin piso lo que no fue sino aplicación de la tesis impugnada por la parte recurrente y objetada por la Sala.

"Sin embargo, estima conveniente la Sala observar que no es exacto que por no haber quedado legalmente demostrada la existencia del contrato de seguro, carece de eficacia jurídica la cesión de derechos que, según la sentencia recurrida, hicieron las aseguradas a la aseguradora, la liquidación del siniestro y su pago. Le parece a la Sala que entran en confusión el acto con su prueba, la eficacia jurídica de aquél con la eficacia probatoria de la copia del documento que lo contiene.

"No se puede aseverar que puesto que no está probado en el proceso el contrato de seguro porque la copia aportada no es idónea al efecto, todo lo cual lo ubica la Sala en el terreno de la hipótesis, carece de eficacia jurídica el pago hecho por el asegurados y la correspondiente cesión de derechos. Lo acertado es afirmar que como no se probó el contrato de seguro no quedó demostrada la titularidad del derecho objeto de la cesión, si la hubo, o la validez del pago con imputación al contrato, o la eficacia jurídica del uno y de la otra.

"Jurídicamente no es posible afirmar que como no se probó en el proceso la existencia de un contrato por no ser hábil la copia del respectivo documento, no se produjeron los efectos propios del mismo, sino que, en consecuencia, no quedaron demostrados tales efectos y, por ende, la validez del pago con imputación a dicho contrato y la consiguiente cesión de derechos por quien figura como acreedor a un tercero.

"En suma, el problema no es del acto en sí sino de su prueba; que de ser acertada la apreciación que de ella se hizo en la sentencia, la cuestión no sería

de ineficacia jurídica del acto sino de ineficacia probatoria de las copias llevadas al proceso.

"*Conclusión sobre el primer cargo.*

"Como lo demostró la recurrente y lo comprobó la Sala, la sentencia impugnada viola los artículos 1036, inciso segundo, y 1046 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 1050 de la misma obra, por cuanto considera que la póliza automática por sí sola no perfecciona ni prueba el contrato de seguro sino que requiere al efecto que se expida el correspondiente certificado.

Ello contradice las citadas disposiciones, pues según las dos primeras el contrato de seguro se perfecciona y prueba con la póliza respectiva, sin que ningún texto legal, especialmente el último de los citados preceptos, que tienen al certificado sólo como un documento adicional, haya hecho excepción respecto de ella a esa regla general, ni sea posible deducirla de la naturaleza de esta clase de póliza.

"Por consiguiente, prospera el cargo." (folios 122 a 139).

II. ***Cuestiones fácticas que sirvieron de base a la sentencia de 7 de marzo de 1986, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.***

En la demanda que originó el asunto a dirimir por la Sección Tercera, la parte actora (ASEGURADORA COLSEGUROS, S.A.) narró los hechos que a continuación se transcriben:

"*Primero.* "Industrial Colibrí Ltda," y/o "Textiles Colibrí Ltda." importó las siguientes cantidades de fibra acrílica "TOW ACRILICO", así:

"A) 166 cartones de "TOW ACRILICO" con un peso neto de 19.920 kilogramos, despachados por la firma MITSUI & Co. (U.S.A.), INC., desde Nagoya (Japón), mediante factura de fecha 12 de septiembre de 1974, distinguida con el número 72-45616 (Se anexa a la presente demanda en copia auténtica).

"A.1) Según consta en la certificación expedida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, en el certificado de excepciones de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y en el informe de Ajuste elaborado por la firma W. MOLLER & CIA. LTDA., documentos estos que en copia auténtica se anexan a la demanda, la citada mercancía llegó al Puerto de Barranquilla en el Vapor "Ho Ming" el día 23 de octubre de 1974, amparada con el conocimiento de Embarque número 52-F-02, emitido en Nagoya (Japón).-

A.2) Tal mercancía fue entrega a Puertos de Colombia en perfecto estado, como se desprende del certificado de excepciones expedido por la Flota Mercante Grancolombiana, distinguido con el número 5884, el cual, como se dijo, se anexa en copia auténtica a la presente demanda.

A.3). Esta mercancía fue ubicada en el alar de la bodega del terminal sin ninguna protección, vale decir a la intemperie, razón por la cual se deterioró. Estas circunstancias constan tanto en el informe de ajuste elaborado por la firma W. Moller & Cía. Ltda. con fecha 21 de diciembre de 1974, como en el acta de reconocimiento e inspección de fecha 15 de noviembre de 1974 y en la nota de observaciones sobre la entrega, elaborada por la consignataria de la mercancía, "Almaviva", y que obra al respaldo de la certificación expedida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, documentos éstos que en copia auténtica acompañan a la presente demanda.

A.4) El valor total de la mercancía en dólares de los Estados Unidos era de US$50.198.40 F.O.B., que a razón de $27.94 cambio a la época, arrojaba un total de $1'402.543,29 pesos colombianos.

A.5) De acuerdo con el informe de la firma ajustadora, se destruyeron por acción de la humedad un total de 56 fardos, con un peso aproximado de 6.720 kilos y por un valor de $580.944.oo

"B) 171 CARTONES DE "TOW ACRILICO", con un peso bruto de 22.074 kilogramos y neto de 19.948 kilogramos, despachados por la firma DU PONT DE NEMOURS CO. INU., desde Baltimore, E.U.A., mediante factura número 78-7766, de fecha 6 de marzo de 1974, al cual corresponde la factura consular número Z.F. 14, documentos éstos que en copia auténtica se acompañan a la presente demanda.

B.1) Según consta en la certificación expedida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y en el informe de ajuste, documentos éstos que en copia auténtica se anexan a la presente demanda, la citada mercancía llegó al Puerto de Barranquilla a bordo del Vapor "República del Educador", el día 20 de junio de 1974 en perfecto buen estado, pero fue colocada a la intemperie, razón por la cual su contenido se deterioró.

B.2) Así consta en la certificación expedida por la Empresa Puertos de Colombia, según la cual la mercancía fue entregada "con el empaque roto y su contenido húmedo por la acción de la lluvia" (Véase en este sentido certificación de Puertos de Colombia, copia auténtica de la cual se anexa).

B.3) El valor en dólares de los Estados Unidos de América, era de US$37.819,36 FOB que, a razón de $27.94, cambio de la época, arrojaba un total de un millón cincuenta y seis mil seiscientos setenta y dos pesos con noventa y dos centavos ($1'056.672,92) (véase factura Comercial y certificado expedido por la zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla).

B.4) Según constan en el informe de ajuste elaborado por la firma W. Moller & Cía ltda. con fecha 21 de diciembre de 1974 y en el acta de reconocimiento de fecha 13 de noviembre de 1974, se destruyeron por acción de la humedad un total de 92 cartones con peso aproximado de 10.731.80 kilogramos a razón de 66,19 pesos el kilo, arrojaba un total de setecientos diez mil trescientos treinta y siete pesos con ochenta y cuatro centavos ($710.337.84), valor de la pérdida.

C.) 166 cartones de libra acrílica (Beslon blanco natural) con peso neto de 19.920 kilogramos, el cual fue despachado por la firma Mitsui & Co. (U.S.A.) Inc., desde el Puerto de Nagoya (Japón), mediante factura de fecha 14 de agosto de 1974, distinguida con el número 72-456120, que se anexa a la presente demanda en copia auténtica.

C.1) Según consta en la certificación expedida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla y en el Bill of Lading, documentos éstos que se anexan a la presente demanda en copia auténtica, tales mercancías llegaron al Puerto de Barranquilla en el Vapor "Khian Engineer" el día 6 de octubre de 1974, amparado con el conocimiento de embarque (Bill of Lading) número 52-F-02, emitido en Nagoya (Japón), (documentos que igualmente se acompañan en copia auténtica).-

C.2) Esta mercancía llegó al Puerto de Barranquilla en perfecto buen estado como se sigue de la certificación expedida por la Transportadora Grancolombiana, de fecha 10 de junio de 1975, pero fue depositada a la intemperie en los alares de la bodega número 9, sin ninguna protección, razón por la cual, la mercancía se deterioró. Esta circunstancia fue constatada el día 27 de noviembre de 1974 según se lee en el acta de reconocimiento de inspección de fecha 2 de diciembre de 1974 y en el informe de ajuste elaborado por la firma W. Moller y Cía. Ltda. de fecha 21 de diciembre de 1974, documentos éstos que en copia auténtica se anexan a la presente demanda.

C.3) El valor de la mercancía en dólares de los Estados Unidos de América era la suma de US$50.198,40 F.O.B., que al cambio de la época, $27,94, arrojó un total de un millón cuatrocientos dos mil quinientos cuarenta y tres pesos con veintinueve centavos ($1.402.543.29) (véase facturas e informe de ajuste).

C.4) De acuerdo con el informe de la firma ajustadora, (que como se dijo se anexa), se destruyeron por acción de la humedad, 53 cartones con un peso de 6.360 kilogramos y por valor de quinientos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos sesenta y cuatro pesos con ochenta centavos ($554.464,80).

D) 558 cartones con peso bruto de 74.908 kilogramos y neto de 68.022 kilogramos, los cuales fueron despachados por la firma E.I. Du Pont Nemours &Co. Inc., desde el puerto de Baltimore, Marylanda, Estados Unidos de América, según consta en la factura de fecha 28 de mayo de

1974, distinguida con el número 7807912 (copia auténtica de la cual se anexa a la presente demanda).

D.1) Según consta en el certificado expedido por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, con fecha de agosto de 1974, y en el conocimiento de embarque número FZ-10, emitido en Baltimore, Estados Unidos, documentos que se acompañan en copia auténtica, la mercancía llegó a Puerto de Barranquilla a borde del Vapor Ciudad de Pasto el día 26 de junio de 1974.

D.2) La mercancía fue entregada a Puertos de Colombia en perfecto estado por la Compañía Transportadora (Flota Mercante Grancolombiana), según consta en el certificado anexo en copia auténtica, distinguida con el número 4568 de fecha octubre 10 de 1974.

D.3) Esta mercancía fue colocada por Puertos de Colombia sin ninguna protección y debido a la fuerte lluvia que azotó a la ciudad por la época, su contenido se deterioró, circunstancia que consta tanto en el acta de recibo de la mercancía, (según se lee en la parte final del certificado expedido por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla a que se aludió), como en el certificado expedido por Puertos de Colombia, en el expediente por Almacenar (número 4474 de octubre 9 de 1974) y en el informe de ajuste elaborado por la firma W. Moller & Cía, Ltda. de fecha 16 de diciembre de 1974 y en el acta de reconocimiento de inspección de fecha 14 de noviembre de 1974, documentos éstos que se anexan en copia auténtica a la presente demanda.

D.4) Por la razón anotada en el literal que antecede y según el informe de ajuste a que he venido aludiendo (de fecha 16 de diciembre de 1974) y el acta de reconocimiento de 14 de noviembre de 1974), se destruyeron un total (sic) de 321 fardos de fibra acrílica, con un peso de 39.130,85 kilos. Si se tiene en cuenta que el valor F.O.B. de la mercancía era US$128.966,43 o de tres millones seiscientos tres mil trescientos veintidos pesos con ochenta y nueve centavos ($3.603.322,89), (al cambio de $27,94 de la época), valor éste último en pesos colombianos y su valor C.I.F. de cuatro millones quinientos cincuenta mil quinientos setenta y siete pesos con sesenta y dos centavos ($4'550.577,62) circunstancias que constan tanto en las facturas como en el certificado de la Zona Franca y en el informe de ajuste ya aludido), el valor total de la pérdida es de dos millones seiscientos diecisiete mil ochocientos cincuenta y tres pesos con ochenta y seis centavos ($2'267.853,86), todo lo cual aparece, como se explicó atrás, en el informe de ajuste de fecha 16 de diciembre de 1974, en el acta de reconocimiento de 14 de noviembre del mismo año y en las facturas comerciales.

E) 166 cartones de "Tow" acrílico, con un peso neto de 19.920 kilogramos, los cuales fueron despachados por la firma MITSUI & Co. (U.S.A.) INC. desde Nagoya (Japón), en el Vapor "Chiming", mediante factura de fecha 3 de junio de 1974, que se anexa a la presente demanda en copia auténtica.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

E.1) Según consta en la certificación expedida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, de fecha octubre 4 de 1974 y en el certificado de excepciones expedido por la Flota Mercante Grancolombiana, documentos éstos que en copia auténtica se anexan a la demanda, la citada mercancía llegó al Puerto de Barranquilla el día 3 de agosto de 1974, amparada por el conocimiento de embarque número 52-F-05, emitido en Nagoya (Japón) (Estos documentos también se acompañan).

E.2) Según se desprende el certificado de excepciones expedido por la Flora Mercante Grancolombiana, documento que se anexa en copia auténtica, el citado cargamento fué entregado a la Empresa Puertos de Colombia completo y sin observaciones.

E.3) Según se desprende del informe de ajuste elaborado por la firma W. Moller & Cía Ltda., de fecha diciembre 21 de 1974, el cargamento fue colocado a la intemperie en el alar de la bodega número 4, soportando innumerables aguaceros que destruyeron la referida mercancía.

E.4) Por la razón anotada en el literal que antecede, y según informe de ajuste a que he venido aludiendo, se destruyeron un total (sic) de 162 fardos con un peso de 19.440 kilogramos. Si se tiene en cuenta que el valor de la mercancía para la fecha del siniestro era de un millón quinientos treinta y nueve mil ciento sesenta y tres pesos con veintinueve centavos ($1.539.163,29) C.I.F., el valor total de la pérdida fue de un millón cuatrocientos treinta y un mil trescientos cuarenta y tres pesos con cuarenta y ocho centavos ($1'431.343,48), todo lo cual consta en el informe de ajuste de fecha 21 de diciembre de 1974 y en la acta de reconocimiento de 13 de noviembre del mismo año, documentos que, como se dijo, en copia auténtica se anexan a la presente demanda.

F) 741 cartones de "Tow" acrílico, los cuales fueron despachados por la firma DU PONT DE NEMOURS desde el Puerto de Baltimore (E.U.A.) (se anexa copia auténtica de la factura). Según consta en la certificación expedida por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, y asimismo, en el certificado de excepciones expedido por la Compañía Marítima Internacional S.A., documentos que se anexan en copia auténtica, el citado cargamento llegó al Puerto de Barranquilla el día 12 de julio de 1974 a bordo de la Moto Nave (sic) Santa Isabel, amparada con el conocimiento de embarque número 1009 del 2 de julio de 1974 (documento éste que también se acompaña).

F.1) Esta carga fue entregada a la Empresa Puertos de Colombia en perfecto buen estado, como se desprende del certificado expedido por la Compañía Marítima Internacional S.A. COMAR, certificado éste que se anexa a la presente demanda en copia auténtica.

F.2) Según consta igualmente en el certificado expedido por la Empresa Puertos de Colombia, copia auténtica del cual se anexa, esta carga fue entregado (sic) "deteriorado a causa de la lluvia".

F.3) Según el informe de ajuste elaborado por la firma W. Moller & Cía Ltda., copia auténtica del cual se anexa, se deterioraron 180 cartones con un peso aproximado de 23.028,30 kilogramos.

F.4) Si se tiene en cuenta que el valor de la mercancía para la fecha del siniestro era de $6'222.053,81 C.I.F., el valor total de la pérdida fue de un millón quinientos trece mil ochocientos ochenta pesos con cuarenta y cuatro centavos ($1.513.880,44), todo lo cual consta en el informe de ajuste de fecha 21 de diciembre de 1974 y en el acta de reconocimiento de 14 de noviembre del mismo año, documentos que, como se dijo, en copia auténtica se anexan a la presente demanda.

G) Dos despachos de 125 cartones el primero y 42 cartones el segundo, con un peso neto de 15.000 kilos y 5.166 kilos, respectivamente, despachados por la firma MITSUI & CO. (U.S.A.) INC., mediante factura número 72-456090 de agosto 9 de 1974, y 72-4560-80 de agosto 9 de 1974, respectivamente, desde el Puerto de Nagoya (Japón), documentos que se anexan en copia auténtica a la presente demanda.

G.1) Según consta en las certificaciones expedidas por la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, de fecha 24 de septiembre de 1974, distinguida con los números 22559 y 28689, respectivamente, la referida mercancía llegó al Puerto de Barranquilla el día 27 de agosto de 1974, en el Vapor "Igaharu Marú", amparada mediante los conocimientos de embarque números 52-F-02 y 52-F-01, respectivamente, documentos éstos que también se acompañan en copia auténtica.

G.2) Según puede leerse en los certificados de excepciones expedidos por la Flota Mercante Grancolombiana, de fecha diciembre 2 de 1974 y junio 10 de 1975, distinguidos con los números 5244 y 6626, respectivamente, documentos que se anexan en copia auténtica, el citado cargamento fue entregado a la Empresa Puertos de Colombia completo y sin observaciones.

G.3) Según consta en el informe de ajuste elaborado por la firma W. Moller & Cía Ltda., de fecha diciembre 23 de 1974 y en el acta de reconocimiento e inspección de fecha 2 de diciembre de 1974, la mercancía fue depositada por Puertos de Colombia en el alar de la bodega número 10, sin ninguna protección, soportando en esta forma y por espacio de más de tres meses, un sinnúmero de aguaceros que la destruyeron parcialmente (Se anexa copia de los documentos anunciados).

G.4) De acuerdo con el informe de ajuste a que aludí en el literal que antecede, se destruyeron un total (sic) de 91 cartones, con un peso de 10.920 kilos. Si

se tiene en cuenta que de acuerdo con las facturas comerciales y con el informe de ajuste, el valor de la mercancía C.I.F., era de $1'826.107,59, el valor total de la pérdida fue de novecientos noventa y cinco mil treinta pesos con cuarenta centavos ($995.030,40) M/cte.

SEGUNDO. La mercancía a que hacen alusión los literales A a G del hecho primero de la presente demanda, había sido asegurada con anterioridad al siniestro, por Industrias Colibrí Ltda. y/o Textiles Colibrí Ltda., con la Aseguradora Colseguros S.A., según consta en la póliza No. 31954 de fecha 7 de marzo de 1973, anexos de fechas 10 de diciembre de 1973 y 2 de abril de 1974, a la cual corresponden los certificados de seguros números 100.662, 100.617, 100566, 100567, 100616 y 100739, respectivamente. Mediante la citada póliza se ampara en forma automática la referida importación de acrílico "TOW", descrita en el numeral primero de los hechos de esta demanda, contra los riesgos de pérdida total, falta de entrega y avería particular. (Se acompañan los documentos anunciados en copia auténtica)

TERCERO. Por concepto del siniestro descrito en el numeral primero de los hechos de esta demanda, y de acuerdo con lo previsto en la póliza número 31954, ya citada, y al tenor de los certificados de seguro ya relacionados, Aseguradora Colseguros S.A. tuvo que pagar a Industrias Colibrí Ltda. y/o Textiles Colibrí Ltda. la suma de ocho millones cuatrocientos tres mil ochocientos cincuenta y cuatro pesos con cincuenta y dos centavos ($8'403.854,52) M/cte., según consta en el recibo de pago anexo a la presente demanda, subrogándose así en los derechos y acciones que corresponden al asegurado en los términos del artículo 1096 del Código de Comercio. La presente demanda no comprende la mercancía amparada con los certificados de seguros 99377 y 100205, relacionados con el recibo de pago ya citado y anexo a la misma, cuyo valor asciende a la suma de $492.880,oo suma que se dedujo del valor que aparece en el mencionado recibo. (Se anexan estos documentos).

CUARTO. La Empresa Puertos de Colombia a la fecha de ocurrir el siniestro era un establecimiento público creado por la ley 154 de 1959 y organizado como tal por el Decreto Ley 3160 de 1958.

QUINTO. Los hechos descritos en los numerales anteriores comprometen la responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia y, de consiguiente, dicha entidad debe indemnizar a mi mandante en su carácter de subrogatoria de los derechos y acciones de Industrias Colibri Ltda. y/o Textiles Colibrí Ltda., los perjuicios materiales sufridos por éste último."

III. ***De las peticiones de la actora.***

Impetra la demandante que se haga las declaraciones y condenas que a continuación se enumeran, al tenor de lo que plantea su apoderado judicial:

"1a. Que la Empresa Puertos de Colombia es responsable de la pérdida total por el deterioro de las cantidades de fibra acrílica "TOW" pertenecientes a la firma "Industrias Colibrí Ltda." y/o "Textiles Colibrí Ltda.", cantidades relacionadas con el hecho primero de esta demanda, literales A a G y aseguradas por mi mandante.

2a. Que, como consecuencia de tal declaración, se condene a la entidad Puertos de Colombia a pagar a mi mandante Aseguradora Colseguros S.A. en condición de subrogatoria de los derechos y acciones de Industrias Colibrí Ltda. y/o Textiles Colibrí Ltda. a título de daño emergente, la suma de OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON 82/100 ($8'403.854,82) M/cte., valor de la mercancía perdida, o las sumas que por tales conceptos resulten probados en juicio, más los intereses legales, a título de lucro cesante, desde el día 9 de julio de 1975 hasta que se verifique el pago , sumas éstas que corresponden a los perjuicios recibidos por la firma Industrias Colibrí Ltda. y/o "Textiles Colibrí Ltda."".

IV. ***Disposiciones constitucionales y legales invocadas por el demandante.***

Son las siguientes: arts. 16 y 30 de la Carta; 8º y 65 de la Ley 79 de 1931; art. 2º del Decreto 630 de 1942; Decreto-Ley 3160 de 1968; Decreto 730 de 1971 y arts. 1605 y 1606 del Código Civil.

V. ***De la oposición de la parte demandada.***

Como es apenas obvio por tratarse de un proceso reconstruido, no pudieron allegarse todas las piezas que despejarían las dudas acerca de si la parte demandada, o sea la empresa Puertos de Colombia, hizo oposición a las súplicas de la actora cuando transcurría el juicio adelantado por la demanda incoada. Es más, todo parece indicar que no lo hizo, dado que en la sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Sala (fls. 41 a 51) no se hace alusión a alegato en tal sentido. Sus tesis se guiaron y se determinaron por la doctrina que sentara la Sección Tercera de esta Sala en cuanto al perfeccionamiento del contrato de seguro de transporte y fueron formuladas con ocasión del trámite de la reconstrucción del proceso contentivo del recurso extraordinario de anulación, sin referirse a otros aspectos del asunto.

VI. ***Concepto del Ministerio Público.***

Algo semejante a lo anotado en el acápite precedente en lo atinente a la parte demandada, puede decirse del concepto de la agente del Ministerio Público -Fiscal 2a. del Consejo de Estado-, que obró en el expediente cuando cursaba la instancia, dado que allí planteó (ver fls. 49 a 50, cuaderno principal) los mismos argumentos acerca de que el contrato de seguro de transporte se perfecciona con la expedición de los certificados, y dado que éstos fueron otorgados en fecha posterior a las que

ostentan las facturas de embarque de las mercancías, concluye en el sentido de que tal hecho "desvirtúa por completo la naturaleza del contrato de seguro, en donde el riesgo asegurado debe ser futuro e incierto" y que en dichas "condiciones, el contrato de seguros no puede producir efecto alguno".

Como ahora ha de recordarse, esta Sala Plena, en la providencia de diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y ocho que anuló el fallo de siete de marzo de mil novecientos ochenta y cinco de la Sección Tercera y que ha de sustituirse por la decisión que se tiene de presente, estimó -como continúa estimando- que el contrato de seguro se perfecciona y prueba, como lo establecen los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, por medio de la póliza, aun tratándose de la automática, sin necesidad de que en este caso se haya expedido el certificado de seguro. Y ello porque no dice la ley, haciendo una excepción a la regla general, que tratándose de pólizas automáticas, el contrato sólo se perfecciona con la expedición de los certificados de seguro. No hay disposición legal que excluya la póliza automática de la regla general sobre perfeccionamiento y prueba del contrato de seguro, ni por su naturaleza puede entenderse excluida de ella, pues el contenido que señala el artículo 1050 del Código de Comercio no la hace diferir esencialmente de las otras pólizas, ni le niega la función que a éstas corresponde.

"Para la Sala -se dijo en ese entonces y en este momento se reitera- el contrato está contenido esencialmente en la póliza automática; con la suscripción de ella se perfecciona. Constan en ese documento el interés y el riesgo, el cual queda definido, aunque con referencia a una cosa indicada en forma genérica. Téngase en cuenta que conforme al artículo 1047, ordinal 9o., del Código de Comercio, en la póliza de seguro deben quedar definidos "los riesgos que el asegurador toma a su cargo". Sólo que, por disposición del artículo 1050 ibídem, tratándose de la póliza automática y de la flotante, en ellas se describen únicamente las condiciones generales del seguro y se deja para declaraciones posteriores, que pueden constar en certificado o en otros documentos, "la identificación o valoración de los interés del contrato, lo mismo que otros datos necesarios para su individualización...".

Tales fueron, en gran síntesis, los argumentos básicos de la nueva tesis sentada por la Sala Plena en este asunto, y fundada en ella, han de analizarse seguidamente la situación fáctica y probatoria del caso específico a que se contrae el presente asunto.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

A. Pretende entonces la parte demandante, cuyo libelo fue incoado el *25 de octubre de 1977* es decir, bajo la vigencia del código contencioso administrativo contenido en la Ley 167 de 1941 que se declare la responsabilidad de Puertos de Colombia por la pérdida de unas mercancías que fueron depositadas en sus instalaciones del Terminal Marítimo de Barranquilla y que habían sido despachadas desde Nagoya (Japón) y Baltimore (Estados Unidos de América) con destino al

importador Industrias Colibrí Ltda. y/o Textiles Colibrí Ltda., para que, en razón de ese daño, se condene a la entidad estatal mencionada a pagarle, en virtud de haberse subrogado en los derechos y acciones de las sociedades tomadoras, el daño emergente y el lucro cesante engendrado por el deterioro o pérdida de los bienes que relaciona.

Trátase, por tanto, de la acción contencioso-administrativa que la doctrina denominaba, para aquellas época, "indemnizatoria", y que definía el art. 68 del C.C.A. que regía, dado que por ella se buscaba "*el restablecimiento del derecho*" cuando éste se había perturbado siendo la causa, no un acto, sino un *hecho* o *una operación administrativa*, a través de la impetración de *las indemnizaciones* o de *las prestaciones correspondientes*.

Ese medio de control de la actividad administrativa, a la luz de las dimensiones y de los alcances que ha dado la normatividad del nuevo código (Decreto Ley 01 de 1984), se equipara a la llamada "*acción de reparación directa y cumplimiento*" (art. 86).

Uno de los aspectos de la acción indemnizatoria que concebía el viejo código (y también de la acción de reparación directa y cumplimiento) es el que toca con la calidad que ha de tener el accionante. Ella se condensa en la titularidad del derecho cuyo restablecimiento se pretende en su condición de damnificado, de persona que ha sido víctima del daño ocasionado por el hecho. Esa titularidad puede ser originaria o derivada. En el caso sub-judice, el demandante sostiene que es subrogatorio de los derechos de un tercero a ser indemnizado, puesto que, como asegurador, asumió los riesgos y, al pagarle al tomador "Industrias Colibrí Ltda." y/o "Textiles Colibrí Ltda." el valor de los daños, hubo transmisión de los derechos de éste; en otras palabras, precisa la Sala para mayor inteligencia, que hubo "transmisión de los derechos del acreedor a una tercero, que le paga." (art. 1666 del C.C.).

Y, en efecto, entre los numerosos documentos que se han allegado al expediente aparece la POLIZA PARA SEGUROS DE TRANSPORTES No. 31.954 en la que consta que la ASEGURADORA COLSEGUROS, por una parte, e INDUSTRIAS COLIBRI LTDA. y/o COMPAÑIA LAVADORA DE LANA y/o COMO SUS INTERESES APAREZCAN, celebraron el contrato de seguro de transportes bajo las cláusulas que allí se precisan, especificándose en una hoja adicional, los riesgos cubiertos, entre los cuales se encuentra la "pérdida total, falta de entrega y avería particular por las importaciones de fibras acrílicas y sintéticas, lanas y productos químicos"; asimismo aparecen diversos certificados de seguros de transporte referentes a la importación de cartones con fibras acrílicas, bien de Nagoya, bien de Baltimore, los que coinciden con la relación que se vio al transcribir apartes de la demanda que dio origen a este juicio. Aparecen también diversas ORDENES DE PAGO POR LIQUIDACION DE SINIESTROS, a INDUSTRIAS COLIBRI LTDA. y/o TEXTILES COLIBRI LTDA. (NIT 90.900.538).

Hay, por consiguiente, prueba suficiente en torno de la calidad de subrogatorio que tiene el demandante -ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.-, y, por ende, acerca de su calidad de titular derivado para haber incoado la presente acción, por mandato expreso del art. 1096 del Código de Comercio.

B. Y la responsabilidad extracontractual se atribuye por la actora a Puertos de Colombia, establecimiento público en aquel entonces y hoy empresa comercial e industrial del Estado.

Para la Sala Plena y específicamente en lo que atañe al caso *sub-judice*, resulta sin mayor trascendencia la clase de persona jurídica estadual que tenga Puertos de Colombia para efectos de la responsabilidad que se le atribuya por la pérdida, avería o deterioro de las mercancías importadas. Como ya lo ha expresado la Sección Tercera en fallo de 14 de junio de 1988 (Expediente Nº 4159, actor: Impoger Limitada; consejero ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo) y que en esto se comparte, la responsabilidad de las entidades públicas por la guarda de las mercancías depositadas en sus bodegas oficiales con fines de exportación o importación, es de tipo legal, es decir, extracontractual. Así, el artículo 55 de la Ley 79 de 1931, vigente a la sazón del caso que ahora se estudia, tal como quedó luego de la modificación que le introdujo el artículo 2º del Decreto No. 630 de 1942, disponía:

> "Salvo pérdidas o daños por fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso, o de suyo inadecuado, por su poca consistencia o mala confección para la seguridad del contenido, el Gobierno responderá a los dueños de la mercancía por toda pérdida o entrega equivocada, o daño de la mercancía almacenada en bodegas oficiales, desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o su abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haber cumplido el término legal de almacenaje."

Textualmente continúa la jurisprudencia de la Sección Tercera que acaba de citarse:

> "La norma transcrita es clara en cuanto a la índole de la responsabilidad y despeja las dudas suscitadas por algunos fallos de esta jurisdicción que la acercan a la responsabilidad contractual derivada de un contrato de depósito necesario; es un esfuerzo innecesario de privatización.
>
> "El hecho de que para facilitar los trámites de exportación e importación de mercancía deba ingresar forzosamente a una bodega oficial o autorizada, no crea una relación contractual de depósito entre la entidad pública y la persona interesada en la misma, ni tampoco significa que la situación jurídica deba gobernarse por el derecho privado.
>
> "Esa relación de derecho público de guarda o custodia temporal impuesta por la ley tiene fines diferentes a las que en el código civil justifican el depósito

necesario. Mientras que el ingreso de la mercancía a la bodega oficial lo impone la ley como requisito para hacer posible el control y los trámites propios de la importación o exportación de la misma y el cobro de los gravámenes correspondientes, el depósito necesario obedece a una filosofía diferente por cuanto en éste, si bien la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante (nota que acercaría las dos figuras), el depósito obedece a un estado de necesidad como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante (artículo 2260 del C.C.). Y por esta misma razón la responsabilidad contractual del depositario se entenderá hasta la culpa leve (artículo 2263 *ibídem*).

"El importador o exportador que debe llevar la mercancía a la bodega oficial no obedece a ningún estado de necesidad, sino que simplemente acata un requisito impuesto por la ley de manera general y con fines que van más allá del depósito mismo, pues éste no es más que un paso dentro de la operación administrativa de importación o exportación de mercancías.

"Se hacen las precisiones precedentes para entender no sólo por qué la responsabilidad por la pérdida de la mercancía guardada en bodegas oficiales con fines de exportación o importación es directa o extracontractual, sino también por qué su acción encaja en la de reparación directa regulada en el artículo 86 del C.C.A. Si la acción fuera de carácter contractual, la demanda sería inepta y ni siquiera sería ésta la jurisdicción adecuada para decidir la controversia, por derivarse de un contrato de derecho privado carente de cláusula de caducidad".

C) La responsabilidad que se atribuye por el demandante a Puertos de Colombia emanaría, por tanto, de un comportamiento anómalo del mencionado ente oficial en la prestación de un servicio público que, dentro del engranaje de la Administración, la ley le ha encomendado para prestarlo a los usuarios, o sea, a quienes se dediquen a la exportación o importación de mercaderías, el cual no pueden eludir, dado que cuando ellas arriben a las instalaciones emplazadas en los terminales marítimos, forzosamente han de poner a su cuidado los bienes en cuestión.

Sin embargo como se vio en el apartado anterior de las presentes consideraciones en la transcripción de la norma contenida en el art. 2º del Decreto Ley 630 de 1942 que modificó el art. 55 de la Ley 79 de 1931, Código de Aduanas vigente cuando ocurrieron los hechos que son objeto del asunto *sub-examine*, por ella se radica o establece *una responsabilidad no condicionada a la existencia de una falla del servicio*, ni probada ni presunta, acerca de los daños, pérdidas o entrega equivocada que sufran las mercancías almacenadas en las bodegas oficiales "desde la fecha de su recibo hasta la de su retiro en forma legal o el abandono voluntario, o hasta cuando se le considere legalmente abandonada por haberse cumplido el término legal del almacenaje". Aparece así la fijación de una *responsabilidad objetiva* por vía legal, ante cuya ocurrencia y análisis, a la víctima del daño le basta demostrar los hechos que determinan la circunstancia en que se puso la mercancía en las

bodegas oficiales, y que esta mercancía, cuando debió ser entregada a quien o a quienes correspondía en forma oficial, apareció dañada, perdida o entregada a otro por equivocación, y será el Gobierno o la entidad gubernamental correspondiente quien deberá comprobar que el accidente ocurrió por elementos ajenos a él, ya por "fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso o de suyo inadecuado por su poca consistencia o mala confección para seguridad del contenido", invirtiéndose, de esta suerte, la carga de la prueba.

De esa manera, es la propia disposición legal la que atribuye el daño, la pérdida o la entrega equivocada al servicio público del bodegaje oficial. Basta que el administrado, víctima o perjudicado por una de esas situaciones demuestre el evento. Y es la entidad gubernamental a quien le toca probar el eximente de culpa o de responsabilidad, o sea, la fuerza mayor, la evaporación, el deterioro natural, el empaque defectuoso o de suyo inadecuado por su poca consistencia o mala confección para seguridad del contenido.

D. En este orden de ideas, en el caso sub-judice, la documentación obrante en la carpeta anexa al expediente -toda de tipo privado y mercantil-, vale decir, la procedente de Mitsui & Co. (U.S.A), INC., de Venezuela Line, W Moller & Cía, Incomex, E.I. de Nemours & Company, Flota Mercante Grancolombiana, Empresa Puertos de Colombia, etc., etc., revelan que esta persona jurídica de orden estatal recibió en sus instalaciones del Terminal Marítimo de Barranquilla en varias, más consecutivas oportunidades, cartones contentivos de fibra acrílica "tow acrilic", desembarcadas de distintos buques que zarparon, bien de Nagoya (Japón), bien de Baltimore (Estados Unidos de América), con destino final a COLIBRI.

Los diversos "certificados de avería" expedidos por W. Moller & Cía. muestran cómo los cartones contentivos de fibra acrílica allí relacionados, en distintas fechas, fueron retirados de las bodegas de la aduana de Barranquilla, con roturas y mercancía inservible para su proceso, pese a que allí se depositaron "completos y sin observaciones", como anotó la Flota Mercante Grancolombiana S.A. en varios de esos documentos aludidos; otros, dañados por la humedad, o por mal trato, con suciedad o con destrozo.

Como se dijo en auto de 23 de agosto de 1988 (fls. 154 a 156), dichos documentos se han de tener como pruebas allegadas por la parte actora "en el valor legal que le correspondan", según la relación que se hizo en el mencionado proveído, a los términos de los ordinales 7º y 8º del art. 1º del Decreto Extraordinario 3825 de 1985. Esos documentos quedan corroborados por coincidir con lo que se puntualizó como consecuencia de la inspección judicial practicada el lunes 19 de septiembre de 1988, a las 9 a.m. (fol. 180, cuad. principal) sobre los libros de contabilidad de la actora, diligencia que contó con la presencia del apoderado judicial de Puertos de Colombia, y comprueban igualmente los valores que Aseguradora Colseguros S.A. pagó a Industrias Colibrí y/o Textiles Colibrí Ltda., las sumas de dinero que allí se detalla. *Según ello, el total de lo cubierto por Colseguros a Colibrí, en pago efectivo, ascendió a $6'973.937,oo.* Para la Sala y de acuerdo con los arts. 252, 268

y 271 del C. de P. C. (Decretos 1400 y 2019 de 1970) brindan certeza acerca de los hechos y circunstancias a que ellos se refieren.

Además de lo anterior, el único testimonio que se pudo recepcionar durante la etapa de reconstrucción del expediente, el del señor Alvaro Salazar Vaca, ajustador de seguros de oficio y gerente técnico de la firma W. Moller y Cía Ltda. cuando ocurrió el siniestro (fls. 181 a 189, cuaderno principal), a pesar de la imprecisión de algunos de sus datos, sí puede derivarse de sus declaraciones que "la mercancía se destruyó parcialmente por el deficiente almacenamiento que se le dio en el Puerto, pero no recuerdo el número de fardos afectados"; que "entre las varias importaciones realizadas por Industrias Colibrí está la correspondiente a la citada factura (se refiere a la Nº 787666 de 6 de marzo de 1974, que se le puso de presente, entre muchas. No recuerdo el Puerto de procedencia, pero sí que llegó a Barranquilla"; que "la mercancía llegó en condiciones normales. A principios de 1974"; que la mercancía se ubicó en los patios del Terminal y las protecciones que se brindaron a la carga (carpas) no fueron las más adecuadas, causándose deterioro de los conos por la rotura de los embalajes y las condiciones climatéricas"; que la constancia expedida por Puertos de Colombia (al entregar la mercancía) indicaba que la mercancía salía húmeda y los empaques deteriorados"; que "la mercancía sí sufrió un serio deterioro pero me es imposible recordar el número de afectados" y que "la mercancía sufrió deterioro por el deficiente almacenamiento las condiciones del empaque que se vio afectado por las condiciones climatológicas que afectaron la fibra en extremo delicada".

Quepa aclarar que los otros dos testimonios rendidos (el de Gerardo Salcedo, Fls. 195 y 198) y Humberto Carvajal Cortés (fls. 200 a 204) son tan vagos y tan privados de conceptos claros "por el lapso transcurrido", que la Sala se abstiene de considerarlos.

La apreciación conjunta de los mencionados medios probatorios, conforme a las reglas de la sana crítica, llevan a la Sala que en las bodegas oficiales de la entidad demandada -Puertos de Colombia-, fueron depositadas las mercancías en cuestión en buen estado y que, al ser retiradas por quien correspondía, estaban dañadas; la responsabilidad objetiva atribuible, como se ha visto, a Puertos de Colombia, no ha quedado desvirtuada por la entidad gubernamental, dado que no ha demostrado que tal deterioro o daño ocurrió por "fuerza mayor, evaporación, deterioro natural, empaque defectuoso", sino que, por el contrario, se debió a que los bienes no fueron depositados en las bodegas propiamente dichas, sino en los patios del Terminal Marítimo de Barranquilla.

Habrá, pues que acceder parcialmente a la primera petición de la demanda, o sea, a declarar responsable a Puertos de Colombia por la pérdida ocasionada por el deterioro de las cantidades de fibra acrílica ("tow") pertenecientes a "Industrias Colibrí Ltda." y/o "Textiles Colibrí Ltda." ocurrida en el año de 1974.

E. Para lo atinente a la condena que solicita la parte actora (segundo punto del *petitum*), habrá que accederse también a ella dentro de las pautas indicadas en los arts. 177, 178 y 179 del C.C.A. y los arts. 334 y ss. del C. de P.C. (Decretos

1400 y 2019 de 1970), y teniendo en cuenta la suma realmente pagada por la actora dentro del "petitum" y conforme a la condición de rogada de esta jurisdicción.

Así ha de proferirse la sentencia de instancia que sustituye la declarada nula mediante providencia de 17 de junio de 1988, por la cual prosperó el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra el fallo de 7 de marzo de 1985, dictado por la Sección Tercera de esta Sala.

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. Declárase a la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA responsable de la pérdida sufrida por el deterioro de las cantidades de fibra acrílica ("tow acrilica") pertenecientes a "Industrias Colibrí Ltda". y/o "Textiles Colibrí Ltda.", según la relación que aparece en el capítulo II de esta sentencia y según hechos ocurridos en el Terminal Marítimo de Barranquilla en el año de 1974.

2o. Condénase a la entidad oficial Puertos de Colombia a pagar a "Aseguradora Colseguros S.A." en su condición de subrogatoria, por ministerio de la ley, de los derechos y acciones de "Industrias Colibrí Ltda." y/o "Textiles Colibrí Ltda." a título de daño emergente, la suma líquida de SEIS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS M/cte. ($6'973.937,oo), valor de lo pagado, más lo intereses legales, a título de lucro cesante, desde el día 9 de julio de 1975 hasta que se verifique el pago y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 177, 178 y 179 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a quienes corresponda y archívese el expediente. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia sustitutiva fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de junio de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Consuelo Sarria Olcos, Con aclaración de voto; *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Pablo J. Cáceres Corrales, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Jorge Penén Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.*

COLPUERTOS/ RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE (Aclaración de voto)

La responsabilidad que corresponda a COLPUERTOS en ejercicio de sus actividades comerciales se rige por las normas del derecho privado y las controversias que surjan sobre la materia corresponde dirimirlas a la jurisdicción ordinaria. La norma invocada en la jurisprudencia citada (se refiere a la de Sección Tercera, exp. 4159, actor: Impoger Ltda.), fue expedida en el año de 1931 y modificada en 1942, fechas en las cuales ni siquiera existía la empresa COLPUERTOS, ni se habían definido los conceptos de cada una de las clases de entidades descentralizadas y entre ellas el de una empresa comercial del Estado, la cual constituye, justamente, el instrumento para que éste realice actividades de carácter comercial.

ACLARACION DE VOTO
DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Referencia: Radicación R-056. Actor: Aseguradora Colseguros S.A.

Procedo a aclarar mi voto, con relación al punto B de la parte considerativa, que no comparto, en cuanto allí se afirma que:

"Para la Sala Plena y específicamente en lo que atañe al caso *sub-judice*, resulta sin mayor trascendencia la clase de persona jurídica estadual que tenga Puertos de Colombia para efectos de la responsabilidad que se le atribuye por la pérdida, avería o deterioro de las mercancías importadas...".

En respaldo de dicha afirmación se cita la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el expediente 4159, Actor: Impoger Ltda., en la cual se afirma que la responsabilidad de las entidades públicas por la guarda de las mercancías depositadas en sus bodegas oficiales con fines de exportación o importación es extracontractual y por lo tanto las acciones que se ejerzan para hacerla efectiva son de conocimiento de la jurisdicción administrativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 79 de 1931, modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, vigente cuando se sucedieron los hechos que originaron la controversia que ahora se resuelve.

Las razones de mi discrepancia son las siguientes:

La Empresa Puertos de Colombia creada por la Ley 154 de 1959, fue *reestructurada* por el Decreto 561 de 1975 y definida entonces como una "empresa comercial del Estado", *sometida en sus actividades comerciales a normas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria* y regulada por el derecho público cuando ejerciera funciones administrativas a través de actos administrativos. (artículos 1º y 29 del Decreto 561 de 1975).

La Empresa Puertos de Colombia fue reestructurada nuevamente por el Decreto 1174 de 1980 y en dicha norma se volvió a definir como "empresa comercial del Estado" y se dispuso que su régimen jurídico sería el previsto para la actividad y funcionamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 24).

El Decreto 1174 de 1980, con relación a las actividades de la Empresa precisa que:

"En los términos del presente Decreto, la Empresa tendrá a su cargo la dirección, administración, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y Leticia y los demás puertos que en el futuro le sean incorporados por el Gobierno. Así mismo, en el caso de instalaciones de carácter privado tendrá a su cargo el control de las labores operativas de todas las obras portuarias".

Y el mismo decreto 1174 de 1980 establece en su artículo 3º, como funciones de la empresa las de: prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga y los demás servicios adicionales propios de la actividad portuaria; construir nuevas facilidades portuarias, con sus propios fondos o con los que el Gobierno le asigne; fijar las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que preste en los terminales, con la aprobación del Gobierno Nacional; prestar los servicios de vigilancia en los puertos a su cargo; regular el funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado que hayan sido autorizadas por la Dirección Marítima y Portuaria o que sean declaradas como puerto habilitado por el Gobierno Nacional, y verificar su cumplimiento.

Del análisis de las funciones enunciadas puede establecerse que la Empresa Puertos de Colombia realiza algunas actividades que constituyen la típica *función administrativa* que implica el ejercicio de las prerrogativas del poder público; tales son: la regulación y verificación del funcionamiento de obras portuarias, la fijación de las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que prestan los terminales y las referentes a la dirección y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales.

Pero también, realiza actividades puramente comerciales como lo son la administración y explotación de los servicios portuarios y de los muelles. Así las define el artículo 20 numeral 9º del Código de Comercio.

De conformidad con las normas citadas, mediante las cuales se cambió la naturaleza y el régimen jurídicos de la Empresa Puertos de Colombia, siendo ya, a partir de 1975 una empresa comercial del Estado, las actividades que tienen el carácter de función administrativa se rigen por normas de derecho público y aquellas que constituyen su actividad comercial se rigen por las normas del derecho privado y las controversias que surjan por razón de esta actividad, se ventilan ante la jurisdicción ordinaria, tal como expresamente lo dispone el artícu- lo 24 del citado Decreto 1174 de 1980 al remitirse al régimen jurídico de las empresas del Estado establecido en el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968.

Lo anterior es la consecuencia necesaria de las disposiciones legales que modificaron la naturaleza jurídica de la Empresa, para adecuarla a las normas generales establecidas en el año de 1968, mediante las cuales se tipificaron las diferentes clases de entidades descentralizadas y se precisaron sus regímenes jurídicos.

Por ello, la referida reestructuración ordenada por las normas legales cambió no sólo la naturaleza jurídica de la entidad, sino su régimen jurídico, todo lo cual trajo como efecto inmediato que sùs actividades mercantiles se sometieran a las normas del derecho privado y sus actuaciones en este campo se concreten en actos mercantiles.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la responsabilidad que corresponda a COLPUERTOS en ejercicio de sus actividades *comerciales* se rige por las normas del derecho privado y las controversias que surjan sobre la materia corresponde dirimirlas a la jurisdicción ordinaria.

La norma invocada en la jurisprudencia citada, fue expedida en el año de 1931 y modificada en 1942, fechas en las cuales ni siquiera existía la Empresa COLPUERTOS, ni se habían definido los conceptos de cada una de las clases de entidades descentralizadas y entre ellas el de una empresa comercial del Estado, la cual constituye, justamente, el instrumento para que éste realice actividades de carácter comercial.

En respaldo de dicha afirmación se cita la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el expediente 4159, Actor: Impoger Ltda., en la cual se afirma que la responsabilidad de las entidades públicas por la guarda de las mercancías depositadas en sus bodegas oficiales con fines de exportación o importación es extracontractual y por lo tanto las acciones que se ejerzan para hacerla efectiva son de conocimiento de la jurisdicción administrativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 de la Ley 79 de 1931, modificado por el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, vigente cuando se sucedieron los hechos que originaron la controversia que ahora se resuelve.

Las razones de mi discrepancia son las siguientes:

La Empresa Puertos de Colombia creada por la Ley 154 de 1959, fue *reestructurada* por el Decreto 561 de 1975 y definida entonces como una "empresa comercial del Estado", *sometida en sus actividades comerciales a normas de derecho privado y a la jurisdicción ordinaria* y regulada por el derecho público cuando ejerciera funciones administrativas a través de actos administrativos. (artículos 1º y 29 del Decreto 561 de 1975).

La Empresa Puertos de Colombia fue reestructurada nuevamente por el Decreto 1174 de 1980 y en dicha norma se volvió a definir como "empresa comercial del Estado" y se dispuso que su régimen jurídico sería el previsto para la actividad y funcionamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado (artículo 24).

El Decreto 1174 de 1980, con relación a las actividades de la Empresa precisa que:

"En los términos del presente Decreto, la Empresa tendrá a su cargo la dirección, administración, explotación, conservación y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y Leticia y los demás puertos que en el futuro le sean incorporados por el Gobierno. Así mismo, en el caso de instalaciones de carácter privado tendrá a su cargo el control de las labores operativas de todas las obras portuarias".

Y el mismo decreto 1174 de 1980 establece en su artículo 3º, como funciones de la empresa las de: prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga y los demás servicios adicionales propios de la actividad portuaria; construir nuevas facilidades portuarias, con sus propios fondos o con los que el Gobierno le asigne; fijar las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que preste en los terminales, con la aprobación del Gobierno Nacional; prestar los servicios de vigilancia en los puertos a su cargo; regular el funcionamiento de las obras portuarias de carácter privado que hayan sido autorizadas por la Dirección Marítima y Portuaria o que sean declaradas como puerto habilitado por el Gobierno Nacional, y verificar su cumplimiento.

Del análisis de las funciones enunciadas puede establecerse que la Empresa Puertos de Colombia realiza algunas actividades que constituyen la típica *función administrativa* que implica el ejercicio de las prerrogativas del poder público; tales son: la regulación y verificación del funcionamiento de obras portuarias, la fijación de las tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios y los demás que prestan los terminales y las referentes a la dirección y vigilancia de los terminales marítimos y fluviales.

Pero también, realiza actividades puramente comerciales como lo son la administración y explotación de los servicios portuarios y de los muelles. Así las define el artículo 20 numeral 9º del Código de Comercio.

De conformidad con las normas citadas, mediante las cuales se cambió la naturaleza y el régimen jurídicos de la Empresa Puertos de Colombia, siendo ya, a partir de 1975 una empresa comercial del Estado, las actividades que tienen el carácter de función administrativa se rigen por normas de derecho público y aquellas que constituyen su actividad comercial se rigen por las normas del derecho privado y las controversias que surjan por razón de esta actividad, se ventilan ante la jurisdicción ordinaria, tal como expresamente lo dispone el artícu- lo 24 del citado Decreto 1174 de 1980 al remitirse al régimen jurídico de las empresas del Estado establecido en el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968.

Lo anterior es la consecuencia necesaria de las disposiciones legales que modificaron la naturaleza jurídica de la Empresa, para adecuarla a las normas generales establecidas en el año de 1968, mediante las cuales se tipificaron las diferentes clases de entidades descentralizadas y se precisaron sus regímenes jurídicos.

Por ello, la referida reestructuración ordenada por las normas legales cambió no sólo la naturaleza jurídica de la entidad, sino su régimen jurídico, todo lo cual trajo como efecto inmediato que sùs actividades mercantiles se sometieran a las normas del derecho privado y sus actuaciones en este campo se concreten en actos mercantiles.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la responsabilidad que corresponda a COLPUERTOS en ejercicio de sus actividades *comerciales* se rige por las normas del derecho privado y las controversias que surjan sobre la materia corresponde dirimirlas a la jurisdicción ordinaria.

La norma invocada en la jurisprudencia citada, fue expedida en el año de 1931 y modificada en 1942, fechas en las cuales ni siquiera existía la Empresa COLPUERTOS, ni se habían definido los conceptos de cada una de las clases de entidades descentralizadas y entre ellas el de una empresa comercial del Estado, la cual constituye, justamente, el instrumento para que éste realice actividades de carácter comercial.

Lo anterior es la explicación de que allí se hable, en términos que hoy resultan jurídicamente inadecuados de "...bodegas oficiales..." y de que "... el Gobierno responderá...", cuando "el Gobierno", no es sujeto de derecho y en ese evento, sería el Estado como persona jurídica el responsable, pero, precisamente a través del fenómeno de la descentralización administrativa, la actividad de almacenamiento de mercancías para importación y exportación, está atribuida a un ente con su propia personalidad jurídica, con carácter de empresa comercial del Estado, sometida a normas de derecho privado y cuyas controversias corresponde dirimirlas a la jurisdicción ordinaria, cuando surgen en razón de sus actividades comerciales.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha ut supra.

COMPETENCIA-Factores/ **ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL/ COMPETENCIA**-Determinación

La competencia es fijada por la ley teniendo en cuenta los factores objetivo, subjetivo, territorial, de conexión y funcional. Para la Sala, sólo cuando se trata de procesos de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo, promovidos contra la Nación o sus entes descentralizados, debe tenerse en cuenta, para efectos de la determinación de la competencia, el lugar en donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales por el empleado o ex empleado público.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº C-128. Actora: Sara Leal de Porras. CONFLICTO DE COMPETENCIA.

Se procede a decidir el conflicto de competencia suscitado entre los tribunales administrativos de Cundinamarca y Boyacá.

LA DEMANDA

La señora SARA LEAL DE PORRAS, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, presentó demanda en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de varios actos administrativos proferidos por la Junta Directiva de la Beneficencia de Boyacá, establecimiento público del orden departamental con domicilio en Tunja (Boyacá),

y el consecuencial restablecimiento de su derecho de carácter laboral, fundándose en los hechos que se sintetizan a continuación:

1. Que la Junta Directiva de la Beneficencia de Boyacá, mediante los Acuerdos 37 y 38 de 1988, señaló las asignaciones mensuales y los gastos de representación que correspondían a los empleados de la entidad, a partir del 1o. de enero de 1989.

2. Que, a raíz del cambio del Gobernador del Departamento, los referidos acuerdos fueron derogados mediante Acuerdo No. 3 de 27 de enero de 1989, expedido por la misma Junta Directiva.

3. Que los empleados de la Beneficencia de Boyacá interpusieron recurso de reposición contra el Acuerdo citado en el punto anterior, recurso que fue negado, según consta en acta No. 006 de 7 de abril de 1989 de la reunión de la Junta Directiva del establecimiento público demandado, no obstante que "no se expidió ningún pronunciamiento formal donde se transmitiera a los interesados lo resuelto".

4. Que la Junta Directiva de la Beneficencia de Boyacá, con fecha 18 de abril de 1989, expidió los Acuerdos 012 y 013, en virtud de los cuales señaló las nuevas escalas de sueldos y gastos de representación para los empleados del establecimiento público demandado, que regirían para el año de 1989, acuerdos que no fueron notificados, comunicados o publicados legalmente.

5. Que habiendo tenido conocimiento de tal hecho los empleados al momento de recibir sus nuevas asignaciones, ejercitaron el recurso de reposición, el cual fue negado por la Junta Directiva de la Beneficencia de Boyacá mediante Acuerdo 002 de 13 de junio de 1989, que se dispuso comunicar a los funcionarios que interpusieron el recurso, con el informe de que mediante ese Acuerdo quedaba agotada la vía gubernativa.

6. Que la accionante desempeñó el cargo de Asistente, grado 11, al cual le correspondía una asignación mensual de $118.800.oo, según el Acuerdo número 37 de noviembre 8 de 1988, y que sólo se le ha venido reconociendo la suma de $95.000.oo mensuales, prevista como remuneración para quien ejerza el mismo empleo, según lo preceptuado en el Acuerdo 12 de abril 18 de 1989.

7. Que la expedición de los Acuerdos demandados, implica "una manifiesta lesión a los empleados de la entidad", según lo prescrito en el artículo 30 de la Constitución Política, en concordancia con otras disposiciones de ley.

EL CONCEPTO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

La Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en proveído de noviembre diez de 1989, ordenó enviar el proceso al Tribunal Adminis-

trativo de Boyacá, por competencia, por considerar que corresponde conocer de los procesos de restablecimiento de derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, al tribunal que ejerza jurisdicción en el lugar en donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales, y que, como del contenido de la demanda aparece claramente que el último lugar en donde prestó sus servicios el actor "fue en el Departamento de Boyacá", es el Tribunal Administrativo de dicho Departamento el competente para conocer de la contención; por ello -concluye la providencia-, en el capítulo "PROCEDIMIENTO Y COMPETENCIA" de la demanda, se afirma que "corresponde conocer de este proceso, en única instancia, al Tribunal Administrativo de Boyacá...".

LAS RAZONES DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

Mediante providencia de 25 de abril del presente año, este tribunal, teniendo en cuenta constancia allegada por el apoderado de la parte actora dentro de la actuación surtida ante el mismo, se declaró igualmente incompetente y ordenó la remisión del expediente a esta Corporación, argumentando que, habiendo la demandante prestado sus servicios a la entidad demandada "en la ciudad de Bogotá, donde tiene funcionarios y empleados a su servicio en la llamada 'Casa de Boyacá', la competencia está radicada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca".

SE CONSIDERA

La competencia, que ha sido definida como la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República, o como la medida como la jurisdicción se distribuye entre las distintas autoridades judiciales, según Mattirolo, es fijada por la ley en materia contencioso-administrativa, tendiendo en cuenta los siguientes factores principales:

I. *El factor objetivo*. Este factor se relaciona con el objeto de la controversia, así:

a) ya en cuanto hace relación a la naturaleza del acto, hecho u operación administrativa; y

b) ya respecto a su cuantía, o valor de la controversia, o respecto al presupuesto de rentas del municipio, no capital de Departamento, del cual forma parte la corporación o autoridad que profirió el acto demandado, o donde se realizó la elección o nombramiento.

Así, por ejemplo, los juicios relativos a la revisión del acto de extinción del derecho de dominio sobre bienes inmuebles rurales, proferido por el INCORA, los

relativos a la propiedad industrial, los procesos de nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos administrativos, los que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación, los de nulidad de las elecciones de Presidente de la República, Designado a la Presidencia, Senadores o Representantes, o los que se promuevan contra actos administrativos relativos a la nacionalidad y a la ciudadanía, son de conocimiento directo de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, en única instancia, por razón de la naturaleza u objeto de la contención, sin que entren a jugar papel otros elementos o factores como la cuantía o el domicilio o vecindad de la entidad pública demandada o del particular demandante.

Pero el valor de la controversia o contención, y la inexistencia o la existencia de cuantía, determinará en otros tipos de procesos, como, por ejemplo, en los de nulidad con restablecimiento de derecho en que se controviertan actos del orden nacional, o en los juicios de jurisdicción coactiva, cualquiera que sea la entidad pública que adelanta la ejecución, que la competencia sea de la sala contenciosa del Consejo de Estado, o por el contrario, de un tribunal administrativo seccional. Y el presupuesto ordinario de rentas de un municipio que no sea capital de Departamento, el que el juicio sea de competencia del respectivo tribunal administrativo, en única o en primera instancia.

II. *El factor subjetivo.* Este factor se refiere a la calidad de las personas interesadas en el respectivo proceso, o a alguna de ellas.

Por razón de este factor, se fija la competencia en la sala contenciosa del Consejo de Estado, para conocer, en única instancia, salvo los casos expresamente previstos en los artículos 131 y 132 del C.C.A. en donde juega la cuantía u otro factor como el territorial, de los asuntos en que sea parte la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional, en consideración a que el Consejo de Estado, por norma de principio, es el juez de la Nación y de sus entes descentralizados; y, se fija esa competencia en los Tribunales Administrativos para conocer de las contenciones en que sean parte las entidades territoriales (Departamento, Intendencia, Comisaría, Distrito, municipios, etc.) y sus entes descentralizados, ubicados dentro del territorio de su jurisdicción, por ser ellos, también por norma de principio que tiene alguna que otra excepción en el estatuto procesal contencioso administrativo, los jueces de los entes locales, y sin perjuicio de que, igualmente, se le atribuyan a su competencia algunas controversias -que ya son de alguna consideración- en que tenga parte la Nación o una entidad descentralizada de ese orden.

III. *Factor Territorial.* El legislador, al determinar la competencia por este factor, manda tener en cuenta el lugar del territorio nacional en donde se prestó o debió prestarse el servicio por el empleado público (acción de nulidad con restablecimiento de derecho laboral), el lugar en donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato (acción relativa a contratos), el lugar en donde se realizó el hecho que compromete la responsabilidad extracontractual del Estado (acción de reparación

directa), y, en ciertos casos, la ubicación geográfica del inmueble sobre el que versa al controversia, como acontece en los procesos de expropiación agraria.

Esa competencia por el factor territorial se subordina, según el caso, por otra parte, a las normas de competencia por el factor objetivo de la cuantía, y, en especial, tratándose de controversias relacionadas con entidades territoriales y descentralizadas de ese orden, a las normas de competencia por el factor subjetivo (naturaleza de la persona jurídica de derecho público demandada).

IV. *Factor de conexión*. Por razón de este factor, se fija la competencia para el conocimiento de ciertas contenciones administrativas llamadas conexas, que son aquellas entre las cuales existe algún elemento de conexión que permite o hace necesario el ejercicio de la acción en un solo proceso. Tal cosa, por ejemplo, sucede -aun cuando pudiera observarse que ello hace relación con la jurisdicción y no con la competencia- con aquellas controversias en donde, por existir eventualmente responsabilidad conjunta o solidaria entre una persona de derecho público y una de derecho privado, es necesario accionar contra el ente público y la persona de derecho privado (estado y contratista, o Estado y funcionario o ex-funcionario público).

V. *Factor funcional*. A los anteriores, algunos agregan el factor funcional, en razón del cual la contención puede ser de única o de dos instancias.

Pues bien; en el presente caso se está en presencia de la ahora denominada "acción de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral, no proveniente de un contrato de trabajo", promovida por empleada al servicio de la "Beneficencia de Boyacá", establecimiento público del orden departamental, que, según la constancia que obra al fl. 86 del expediente, presta esos servicios en la ciudad de Bogotá (Casa de Boyacá), y su contención es de la competencia del Tribunal Administrativo de Boyacá, por las siguientes consideraciones:

1a. Se trata, como ya se dijo, de una acción de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral, no proveniente de contrato de trabajo, ya que se está en presencia de un empleado público, y no de un trabajador oficial, y ella cuando tiene cuantía, como en este caso, siempre será de competencia de un tribunal administrativo, en primera o en única instancia, sin importar la naturaleza de la persona de derecho público contra la cual se accione (Nación, Departamento, Intendencia, Comisaría, distrito, municipio, establecimiento público, etc.). Opera acá el factor objetivo, a que antes se hizo referencia.

2a. La persona jurídica de derecho público contra la cual se endereza la demanda, es un establecimiento público del orden departamental, y ya hemos visto que los tribunales administrativos seccionales son, por norma de principio y sin perjuicio de los casos de excepción, los jueces de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados (factor subjetivo).

3a. El factor territorial -último lugar en donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales-, mandado tener en cuenta, para efectos de determinar la competencia de un tribunal administrativo, por los artículos 131-5 y 132-6 del C.C.A., no juega papel alguno en acción de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo, promovida, como en este caso contra un establecimiento público del orden departamental (Beneficencia de Boyacá), por cuanto ello conduciría a que se le otorgara esa competencia a otro tribunal administrativo -el de Cundinamarca, por ejemplo- qué solo la tiene, por razón del mismo factor territorial y el subjetivo, para juzgar, fuera de las contenciones en que tenga parte la Nación y sus entes descentralizados asignadas expresamente a él, las controversias que se promuevan contra el Departamento de Cundinamarca, las Comisarías del Amazonas y del Vaupés, los municipios que integran a aquél y a éstas, y los entes descentralizados de esos órdenes.

Se presenta, entonces, en casos como el que ocupa la atención de la Sala, un vacío legislativo al no tenerse en cuenta que pueden existir -y en la práctica existen, como se ve- relaciones jurídico-laborales en donde el empleado público tiene asignadas funciones que debe cumplir por fuera del territorio del Departamento, de la Intendencia, de la Comisaría y aún del municipio o de un ente descentralizado, o por el contrario, debe llegarse a la conclusión de que la competencia "por razón del territorio", que en este tipo de proceso debe determinarse "por el lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales", hace relación, única y exclusivamente, a los procesos que se promuevan contra la Nación o sus entes descentralizados. Para la Sala la conclusión es la de que no existe ese vacío legislativo, y, que sólo cuando se trata de procesos de nulidad con restablecimiento de derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo, promovidos contra la Nación o sus entes descentralizados, debe tenerse en cuenta, para efectos de la determinación de la competencia, el lugar en donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales por el empleado o ex-empleado público.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1. Dirímese el conflicto de competencia planteado en el sentido que el conocimiento del proceso corresponde al Tribunal Administrativo de Boyacá.

2. Envíese el expediente a la citada Corporación para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de veinte (20) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Pablo Cáceres Corrales, Carlos Gustavo Arrieta, Guillermo Chahín Lizcano, Gustavo de Greiff Restrepo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Euclides Londoño Cardona, Carmelo Martínez Conn, Jorge Penén Deltieure, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, Julio César Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SALA DE CONSULTA

Y

SERVICIO CIVIL

CONTRATO ADICIONAL - Improcedencia

La inhabilidad generada por la declaratoria de caducidad de un contrato por parte de cualquier entidad pública, impide que el contratista incurso en ella pueda celebrar contratos adicionales con las demás entidades públicas. Entendiendo por contrato adicional, el acuerdo al cual llegan la administración y el contratista para modificar de fondo el contrato principal. Las simples reformas del plazo y del valor, no constituyen materia de un contrato adicional, por lo mismo, pueden ser convenidas por el contratista inhabilitado, siempre y cuando, el contrato principal hubiere sido perfeccionado y estuviere en ejecución.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Rad. No. 350. Contratos adicionales inhabilidades. Alcance del artículo 8º del Decreto Ley 222 de 1983.

La doctora Luz Priscila Ceballos Ordóñez, Ministra de Obras Públicas y Transporte, formula a la Sala la siguiente consulta que se transcribe textualmente:

"El artículo 8º del Decreto Ley 222 de 1983 dispone:

"ART. 8º. De las inhabilidades. *No podrá celebrar contratos* por sí o por interpuesta persona con las entidades a que se refiere este asunto:

1o... (se subraya)

Teniendo en cuenta el aparte de la norma transcrita y ante el hecho de que ella no distingue a que contratos se refiere, principales y adicionales, se ha

presentado controversia, pues si bien para algunos la inhabilidad se predica únicamente para la celebración de contratos principales, con argumentos como:

"De conformidad con lo anterior, como la celebración de un contrato adicional, no implica la creación de un nuevo vínculo contractual sino la modificación por mutuo acuerdo, de las estipulaciones relativas al plazo o al valor en una relación contractual ya cerrada, estimamos que es jurídicamente viable celebrar el contrato adicional si el principal u original no está afectado de vicios generales de nulidad."

Para otros la prohibición es general y aplicable a los contratos adicionales por cuanto:

"La celebración de un contrato adicional tiene por objeto modificar el plazo y el valor convenido, sin que pueda modificarse el objeto de los contratos. No obstante, implica la celebración de un nuevo acuerdo o contrato sujeto a perfeccionamiento, prórroga de garantías y publicación, para lo cual se encuentra inhabilitado el contratista."

Por lo expuesto se estima de gran importancia conocer la interpretación de esa Honorable Corporación; en este orden de ideas se consulta:

Está inhabilitada una persona natural o jurídica, para celebrar y suscribir contratos adicionales en plazo y/o valor, con cualquiera de las entidades a que se refiere el Decreto Ley 222 de 1983, por el hecho de habérsele declarado con anterioridad la caducidad administrativa, en un contrato obviamente distinto del que se pretende adicionar?

Se acompaña a la presente consulta fotocopia de los pronunciamientos emitidos por el Procurador Auxiliar de la Procuraduría General de la Nación, Oficio PA/900 de 26 de diciembre de 1989 y de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, oficio No. 4046 de 20 de abril de 1989.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. El Decreto Ley 222 de 1983 -Estatuto de la contratación administrativa- contiene el régimen y el procedimiento para celebrar los contratos administrativos. En el se prevé las clases de contratos que tienen el carácter de administrativos y las cláusulas que deben contener obligatoriamente.

2. Dentro de las previsiones generales aplicables a todos los contratos administrativos, el artículo 58 regula lo relativo a los contratos adicionales y dispone que "cuando haya la necesidad de modificar el plazo o el valor convenido y no se tratare de la revisión de precios prevista en este estatuto, se suscribirá un contrato adicional que no podrá exceder la cifra resultante de sumar la mitad de la cuantía

originalmente pactada más el valor de los reajustes que se hubieren efectuado a la fecha de acordarse la suscripción del contrato adicional".

El inciso final del citado artículo dispone que "en ningún caso podrá modificarse el objeto de los contratos, ni prorrogarse su plazo si estuviese vencido, so pretexto de la celebración de contratos adicionales, ni pactarse prórrogas automáticas".

De la lectura de estas normas se deduce claramente que el legislador extraordinario denominó equivocadamente contratos adicionales a las modificaciones del plazo y del valor de los contratos administrativos, pues estos son simples reformas que no aplican cambio radical en el contrato.

Sólo, cuando se hace necesario reformar *el objeto* del contrato se está frente a la celebración de verdaderos contratos adicionales, porque ello implica una modificación fundamental del convenio inicial. Por lo mismo, debe entenderse que cuando la norma se refiere a la celebración de un contrato adicional por modificación del plazo o del valor se está frente a una *mera reforma del contrato*. Y que se celebra un contrato adicional cuando las partes contratantes acuerdan una modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato; como por ejemplo cuando en un contrato de obras públicas se pacta la construcción de un determinado tramo de una carretera y una vez en ejecución se determina que el tramo debe ampliarse; ese cambio obviamente redunda en la modificación del objeto, del plazo y del valor del contrato principal, lo que conlleva necesariamente la celebración de un contrato adicional.

3. De otra parte, el artículo 8º del citado Decreto Ley 222 de 1983, dispone que no podrán celebrar contratos por sí o por interpuesta persona con las entidades públicas del orden nacional, entre otras causales, "quienes por hechos de que fueron responsables dieron lugar a la declaratoria de caducidad por parte de cualquier entidad pública" y el parágrafo de este artículo prevé que la inhabilidad descrita se extenderá por cinco (5) años contados a partir de la ejecutoria de la resolución de caducidad.

En efecto, el artículo 8º citado prescribe la prohibición de celebrar contratos cuando se éste incurso en las causales allí previstas sin hacer ninguna distinción entre los diferentes contratos celebrados por la administración por lo que debe entenderse que la norma se refiere a todos los contratos que las entidades públicas puedan celebrar.

Con fundamento en esta precisión, la Sala estima que la inhabilidad generada por la declaratoria de caducidad de un contrato por parte de cualquier entidad pública, *impide* que el contratista incurso en ella pueda celebrar contratos adicionales con las demás entidades públicas. Entendiendo por contrato adicional, el acuerdo al cual llegan la administración y el contratista para *modificar de fondo* el contrato principal. Las simples reformas del plazo y del valor, tal como se indicó, no constituyen materia de un contrato adicional, por lo mismo, pueden ser conve-

nidas por el contratista inhabilitado, siempre y cuando, el contrato principal hubiere sido perfeccionado y estuviere en ejecución.

En los anteriores términos, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, **ABSUELVE** la consulta formulada por la doctora Luz Priscila Ceballos Ordóñez, Ministra de Obras Públicas y Transporte, concepto radicado bajo el número 350.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y a la señora Ministra de Obras Públicas y Transporte.

***Jaime Paredes Tamayo,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón,* (Ausente con excusa).**

***Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria de la Sala.**

CONTRATO DE SEGURO-Naturaleza/ **CONTRATO DE SEGURO**-Régimen aplicable/ **COMPAÑIA DE SEGUROS**-Inhabilidades

Dentro del estatuto contractual y las demás normas que lo reglamentan y complementan, no existe disposición que permita concluir que los contratos de seguros puedan ser considerados como contratos administrativos. De manera que el régimen jurídico aplicable a dichos contratos es de carácter privado, contenido en el Código de Comercio.

Las compañías de seguros que estén incursas en las causales establecidas en los artículos 8, 9 y 10 del D. 222/83, sólo quedan inhabilitadas para contratar con las entidades administrativas a las cuales se les aplica el estatuto contractual, así sea a través de la subrogación contractual porque de esa manera se sustituye en todas las obligaciones y derechos al contratista inicial.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Rad. No. 353. Inhabilidad impuesta a la Compañía Seguros del Estado S.A., para contratar con entidades públicas. (Ordinal 2º del artículo 8º, del Decreto Ley 222 de 1983).

El doctor Enrique Danies Rincones, Ministro de Comunicaciones, eleva a la Sala la siguiente consulta basada en el numeral 2º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, transcrita textualmente a continuación:

"a) El 16 de octubre de 1987 se firmó el contrato mediante el cual la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A. se subrogó en todos sus derechos y obliga-

ciones del contratista inicial del contrato Nò. 609 de 1984, suscrito con el Fondo Vial Nacional.

b) El 20 de noviembre de 1989 quedó ejecutoriada la Resolución 9662 del 28 de agosto de 1989, proferida por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, cuya fotocopia auténtica acompaño, mediante la cual se decretó a SEGUROS DEL ESTADO S.A., la caducidad administrativa del contrato indicado en el literal anterior.

c) Como quiera que la ley prohíbe a las entidades públicas la celebración de contratos con aquellos particulares a quienes les hubiere sido declarada la caducidad administrativa de un contrato, cuando dicha declaratoria obedeciere a hechos imputables a la responsabilidad del mencionado contratista (Art. 8, numeral 2º Decreto Ley 222/83), cuestión que se confirma en el presente caso, en cuanto al artículo séptimo (7º) de la citada Resolución 9662 de agosto 28 de 1989, declaró la inhabilidad de SEGUROS DEL ESTADO S.A., por el término de cinco (5) años, para contratar con cualquier entidad de derecho público, importa a este despacho dilucidar si dicha inhabilidad comprende, o no, la posibilidad de que dicha compañía aseguradora actué como garante de los contratistas particulares en los contratos que celebren las entidades públicas, en cuanto la misma ley (arts. 67 y sts. Decreto Ley 222/83), impone, a los contratistas particulares la obligación de otorgar diversas garantías en orden a afianzar el cumplimiento de las obligaciones originadas en tales contratos.

d) Por su parte, el artículo 1037 del Código de Comercio, establece que las partes de un contrato de seguro son, únicamente, el asegurador y el tomador, por lo que en principio podría pensarse que al no ser la entidad pública parte en el contrato de seguro, la inhabilidad no comprendería aquellos contratos de seguro que garantizan el cumplimiento de un contrato administrativo, porque en tal clase de seguros las partes serían únicamente el contratista y la aseguradora, y en ningún caso la entidad pública contratante.

e) Sin embargo de lo anterior, el artículo 1054 del Código del Comercio establece que la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, son inasegurables, de lo que podría inferirse que en el contrato de garantía de un contrato administrativo, no existe propiamente un contrato de seguro, por cuanto estarían asegurándose eventos que dependen exclusivamente de la voluntad del tomador, (cumplimiento del contrato administrativo, pago de salarios, correcta inversión del anticipo, etc.) cuestiones estas que serían incompatibles con el Contrato de Seguro de acuerdo con la norma citada.

f) En lo que parece ser una confirmación del punto anotado anteriormente, el artículo 70 del Decreto Ley 222/83 dispuso que tales garantías sólo po- drían consistir en FIANZAS, bien otorgadas por Bancos o bien por Compañías de

Seguros, lo cual determinaría que tales contratos de garantía no son contratos de Seguros sino contratos de Fianza.

g) La anterior distinción resulta de la mayor importancia en cuanto genera con secuencias diferentes, puesto que, mientras en los contratos de Seguro, como ya se señaló, las partes contratantes son TOMADOR (particular contratista) y ASEGURADORA, en los contratos de Fianza las partes contratantes serían, por un lado el FIADOR (Banco o Aseguradora) y por el otro el ACREEDOR, es decir la entidad pública contratante que ostenta la calidad de acreedor respecto del contratista particular que para estos casos es deudor (y afianzado) de las obligaciones por él contraídas en la celebración del respectivo contrato administrativo.

La manifestación de consentimiento de la entidad pública, esencial para la conformación de cualquier contrato, en el caso de las fianzas puede encontrarse en la aprobación que dichas entidades deben impartir, en cada caso, a las respectivas garantías, tal como lo preveen los artículos 48 y 51 del citado Decreto Ley 222/83.

h) Si ello fuese así, cobraría mayor vigencia la inquietud relacionada con la posibilidad de que un banco o aseguradora inhabilitados para contratar con entidades públicas, pudieron celebrar o no contratos de fianzas con tales entidades públicas.

i) A su turno, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en providencia del nueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho, expediente 4913 (180), enseñó "... en cuanto concierne al contrato de seguro que garantiza el cumplimiento de uno administrativo, para esta sala también es administrativo, aunque no aparezca en la enumeración del artículo 16 precitado (se refiere al artículo 16 del Decreto Ley 222/83), por que así lo dijo la ley, según se deduce de las siguientes razones:

"1. Porque expresamente el artículo 70 del mencionado estatuto contractual dispuso que los contratos de garantía forman parte integrante de aquel que garantizan, lo que significa que el contrato administrativo y el de Seguro otorgado para garantizar su cumplimiento forman un mismo cuerpo jurídico, inescindible como tal porque se violaría la norma que se acaba de mencionar, y el principio de lógica conforme al cual, "la causa de la causa es causa de lo causado...".

j) La misma calificación de Contrato Administrativo predicó respecto de los contratos de Garantía la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de ese Honorable Consejo de Estado en providencia de noviembre cuatro de 1988, Radicación 1565, al enseñar que "... los contratos de garantía que obligatoriamente deben cubrir el cumplimiento de los contratos Administrativos forman parte del que garantizan, razón por la cual les es aplicable el régimen jurídico de los contratos administrativos".

k) Tal calificación de Contrato Administrativo según las jurisprudencias en cita, es tanto más importante si se tiene en cuenta que a la luz de las disposiciones contenidas en el artículo 1º del Decreto Ley 222 de 1983, así como en consideración a la totalidad de la doctrina, puede concluirse que en la celebración de todo contrato administrativo siempre debe aparecer como una de las notas características de esta clase de contratos, el que una de las partes contratantes, al menos, debe ser la Administración Pública.

CONSIDERANDO LO EXPUESTO, SE PREGUNTA:

1. ¿La disposición contenida en el artículo 7 de la Resolución No. 9662 de agosto 28 de 1989, emanada del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, proferida en cumplimiento del mandato del ordinal 2 del artículo 8 del Decreto Ley 222 de 1983, en cuanto impuso a SEGUROS DEL ESTADO S.A. inhabilidad para contratar con entidades públicas, comprende, para tal aseguradora, la prohibición de actuar como garante de los contratos que celebren contratistas particulares con las entidades públicas, o únicamente se limita a prohibir la actuación de dicha ASEGURADORA en su calidad de principal obligado en los contratos de Administración Pública?

2. Si la respuesta al interrogante anterior indicare que la inhabilidad para contratar con entidades públicas comprende, no sólo la posibilidad de actuar como principal obligado en los contratos de la Administración Pública, sino que también se extiende para aquellos casos en que la aseguradora actuare como garante (fiador) de los contratistas particulares respecto de los contratos que éstos celebren con las entidades públicas, ¿Qué trámite debe seguirse con las pólizas ya expedidas por dicha compañía aseguradora y ya aprobadas por las mismas entidades? ¿Qué trámite con las que deban prorrogarse?

3. En las mismas condiciones, ¿Si para garantizar la seriedad de una oferta, presentada ante una de las citadas entidades, se acompaña una póliza expedida por la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., al no poderse aceptar dicha póliza, se afectaría la validez de la oferta y la misma debería ser descartada?

4. Si en el caso indicado en la pregunta anterior se trata de un procedimiento licitatorio, ¿se le podrá dar al oferente la oportunidad de cambiar su póliza de seriedad de la propuesta, por la de una compañía no inhabilitada para contratar con las entidades que forman parte del Sector de las Comunicaciones, aunque la respectiva licitación ya haya cerrado?

5. ¿La facultad que según el artículo 48 del Decreto Ley 222/83, le asiste a la entidad pública contratante para aprobar las garantías exigidas por la ley (Arts. 67 y sts ibidem), comprende únicamente la facultad de improbar dichas garantías por razones de orden legal o también incluye la posibilidad de improbar dichas garantías por razones de conveniencia?

LA SALA CONSIDERA:

1. Como ha sostenido la Sala en varias oportunidades, el Decreto Ley 222 de 1983 no regula íntegramente la materia relativa a los contratos que celebran la Nación y las entidades descentralizadas del orden nacional. El artículo 80 de dicho estatuto determina los contratos que están sometidos a su régimen y dispone que los demás seguirán regulados por las normas generales o especiales vigentes para los mismos, como por ejemplo los de minas y petróleos, los comerciales, los civiles y los laborales, entre otros, que celebran las mencionadas entidades.

2. De otra parte, el artículo 16 del citado Decreto Ley 222 de 1983 enuncia de manera taxativa los contratos celebrados por la administración que tienen el carácter de administrativos, de donde se deduce que actualmente en nuestro régimen jurídico, la clasificación o definición de los contratos administrativos es legal y, por lo mismo, el legislador extraordinario no dejó a voluntad del intérprete determinar cuáles contratos son administrativos, porque, según el artículo 16 citado, sólo tienen esa naturaleza los enumerados por él.

3. Los artículos 1036 y siguientes del Código del Comercio regulan lo relativo al contrato de seguro, que consiste en la obligación de una de las apartes (el asegurador) de asumir determinados riesgos de otra (el asegurado), debiendo pagar a éste o a un tercero llamado beneficiario, una suma de dinero, previamente convenida, a título de indemnización por la ocurrencia del riesgo asegurado.

Esta modalidad de contrato que garantiza el cumplimiento de uno celebrado con la administración, no está regulado por el Decreto Ley 222 de 1983, ni fue incluído en el artículo 16 *ibídem* como contrato de naturaleza administrativa.

Dentro del Estatuto Contractual y las demás normas que lo reglamentan y complementan, no existe disposición que permita concluir que los contratos de seguros puedan ser considerados como contratos administrativos. De manera que el régimen jurídico aplicable a dichos contratos es de carácter privado, contenido en los citados artículos del Código del Comercio.

4. Si bien es cierto que el contrato de seguro forma parte integrante del contrato que garantiza, según lo dispone el artículo 70 del Decreto Ley 222 de 1983, ello no significa que pierda su individualidad, sus elementos propios, ni mucho menos su carácter privado. Sobre este aspecto, la Sala considera que el legislador extraordinario dispuso que el contrato de garantía debe formar parte integrante de aquel que garantiza por razones obvias, toda vez que la efectividad de dicha garantía está estrechamente relacionada con la ejecución del contrato asegurado, en desarrollo de la cual puede presentarse la ocurrencia del siniestro o riesgo asegurado; además, porque la obligación de garantizar los contratos que se celebren con la administración, constituye un requisito sin el cual, en la mayoría de los casos, no se produce el perfeccionamiento de los mismos, lo que conlleva la imposibilidad de su ejecución (artículos 25, 51, 67 y 68 del Decreto Ley 222 de 1983). De suerte que el legislador estimó natural, lógico y conveniente que el contrato de seguro

haga parte integrante del contrato garantizando, como cualquier otra pieza o documento que se produzca en las etapas del procedimiento contractual, pero sin que aquél le transmita al contrato de seguro sus características y su naturaleza.

5. Como se indicó, la clasificación de los contratos que celebra la administración es de carácter legal, de manera que sólo aquellos que la ley determine como administrativos tienen tal calidad, los demás son de derecho privado. Por lo mismo, deducir que los contratos de seguro que garantizan contratos administrativos ostentan la misma naturaleza administrativa, que los sujetaría a un régimen de derecho público, implica la negación de los principios legales previstos por el estatuto contractual vigente.

6. De otra parte, en la celebración del contrato de seguro que garantiza otro de carácter administrativo, intervienen el contratista particular y la respectiva compañía de seguros, sin la participación de la entidad administrativa contratante; en él deben estipularse cláusulas relacionadas con la ejecución del contrato administrativo previamente determinadas, como la cuantía y el término o plazo (artículo 69 Decreto Ley 222 de 1983), porque precisamente el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato garantizado constituye el riesgo que debe asegurarse. Estos elementos no modifican la negociación esencialmente privada de las partes integrantes del contrato de seguro que está sometida a las normas del Código del Comercio que regulan la materia.

De lo anterior se puede concluir que la entidad administrativa no tiene injerencia en la celebración del convenio comercial entre particulares tendiente a garantizar un contrato administrativo.

Esto implica que los contratos de seguro celebrados para garantizar un contrato de la administración no son celebrados con ella, razón, entre otras, que permite afirmar que no les son aplicables las normas del Decreto Ley 222 de 1983; por lo mismo, las inhabilidades previstas por los artículos 8º, 9º y 10º del estatuto contractual no conciernen a los contratos de seguros que garantizan la ejecución y cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato celebrado con la administración.

De manera que las compañías de seguros que están incursas en las causales establecidas en los artículos citados, sólo quedan inhabilitadas para contratar con las entidades administrativas a las cuales se les aplica el estatuto contractual, así sea a través de la subrogación contractual porque de esa manera se sustituye en todas las obligaciones y derechos al contratista inicial.

7. En este mismo orden de ideas se tiene que, el artículo 48 del Decreto-Ley 222 de 1983 atribuye al jefe de la entidad administrativa contratante la obligación de revisar y aprobar, si es del caso, todas las garantías que se otorguen para asegurar el cumplimiento de los contratos celebrados con ella; en desarrollo de esta atribución el funcionario administrativo competente debe examinar la capacidad financiera, la organización administrativa, la seriedad de la compañía aseguradora y en

general toda su trayectoria y cumplimiento que permitan concluir que su garantía va a resultar eficaz. Todo este estudio tiene un carácter jurídico que no queda al arbitrio del funcionario, sino que se fundamenta en las normas comerciales que reglamentan la constitución y funcionamiento de esta clase de sociedades. De suerte que, si la compañía aseguradora no reúne los requisitos mencionados o la póliza ha sido otorgada sin llenar las formalidades legales, el jefe del organismo administrativo debe disponer la no aprobación de la garantía.

DE TODO LO ANTERIOR LA SALA CONCLUYE LO SIGUIENTE:

1. La declaratoria de caducidad de un contrato en el que fue contratista la compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A., produce efectos en cuanto esa compañía pretenda celebrar contratos con la administración según lo previsto en el artículo 8º del Decreto-Ley 222 de 1983. *De manera que no existe inhabilidad para que dicha sociedad de seguros garantice contratos celebrados por terceros con las entidades administrativas sujetas al régimen del citado estatuto contractual.*

2. En cuanto a las pólizas vigentes y a las que deban prorrogarse que respalde la compañía ya referida incursa en inhabilidad *para contratar* con las entidades públicas, se tiene que, como se ha indicado, siguen surtiendo todos sus efectos porque la respectiva inhabilidad no se hace extensiva a ellas. Sólo si el organismo administrativo deduce que la *capacidad financiera* de la compañía aseguradora no garantiza el respaldo requerido puede solicitar al contratista que contrate con otra entidad de seguros.

3. Cuando *para garantizar* la seriedad de una oferta, el contratista adjunte una póliza expedida por Seguros del Estado S.A., compañía incursa en las inhabilidades *para contratar* con la administración, la entidad contratante debe examinar las condiciones de la sociedad aseguradora, tal como se indicó, y aprobar o no la garantía según sea el caso pero independientemente de la prohibición para contratar con la entidad pública por causa de la inhabilidad. Si la entidad pública no aprobare la póliza puede dar la oportunidad al oferente para que contrate el seguro con otra compañía.

4. Como en el caso anterior, la póliza que *garantice* la seriedad de una propuesta que no sea aprobada por la entidad contratante por razones diferentes a la inhabilidad de la aseguradora *para contratar* con las entidades que forman parte del sector de las Comunicaciones *puede ser cambiada* por la de cualquiera otra compañía de seguros aunque se haya vencido el término licitatorio.

5. La atribución que tienen los jefes de las entidades de derecho público, sometidas al estatuto contractual, de aprobar o no *las pólizas de garantía* de los contratos celebrados con ellas, *es de carácter legal* puesto que se fundamenta en normas de derecho público contenidas en el Decreto 222 de 1983, y además, por

que tienen por objeto verificar la seriedad de las propuestas o garantizar la solvencia económica de los contratistas particulares.

Por lo anteriormente expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE ASI** la consulta formulada por el doctor Enrique Danies Rincones Ministro de Comunicaciones, en relación con la inhabilidad impuesta a la Compañía Seguros del Estado S.A., para contratar con entidades públicas.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Comunicaciones.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas. Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidron,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA

La Fábrica de Licores del Tolima, empresa industrial y comercial del departamento del Tolima, tiene como finalidad la fabricación y distribución de licores, actividades que son consideradas como industriales y comerciales, y por lo mismo son materia sobre la cual recae el impuesto de industria y comercio.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Rad. No. 354. Pago del Impuesto de Industria y Comercio por parte de la Fábrica de Licores del Tolima.

El señor Ministro de Gobierno doctor Horacio Serpa Uribe, eleva a la Sala una consulta, en relación con el pago del impuesto de Industria y Comercio por parte de la Fábrica de Licores del Tolima, Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Departamental, que se transcribe textualmente a continuación:

"Para el efecto la Gobernación del Tolima argumenta jurídicamente y sostiene lo siguiente:

"1. Que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier orden están definidas en el artículo 6º, del Decreto No. 1050 de 1968 como "aquellos organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza Industrial o Comercial conforme a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagra la ley, que reúnen las siguientes características:

a) Personería Jurídica.

b) Autonomía Administrativa.

c) Capital Independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial".

De la precitada definición se destacan los siguientes aspectos:

- El capital en su totalidad oficial.

- Realizan actividades industriales o comerciales similares a aquellas que de ordinario ejercen particulares.

- Salvo disposición legal en contrario sus actos y contratos se rigen por normas del derecho privado.

2. Pese a que algún sector de la doctrina Nacional considera que cuando el Estado realiza empresas comerciales o industriales las desarrolla con la perspectiva inmediata de obtener un beneficio económico, consideramos que dicho criterio se aparta de los fines que persigue la organización del Estado.

Si bien es cierto, que a veces, las Empresas del Estado realizan actividades idénticas a las que cumplen los particulares, ello no significa que el Estado al crearlas persiga las mismas finalidades. Teleológicamente Estado y particulares pretenden la obtención de fines diferentes: El Particular.- Persona natural o jurídica -busca la obtención de utilidades y el ánimo de lucro; el Estado tiene una concepción bien diferente. La creación de este tipo de figuras jurídicas puede responder a un propósito de descentralización de servicios o a la necesidad de contribuir al bien común, emprendiendo actividades de naturaleza industrial y comercial indispensables para la comunidad y cuyo desarrollo no es adelantado por los particulares, ya por carecer de suficiente capital de inver- sión, ya por tratarse de Empresas Improductivas, etc.

La realización de actividades industriales y comerciales por parte del Estado se fundamenta en la misma esencia de su existencia. Este actúa en función del bien común y en la búsqueda de objetivos más elevados. Sin desconocer la iniciativa privada, interviene en la economía para orientarla y regularla, garantizando así la producción, distribución y consumo de bienes, lo mismo que la prestación de los servicios básicos a la comunidad. Es una forma de intervención en la economía. En algunos casos, el Estado crea Empresas monopolísticas, no con la finalidad última de obtener lucro, sino por razones de seguridad en sus diferentes manifestaciones. En otras circunstancias crea empresas, no con ánimo com-

petitivo sino con una sana política para arbitrar recursos para la financiación de las obras de beneficio social o para la formación de obras de infraestructura que garanticen la existencia y seguridad del Estado y consecuencialmente reviertan en beneficios para la comunidad en general.

Al respecto, el mismo Doctor Gaspar Caballero, al referirse a tales empresa dice que obedecen primordialmente a la necesidad del Estado para promover el fisco y de que la justificación está en la necesidad creciente de que el Estado intervenga en la economía por motivo de interés público y social y con el fin de garantizar la estabilidad de los precios y el abastecimiento de las necesidades colectivas.

3. Se cuestiona si las Empresas del Estado, por el hecho de haber sido creadas para realizar actividades industriales y comerciales, pueden ubicarse en la categoría jurídica de COMERCIANTE, con todos sus privilegios, obligaciones y deberes. Dentro de este cuestionamiento es imprescindible hacer una elaboración legal y doctrinaria con el fin de determinar, cuando una persona natural o jurídica adquiere el *status* de comerciante.

Dice el artículo 10 de nuestro Estatuto Comercial:

"Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan de alguna de las actividades que la ley considera mercantiles".

De la definición preinserta debe destacarse como elemento diferenciador y esencial del Estado de COMERCIANTE, el ejercicio PROFESIONAL de actos mercantiles como quiera que no basta con la simple ejecución de los denominados actos de comercio para adquirir dicha calificación, en la medida en que toda persona natural o jurídica por la sola relación en comunidad celebra a diario operaciones definidas por nuestro legislador como comerciales. En consecuencia, conviene indagar sobre el alcance de la locución PROFESIONAL a que alude nuestro legislador.

Sobre este punto la entidad consultante hace un acopio doctrinario sobre el alcance la locución "PROFESIONAL" a que hace referencia el Legislador, así: del tratadista Georges Ripert -obra Tratado Elemental de Derecho Comercial-, Tipografía Editora Argentina Buenos Aires, 1954, -páginas 108-109; de Joaquín Garriques -Curso de Derecho Mercantil- Editorial Porrua S.A., páginas 293 y 294; de Gabino Pinzón -Introducción al Derecho Comercial- Editorial Temis página: 191.

Así mismo la Gobernación cita doctrinas de los tratadistas Enrique Gaviria Gutiérrez -Manual de Registro Mercantil- página 43; y Gaspar Caballero -Registro público de Comercio- páginas: 77, 78, 79 (con estos conceptos se identifica Alvaro Tafur Galvis), quienes sostienen que las

Empresas del Estado no son comerciantes. Analizadas por la Gobernación del Tolima las doctrinas antes mencionadas, concluye que la profesión de comerciante está dada por dos elementos: 1) El ejercicio habitual de la actividad mercantil como principal; y 2) La obtención de la mayor parte de las rentas ordinarias por el ejercicio de los actos mercantiles. Afirma, además que, nuestro ordenamiento jurídico conoce dos (2) clases de comerciantes: las personas naturales que habitualmente realizan actos de comercio con ánimo de lucro; y las sociedades comerciales. Los demás entes morales, tales como las fundaciones, las cooperativas, los fondos de empleados y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en la medida en que carecen de ANIMO DE LUCRO en la realización de los denominados actos de comercio, porque "no persiguen como fin próximo, remoto o eventual, la obtención de utilidades en dinero distribuibles", haciendo suyo el concepto del Honorable Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección I- Sentencia del 16 de noviembre de 1983), NO SON COMERCIANTES.

Con estas conclusiones, la Gobernación del Tolima compara la situación que se presenta en la Empresa de Licores de ese Departamento, en relación con las actividades que ésta realiza, diciendo que, son eminentemente comerciales, toda vez que se dedica a la producción, elaboración y distribución de licores, eventos que según el numeral 12 del artículo 20 del Código de Comercio, están catalogados como mercantiles, pero dada la naturaleza de la Empresa Industrial y Comercial del Estado, carece de la calidad de comerciante, de acuerdo los planteamientos hechos anteriormente. Que por esta razón, la Empresa de Licores del Tolima está excluida de las obligaciones propias de los comerciantes y por ende, de presentar declaración de Industria y Comercio y de cancelar los impuestos que dicha generación genera, puesto que, son sujetos pasivos de este impuesto las utilidades obtenidas por los comerciantes donde exista el ánimo de lucro, circunstancia que, obviamente no existe dentro de las finalidades de la citada Empresa, ya que al no ser comerciantes las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, mal pueden ser sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio que cobran los municipios.

Por otra parte, frente a lo expuesto por la Gobernación del Tolima, se tiene que, la Ley 14 de 1983, incluida en el Código de Régimen Municipal Decreto Ley 1333 de 1986, en su artículo 197 define como actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, transformación, reparación, manufactura y ensamblase de cualquier clase de materiales o bienes. El artículo 198 *ibídem*, dispone que, "se entiende por actividades comerciales, las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código del Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por este decreto, como actividades industriales o de servicios".

Igualmente el Código de Régimen Municipal en el artículo 259, numeral 2, consagra las prohibiciones para los Departamentos y Municipios. El literal a) de este numeral les prohíbe imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, sin que se incluyan en esta prohibición las fábricas de productos alimenticios o toda industria donde haya un proceso de transformación por elemental que éste sea. El mismo numeral 2, en el literal f), consagra una prohibición taxativa como es la de gravar las actividades del Instituto de Mercadeo Agropecuario -IDEMA-. Así mismo en cuanto se refiere al Sector Financiero, el parágrafo del artículo 208 del Código en mención dispone que, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la Financiera Eléctrica Nacional no serán sujetos pasivos del Impuestos de Industria y Comercio.

Acorde con las normas legales precitadas, el Honorable Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- en sentencia del 6 de abril de 1984, en algunas de sus consideraciones expresa que: "Mientras la ley en forma expresa no haya excluido una determinada actividad del ámbito del tributo, son los Concejos los que poseen la capacidad de reglar actividades gravadas, fijar las exenciones y establecer las tarifas".

La misma Sección Cuarta de la Sala Contenciosa en sentencia del 24 de mayo de 1983 considera que, "la materia imponible tratándose del gravamen llamado de patente o industria y comercio "sobre establecimientos industriales en que se usen máquinas a vapor o de electricidad, gas y gasolina", es la fábrica por sí sola considerada sin tener en cuenta los productos elaborados o transformados, que pueden ser artículos alimenticios o de cualquier naturaleza". Y también resulta evidente que lo prohibido por èl legislador a los departamentos y municipios es gravar "la producción primaria agrícola y ganadera y de tránsito de productos alimenticios" que es cosa bien diferentes del establecimiento industrial en donde se transforma la materia agrícola o ganadera y sobre el cual es que recae el Impuesto de Industria y Comercio...".

Finalmente conviene citar el concepto emitido por la H. Sala de Consulta y Servicio Civil de esa alta Corporación, de fecha 8 de noviembre de 1976, en el cual se hizo un análisis sobre las similitudes y diferencias que existen entre los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado expresando que, "...Ambas entidades, establecimientos y empresas, son creados o autorizados por la ley, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio o capital independiente constituido con bienes o fondos públicos o con el producto de impuestos, tasas o contribuciones de destinación especial. (Decreto 1050 de 1968, artículos 5º y 6º). Si en eso son semejantes difieren en que los establecimientos públicos están encargados principalmente de atender funciones adminis-

trativas conforme a las reglas del derecho público, mientras que las empresas desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme al derecho privado, salvo las excepciones legales (Decreto 1050 artículos 5º y 6º).

También, el concepto citado expresa que, "los establecimientos públicos cumplen principalmente funciones administrativas y tienen a su cargo o prestan un servicio público" y que, "en cambio las empresas se crearon, dadas las crecientes necesidades que debe abocar el Estado, como lo indica su denominación, para adelantar gestiones industriales o comerciales por el Estado. Son ellas una ampliación de la órbita de acción del Estado que entra en un campo que estaba reservado a los particulares, en competencia con ellos. Si así es, el Estado tiene hasta cierto punto que colocarse en el mismo plano de los particulares abandonando de una parte algunas de sus prerrogativas para establecer un relativo equilibrio...".

Así mismo el Consejo de Estado en concepto del 1o. de septiembre de 1976, radicación 1079, sostiene que los establecimientos públicos no están obligados a pagar el impuesto predial porque gozan de las mismas prerrogativas que la Nación, más no así las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta.

Con fundamento en las sentencias y conceptos dictados por el H. Consejo de Estado y citados anteriormente, así como en las normas sobre Impuestos de Industria y Comercio que eximen de dicho gravamen, únicamente a la empresa industrial y comercial denominada IDEMA, ¿se podría concluir que las demás empresas industriales y comerciales del Estado, a *contrario sensu*, serían sujetos pasivos del impuesto?

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se consulta:

La Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Departamental denominada FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA, es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio que cobran los municipios y en consecuencia, ¿debe cancelar al Municipio de Ibagué dicho impuesto anualmente, so pena de incurrir en las sanciones previstas en la ley por el no pago de ese impuesto?

LA SALA CONSIDERA:

1. Como una manifestación del Derecho público moderno se concibieron las entidades descentralizadas como parte del Estado. En Colombia, a partir de la reforma administrativa de 1968, se estableció que esas entidades serían de tres clases, a saber: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta. Según al orden el cual estén adscritas, estas

entidades pueden ser nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales o municipales (Decretos Leyes 3130, 1050 de 1968, 130 de 1976, 1222 y 1333 de 1986).

La descentralización administrativa ha surgido como consecuencia de la necesidad del Estado de realizar actividades más eficaces, a través de entes especializados, que le permitan resolver con mayor rapidez los asuntos administrativos que le están confiados.

Por esta razón las entidades descentralizadas gozan de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, que les da una verdadera independencia de la administración central, limitada únicamente por el llamado "control de tutela".

Además, debe entenderse, como es obvio, que estos organismos deben cumplir con las políticas y los planes que el Estado haya fijado para el cumplimiento de sus finalidades, por cuanto no son ruedas sueltas dentro del engranaje estatal, sino que precisamente son piezas importantes que, por su naturaleza y organización, permiten realizar con mayor prontitud y eficacia los objetivos del Estado.

2. En este orden de ideas, se tiene que las empresas industriales y comerciales del Estado, son entidades eminentemente públicas, es decir, en las que no interviene para nada el interés de los particulares, así, su patrimonio está conformado con los bienes y fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de impuestos, tasas o contribuciones (artículo 6º, Decreto Ley 1050 de 1968).

Su finalidad es la realización de actividades industriales y comerciales, para lo cual debe entrar a competir con los particulares, colocándose, en el mismo nivel de ellos. La participación del Estado en actividades que anteriormente sólo se llevaban a cabo por los particulares, tiene su razón de ser en la necesidad de prestar mejores servicios, estabilizar los precios y asegurar el abastecimiento de artículos necesarios, lo mismo que conseguir un mejor desarrollo económico, todo con miras a elevar la situación económica y social del país.

De esta manera, las empresas industriales y comerciales están sometidas al régimen del derecho privado en todo aquello que tenga que ver con su actividad económica porque sólo así pueden desarrollarse al mismo ritmo de las empresas privadas. Respecto de su propia organización administrativa están regidas por las normas del Derecho Público (Decretos Leyes 1050, 3130 de 1968). Por estas razones, la jurisprudencia y la doctrina han sostenido que a las empresas industriales y comerciales del Estado se les aplica un régimen mixto, es decir unas normas provenientes del derecho público se aplican a la actividad pública y otras del derecho privado para la actividad propiamente económica.

3. De otra parte, la Ley 14 de 1983, en sus artículos 32 y siguientes, regula lo concerniente al impuesto de industria y comercio y dispone que recaerá sobre todas "las actividades comerciales, industriales y de servicio" en beneficio de los muni-

cipios en cuya jurisdicción se realicen o ejerzan, bien sea por personas naturales o jurídicas o por sociedades de hecho.

El artículo 34 *ibídem* establece que se consideran actividades comerciales "las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes".

Y el artículo 35 *ibídem* prevé que se entiende por actividades comerciales "las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código del Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por esta ley, como actividades industriales o de servicios".

El artículo 38 de la citada Ley 14 de 1983 faculta a los municipios para que otorguen exenciones de impuestos municipales por término limitado, que fijan en diez años, atendiendo lo señalado en los planes de desarrollo municipal.

El numeral 2º, del artículo 39 de la misma ley, prohibe a los Departamentos y Municipios imponer gravámenes:

a) A la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola "sin que se incluyan la fábricas de productos alimenticios o toda industria donde haya un proceso de transformación";

b) A los artículos de producción nacional destinada a la exportación;

c) A la explotación de canteras y minas diferentes de sal, esmeraldas y metales preciosos, cuando las regalías o participaciones para el municipio sean iguales o superiores a lo que correspondería pagar por concepto del Impuesto de Industria y Comercio;

d) A los "establecimientos educativos públicos, las entidades de beneficencia, las culturales y deportivas, los sindicatos, las asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, los partidos políticos y los hospitales adscritos y vinculados al sistema nacional de salud";

e) A la primera etapa de transformación realizada en predios rurales cuando se trate de actividades de producción agropecuaria, con excepción de toda industria donde haya una transformación por elemental que ésta sea";

f) A las actividades, "del Instituto de Mercadeo Agropecuario -Idema-".

De la lectura de las citadas disposiciones se deduce que sólo las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades en ella descritas, están exentas del pago del Impuesto de Industria y Comercio.

4. Como se indicó anteriormente, las empresas industriales y comerciales del Estado, incluidas en este término las que pertenezcan a los ordenes departamental y municipal, desarrollan actividades mercantiles en el mismo plano que las empresas de los particulares, por ese motivo, y sólo cuando la ley dispone lo contrario, las empresas del Estado están sometidas a los mismos gravámenes que se aplican a las empresas privadas. De manera que, por regla general las empresas públicas están obligadas a pagar la contribución de Industria y Comercio, establecida por la Ley 14 de 1983. Unicamente puede predicarse que una de estas empresas esta excluida del pago de dicho impuesto, cuando expresamente así lo disponga la ley, como es el caso del Instituto de Mercadeo Agropecuario, o cuando la empresa ejerza una de las actividades exentas por el artículo 39 de la mencionada ley.

5. En el asunto materia de la consulta, la Sala considera que la Fábrica de Licores del Tolima, empresa industrial y comercial del Departamento del Tolima, tiene como finalidad la fabricación y distribución de licores, actividades que son consideradas, respectivamente por los artículos 34 y 35 de la Ley 14 de 1983, como industriales y comerciales, y por lo mismo, son materia sobre la cual recae el Impuesto de Industria y Comercio según el artículo 32 *ibídem*.

La Sala estima que sobre el aspecto estudiado no es de suma importancia determinar si la Fábrica de Licores del Tolima es considerada como comerciante, desde el punto de vista subjetivo, según las normas del Código del Comercio, ya que como se explicó, a las empresas industriales y comerciales del Estado, no le son aplicables en todos los aspectos rigurosamente, las normas del derecho privado, incluidas las del Código de Comercio, porque son empresas que gozan de algunas prerrogativas del derecho público, lo que permite que estén sometidas, como ya se vio, a un régimen jurídico mixto. Lo fundamental es, como ya se indicó, establecer si desarrolla actividades que señalan como materia gravable por el Impuesto de Industria y Comercio, de conformidad con la Ley 14 de 1983.

POR TODAS LAS RAZONES EXPUESTAS LA SALA CONCLUYE:

Que la Empresa Industrial y Comercial del orden departamental denominada Fábrica de Licores del Tolima es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio y en consecuencia, debe cancelar al municipio de Ibagué el valor de dicha contribución, en caso contrario estará sometido a las sanciones previstas en el artículo 88 de la Ley 14 de 1983.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Gobierno doctor Horacio Serpa Uribe.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/ AUDITOR/ TESORERO-Funciones

Compete a la Contraloría, de la cual el auditor haga parte, el ejercicio de las funciones inherentes a su propia organización y le resulta ajena cualquiera intervención en actos cuya formación y elaboración corresponda al tesorero. La imposibilidad de intervenir del auditor fiscal de la Contraloría Departamental en la elaboración y formación de actos que corresponde expedir al tesorero departamental, no deriva de la naturaleza del acto, sino de la naturaleza de la función asignada al auditor, en manera alguna compartible con la asignada al tesorero.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación No. 352. Consulta del Ministro de Gobierno sobre "participación de la Auditoría en la firma de cheques".

En Oficio No. 208 el Señor Ministro de Gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

"El Artículo 59 de la Constitución Nacional establece que la Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización. Dicha norma ha sido consagrada por la Ley 3 de 1986 y el Decreto Ley 1222 del mismo año o Código de Régimen Departamental.

"El Contralor General de la República mediante su Resolución Orgánica 09654 de 1982 suprimió la firma del Auditor Fiscal en los cheques librados por las Tesorerías y Pagadurías de las entidades fiscalizadas por la Contraloría General de República estableciendo entre sus considerandos "Que la emisión y firma del cheque es un acto administrativo".

"Con base en lo anterior, comedidamente a través del presente oficio con toda atención les consulto si el auditor ante la Tesorería Departamental debe necesariamente firmar todos los cheques que se realicen, o suprimido el control previo en desarrollo de la C.N. (artículo 59) Ley 3a. de 1986 y Decreto 1222/86 y con base en antecedentes jurisprudenciales, puede el Gobernador a través del Tesorero Departamental perfeccionar la emisión de los referidos instrumentos negociables".

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 190 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 182, "La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determina respecto a contralorías municipales".

Por su parte los artículos 319 y 320 del Decreto Ley 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental, disponen:

"La vigilancia de la gestión fiscal en los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales corresponde a la Contraloría Departamental, la cual expedirá para su ejercicio reglamentos acordes con las funciones y actividades que desarrollan dichos organismos, a fin de que estos puedan cumplir con eficiencia sus tareas". "En las sociedades de economía mixta el régimen de vigilancia fiscal es el indicado en el artículo anterior".

Y conforme lo dispusieron los artículos 17 de la Ley 3a. de 1986 y 247 del Decreto Ley 1222 del mismo año, "Las Contralorías sólo ejercerán como funciones administrativas las inherentes a su propia organización. Por tanto no podrán intervenir en la formación y elaboración de los actos que corresponda expedir a otras autoridades departamentales". Disposición que reitera en su esencia, la del artículo 59 de la Constitución en relación con la vigilancia de la gestión fiscal de la administración nacional.

"La vigilancia fiscal de la Contraloría sobre la celebración de los contratos se limita al ejercicio del control posterior. Se entiende por tal la revisión a posteriori de los actos, procedimientos y operaciones, una vez realizados íntegramente, para la celebración del contrato respectivo con el fin de verificar si el trámite se cumplió de acuerdo con las leyes y disposiciones vigentes. En consecuencia, la Contraloría no podrá intervenir durante el cumplimiento de los actos puramente administrativos como son la elaboración de los pliegos de condiciones, el estudio de las propuestas y la adjudicación, perfeccionamiento y liquidación de los contratos" (artículo 313, Decreto 1222 de 1986).

Compete a la Contraloria, de la cual el auditor haga parte, el ejercicio de las funciones inherentes a su propia organización y le resulta ajena cualquiera intervención en actos cuya formación y elaboración corresponda al Tesorero, como lo

establecen los artículos ya citados, 17 de la Ley 3a. de 1986 y 247 del Código de Régimen Departamental. La independencia en la administración de los asuntos seccionales, propia del Departamento y la autonomía de regulación de su control fiscal, excluye por demás, la aplicación de Resoluciones del contralor General de la República, como la expedida el 25 de agosto de 1982, bajo el número 09654, "por la cual se suprime la firma del Auditor Fiscal en los cheques librados por las Tesorerías y pagadurías de las entidades fiscalizadas por la Contraloría General de la República".

Desde luego la imposibilidad de intervenir del auditor fiscal de la Contraloría Departamental en la elaboración y formación de actos que corresponda expedir al Tesorero Departamental, no deriva de la naturaleza del acto, en particular, sino de la naturaleza de la función asignada al auditor, en manera alguna compatible con la asignada al Tesorero.

La emisión de un cheque, en todo caso, correspondiente al Tesorero Departamental y que como obligación cambiaria resulta de la firma auténtica estampada en el título, es totalmente autónoma y el girador la asume con base en el contrato de cuenta corriente regulado por el Código de Comercio a partir del artículo 1.382 y en virtud de la facultad de disponer de saldos depositados por la persona que aparezca como cuentacorrientista.

De ahí lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley 1a. de 1980 a cuyo tenor, "Las únicas personas autorizadas para celebrar contratos de Cuenta Corriente Bancaria a nombre de las entidades públicas son su representante legal o jefe de la entidad respectiva y en su defecto las personas en quienes estos deleguen, previo visto bueno de la Tesorería General de la República o las Tesorerías Departamentales o Municipales según el caso.

Las cuentas corrientes bancarias de las entidades públicas deberán ser abiertas y mantenidas con el pleno de los requisitos legales y reglamentarios establecidos o que establezcan las autoridades fiscalizadoras del orden nacional, departamental o municipal, en forma tal, que ningún establecimiento bancario podrá abrir cuenta alguna sin el previo cumplimiento de tales requisitos".

La materia así regulada, con régimen propio dentro del Código de Comercio, permite reafirmar lo considerado anteriormente en cuanto a competencia del Tesorero Departamental, como delegatario del Gobernador para celebrar contratos de cuenta corriente bancaria a nombre del Departamento y la exclusión de la intervención del Auditor Fiscal en la emisión de cheques a cargo del Departamento pues esta también corresponde al Tesorero con arreglo al contrato celebrado.

De tal manera que la Contraloría no puede inmiscuirse en su funcionamiento, pues esto desvirtuaría la esencia de su función fiscalizadora.

A esta conclusión llega la Sala, con fundamento en los artículos 17 de la Ley 3a. de 1986 y 247 del Decreto 1222 del mismo año, normas especiales de aplicación prevalente a cuya observancia están obligados los empleados departamentales.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la referencia.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo,*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE - Sanciones/ **VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento

Es necesario dar trámite al recurso de apelación interpuesto, como subsidiario del de reposición, contra la providencia sancionatoria expedida por la Junta Seccional de Escalafón, pues sólo así se producirá el agotamiento de la vía gubernativa. La Junta Nacional de Escalafón deberá entonces pronunciarse sobre la apelación en el aspecto desfavorable al recurrente.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Radicación No. 351. CONSULTA sobre el recurso de apelación que se interpone para ante la Junta Nacional de Escalafón.

El señor Ministro de Educación Nacional, doctor Manuel Francisco Becerra Barney, con fundamento en el numeral 2º del artículo 98 del Código Contencioso Administrativo formula a la Sala de consulta que textualmente expone así:

1. La Junta Nacional de Escalafón tiene como función primordial resolver los recursos de apelación interpuestos por los docentes contra las providencias que los sancionan en primera instancia a través de las Juntas Seccionales, cuando éstas adelanten proceso disciplinario por alguna de las causales de mala conducta contempladas en el artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 Estatuto Docente.

2. De conformidad con el procedimiento establecido, tales providencias son susceptibles del recurso de reposición y en subsidio de apelación para ante la Junta Nacional de Escalafón.

3. Al resolver el recurso de reposición la Junta Seccional de Escalafón no satisface plenamente la pretensión del recurrente de revocar el acto, sino que lo modifica, vgr, rebajando la sanción de exclusión del escalafón docente a aplazamiento en el ascenso en el escalafón por seis (6) meses, según lo normado en el artículo 49 del mismo Estatuto.

SE PREGUNTA:

¿ Es procedente, en la situación expuesta, dar trámite al recurso de apelación por no haber satisfecho en su totalidad la pretensión del recurrente, o se entiende agotada la vía gubernativa al resolver el recurso de reposición por el hecho de modificar la sanción?

LA SALA CONSIDERA

1. Al regular su campo de aplicación, el Código Contencioso Administrativo dispone en su Título Preliminar respecto de los procedimientos administrativos, que los regulados por leyes especiales se regirán por éstas; y en lo no previsto por ellas, se aplicarán las normas de la primera parte del Código que sean compatibles (Artículo 1º, inciso 2º).

2. El mencionado Código desarrolla el principio de derecho administrativo denominado "la decisión previa", consistente en la facultad que tiene la Administración de revisar sus propias decisiones, antes de que sean susceptibles de controversia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En este sentido, el artículo 5º establece de manera general el derecho para toda persona (natural o jurídica), afectada por un acto de la administración, de hacer peticiones respetuosas a las autoridades, verbalmente o por escrito, a través de cualquier medio. Ya en lo que concierne a los recursos en vía gubernativa, el artículo 5º, en sus dos primeros numerales, preceptúa:

> Artículo 50. *Recursos en la vía gubernativa.* Por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:
>
> 1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque;
>
> 2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito;
>
> No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica.

...

Los mencionados recursos: el de reposición, el de apelación (y el de queja, cuando se rechace el de apelación), proceden contra los actos de carácter particular que "pongan fin a las actuaciones administrativas", con el propósito de que la Administración aclare, modifique o revoque sus propias decisiones. La tramitación de los mismos genera la actuación administrativa que la ley, la doctrina y la jurisprudencia han denominado "vía gubernativa".

3. Por disposición del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, en su nueva versión (Decreto 2304 de 1989, artículo 8º), el agotamiento de la vía gubernativa se produce cuando los recursos interpuestos hayan sido decididos, o cuando sean denegados por haber ocurrido el fenómeno del silencio administrativo negativo.

El mismo artículo prevé que para agotar la vía gubernativa es obligatorio interponer, cuando sea procedente, el recurso de apelación, en procura de que el superior jerárquico revise las decisiones del funcionario subalterno. Sin embargo, cuando contra un acto administrativo sólo proceda el recurso de reposición, este tendrá también el carácter de obligatorio, con el fin de que el funcionario que lo expidió tenga la oportunidad de corregirlo, si encuentra que con el mismo se incurrió en algún error.

El agotamiento de la vía gubernativa, como consecuencia, está íntimamente relacionado con la oportunidad que tienen las personas para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y poder controvertir los actos administrativos que consideren inconstitucionales o ilegales y que, por su carácter particular y concreto, les causa perjuicio.

Para los efectos indicados, el artículo 135, ibídem, dispone que es necesario haber agotado la vía gubernativa para que surja el derecho de los particulares consistente en acudir ante los organismos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales de carácter particular y concreto. La acción pertinente se dirige, además, a obtener el restablecimiento del derecho de actor, amparado por una norma jurídica y lesionado por un acto de la administración pública.

El Decreto 2277 de 1979 -Estatuto Docente-, materia de la consulta regula el trámite del proceso que debe adelantarse contra los educadores que incurran en supuestas faltas disciplinarias.

En dicho régimen está previsto que corresponde a las Juntas Seccionales de Escalafón, imponer a los educadores sanciones por mala conducta; contra las providencias respectivas es susceptible de ser interpuesto el recurso de reposición ante la misma Junta y el de apelación para ante la Junta Nacional de Escalafón.

El recurso de apelación es obligatorio para que se produzca el agotamiento de la via gubernativa. De donde se deduce que en el caso propuesto, el recurso de reposición no es obligatorio, pues su presentación dependerá de la voluntad del interesado. Sin embargo, si se interpone el recurso de reposición, será necesario presentar en forma subsidiaria el de apelación; y el término legal transcurrirá para éste, que es el recurso obligatorio.

4. Teniendo en consideración que el agotamiento de la vía gubernativa se produce cuando los recursos interpuestos se hayan decidido y que, además, cuando el recurso de apelación sea procedente debe interponerse obligatoriamente, la Sala concluye que presentado el recurso de apelación como subsidiario del de reposición, es necesario que el superior jerárquico examine la actuación del funcionario inferior, así éste haya modificado parcialmente el respectivo acto administrativo.

Tan solo en el evento en que el funcionario que dictó el acto recurrido, proceda a revocarlo o modificarlo de conformidad con las pretensiones del recurrente, se haría inoperante el trámite ante el superior porque entonces se presentaría una razón obvia: la sustracción de materia y, como consecuencia, al desàparecer la controversia, el interesado carecerá de motivo para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

LA SALA RESPONDE

En el caso planteado en la consulta es necesario dar trámite al recurso de apelación interpuesto, como subsidiario del de reposición, contra la providencia sancionatoria expedida por la Junta Seccional de Escalafón, pues sólo así se producirá el agotamiento de la vía gubernativa. La Junta Nacional de Escalafón deberá entonces pronunciarse sobre la apelación en el aspecto desfavorable al recurrente.

Transcríbase al señor Ministro de Educación Nacional por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. (Artículo 112 del Código Contencioso Administrativo).

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas,* (Ausente con excusa); *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

JORNADA NOCTURNA-Recargo/ **ASIGNACION BASICA**

El recargo del treinta y cinco por ciento, prescrito por el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978, debe tenerse en cuenta, de conformidad con la ley, para reconocer y liquidar las primas de servicio, de navidad y de vacaciones, como también las vacaciones de los empleados de la Universidad del Cauca que tienen jornadas mixtas porque es parte integrante de la asignación básica.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Radicación No. 349. Consulta del Ministerio de Educación, sobre recargo nocturno -35%- como factor salarial para liquidar vacaciones, prima vacacional, prima de servicios y prima de navidad.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Educación Nacional hace a la sala en los siguientes términos textuales:

"Con el debido respeto, y en ejercicio del derecho que a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, le otorga el artículo 98 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, elevo a ustedes, consulta administrativa, de carácter general, previas las siguientes consideraciones:

1. ANTECEDENTES

"Desde hace varios años, el personal docente de la Universidad del Cauca, que labora en jornada mixta, viene solicitando que las prestaciones sociales en su totalidad, sean liquidadas teniendo en cuenta el valor del recargo nocturno.

"La Universidad del Cauca, Establecimiento Público del orden Nacional, aplica las normas que la rigen en materia prestacional, especialmente los Decretos 2135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 y 1045 de 1978, y solo tiene en cuenta el recargo nocturno para liquidación de cesantías y pensiones, más no para liquidar primas de servicio, navidad, vacaciones y prima vacacional.

2. FUNDAMENTO DE LA PETICION DE LOS DOCENTES

"En estricto sentido legal el expresado 35%, no puede catalogarse como factor de salario o prestación social, sino como salario básico ordinario".

"En el ámbito doctrinario y jurisprudencial, existen estas tesis que corresponden al substrato de nuestro argumento:

"El salario desde el aspecto político-social es la retribución del trabajador, desde el punto de vista jurídico es la retribución del trabajo" (Salarios, página 29 de PEREZ BOTIJA)".

"El salario no es una prestación social. Es la remuneración del servicio que presta el trabajador al patrono; es la contra-prestación correspondiente a la prestación del trabajo. Las prestaciones sociales emanan también del trabajo, pero no tienen como 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 la debida protección que al Estado le atañe. En rigor, debe entenderse como salario solamente aquella porción que el trabajador recibe como remuneración inmediata de su servicio. Los beneficios colaterales o subsiguientes no tienen el mismo carácter, no importa que para ciertos efectos algunos de ellos deban ser considerados como tales" (G. del T., T. IV. página 450)".

"Más, si todavía pudiera subsistir incertidumbre en la interpretación de los textos legales atenientes al derecho impetrado, observamos que concurre una circunstancia especialísima que impone su reconocimiento. En efecto, casi la totalidad del profesorado vinculado a la Universidad ya venía disfrutando de este beneficio al entrar en vigencia los Decretos Extraordinarios 1042 y 1045 de 1978, acontecer que genera la procedencia de lo solicitado, a la luz de la institución de los derechos adquiridos que ratifica, con deslumbrante claridad, el inciso 3º del Decreto 1045 antes citado".

3. ARGUMENTOS JURIDICOS DE LA UNIVERSIDAD

"La universidad distingue entre salario y asignación básica mensual, teniendo como fundamento jurídico lo prescrito por el artículo 127 del C.S.T. que reza:

"Constituyo salario no solo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que percibe el trabajador en dinero o especie 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 horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas, comisiones o participaciones de utilidades", y el artículo 42 del Decreto 1042 de 1978 que dice:

"De otros factores de salario. Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto.

b) Los gastos de representación.

c) La prima técnica.

d) El auxilio de transporte.

e) El auxilio de alimentación.

f) La prima de servicio.

g) La bonificación por servicios prestados.

h) Los viáticos recibidos por los funcionarios en comisión."

"Al tenor de estas normas, el 35% de recargo nocturno que perciben los docentes de la Universidad, que laboran jornada mixta constituye parte del salario pero no forma parte de la asignación básica mensual, pues esta es la que corresponde al cargo desempeñado por el empleado, conforme a lo previsto en el artículo 13 del Decreto 1042 de 1978.

"Con base en esta premisa y en las normas que fijan los factores que deben tenerse en cuenta para liquidar prestaciones sociales, la Universidad del Cauca viene liquidando las vacaciones, prima de servicios, navidad y vacacional prescindiendo del mencionado 35% del recargo nocturno, así:

"Vacaciones y Prima Vacacional: Se liquidan teniendo en cuenta:

a) La asignación básica mensual señalada para cada cargo.

b) Los incrementos por antigüedad.

c) Los gastos de representación.

d) La prima técnica.

e) Los auxilios de alimentación y transporte.

f) La prima de servicios.

g) La bonificación por servicios prestados (artículos 17, Decreto 1045 de 1978).

"Prima de Navidad: En su liquidación se incluye:

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

b) Los incrementos por antigüedad.

c) Los gastos de representación.

d) La prima técnica.

e) Los auxilios por alimentación y transporte.

f) La prima de servicios y la de vacaciones.

g) La bonificación por servicios prestados (artículo 33, Decreto 1045 de 1978).

"Prima de Servicios: Se liquida teniendo en cuenta:

a) El sueldo básico fijado por la ley para el cargo.

b) Los incrementos salariales por antigüedad.

c) Los gastos de representación.

d) Los auxilios de alimentación y transporte..

e) La bonificación por servicios prestados (artículo 59, Decreto 1042 de 1978).

"La Universidad del Cauca solo tiene en cuenta el recargo nocturno como factor salarial para liquidar cesantías y pensiones, en aplicación de las normas que regulan esta materia.

CONSULTA

"Debido a los controvertidos conceptos que existen desde hace varios años respecto de si debe o no incluirse el 35% del recargo nocturno en la liquidación de

Honorable Corporación sea quien dilucide las inquietudes que a continuación presentamos:

1o. Es el recargo nocturno factor de salario?

2o. Constituye el recargo nocturno "salario básico"?

3o. El valor del 35% del recargo nocturno deberá tenerse en cuenta para la liquidación de las primas de servicio, navidad y vacacional, al igual que para la liquidación de vacaciones?".

LA SALA CONSIDERA

1o. Según el contexto de la consulta, al personal docente de la Universidad del Cauca que labora en jornada mixta la misma entidad le reconoce, como "recargo nocturno", una suma equivalente al 35% de la remuneración. La mencionada universidad, que como establecimiento público nacional se rige, en cuanto a remuneración y prestaciones sociales del personal que está vinculado a su servicio, por los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 1042 y 1045 de 1978, sólo tiene en cuenta el "recargo nocturno" en la liquidación de cesantías y pensiones, pero no para determinar las demás prestaciones sociales, particularmente las primas de servicio, de navidad y de vacaciones. La Universidad del Cauca estima que el "recargo nocturno" es salario, pero no parte integrante de la "asignación básica mensual", que, según el Decreto Ley 1045 de 1978, sirve de fundamento para reconocer y liquidar las indicadas prestaciones.

2o. El artículo 13 del Decreto Ley 1042 de 1978 dispone que "la asignación mensual correspondiente a cada empleo estará determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos de conocimientos y experiencias requeridas para su ejercicio, según la denominación y el grado establecido por el presente decreto en la nomenclatura y la escala del respectivo nivel". El inciso 2° *ibídem* agrega que "se entiende por denominación la identidad del conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades que constituyen un empleo" y por grado "el número de orden que indica la asignación mensual del empleo dentro de una escala progresiva, según la complejidad y responsabilidad inherente al ejercicio de sus funciones", en cada nivel.

De manera que cada empleo corresponde a un conjunto de deberes y responsabilidades bajo una determinada denominación y el grado señala la asignación mensual correspondiente a ese empleo y equivale a la denominada por la ley "asignación básica".

3o. El artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978 prescribe que "además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente

recibe el empleado como retribución por sus servicios". La disposición agrega que son "factores de salario" los incrementos por antigüedad; los gastos de representación; la prima técnica; el auxilio del transporte; el auxilio de alimentación; la prima de servicio; la bonificación por servicios prestados y los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión.

De manera que, además de la "asignación básica", que es la remuneración que corresponde a cada empleo, la ley determina otros factores que la incrementan, con los requisitos y en la forma que ella prescribe (artículos 43 a 73 del Decreto Ley 1042 de 1978).

4o. La ley también regula la jornada de trabajo. El artículo 33 del Decreto Ley 1042 de 1978 dispone que "*la asignación mensual*" (la Sala subraya) fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales" y agrega que si los empleos tienen por objeto el cumplimiento de actividades discontinuas o de vigilancia se podrá señalarles una jornada de trabajo de doce horas diarias, "sin que en la semana excedan un límite de 66 horas".

Pero, según el artículo 35 del Decreto-Ley 1042 de 1978, relativo a las *jornadas mixtas,* "sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos, *cuando las labores se desarrollen ordinaria o permanentemente en jornadas que incluyen horas diurnas y horas nocturnas* (la Sala subraya), la parte del tiempo trabajado durante estas últimas se remunerará con el recargo del treinta y cinco por ciento, pero podrá compensarse con períodos de descanso". La misma disposición agrega, en el inciso 2°, que los incrementos de salarios, dispuestos por los artículos 49 y 97 del mismo decreto, "se tendrán en cuenta para liquidar el recargo de que trata este artículo".

Por consiguiente, los empleos con "*jornadas mixtas*", caracterizados porque sus funciones se ejercen "ordinaria o permanentemente" en horarios diurnos y nocturnos, la "asignación básica" se incrementa con el 35% de la remuneración correspondiente a las horas nocturnas: como la ley exige, como requisito indispensable para que haya jornada mixta, que las actividades propias del empleo necesariamente se cumplan en horarios diurno y nocturno, ella se remunera con una asignación básica de carácter especial: *la correspondiente al empleo aumentada con el recargo del 35 prescritos por la ley.* Sólo se exceptúan los casos en los cuales, en lugar del recargo del 35%, se opte por una compensación "con períodos de descanso" (Artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978).

5o. Determinada en la forma indicada "la asignación básica" mensual de los empleados de jornada mixta, como son los profesores, mencionados en la consulta, de la Universidad del Cauca, a ella se le deben agregar, si fueren pertinentes, los otros "factores de salario", prescritos por el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, teniendo en cuenta que, según la misma disposición, además "del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna

o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios".

6o. Entre los "factores de salario", determinados por el artículo 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, se cuentan las primas técnicas y de servicio que deben reconocerse y pagarse conforme a lo dispuesto por los artículos 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 60 *ibídem*. La "asignación básica" de los empleados de "jornadas mixtas", para estos efectos y para los demás contemplados por la ley. Si no hubo compensación "con períodos de descanso", es la correspondiente a cada cargo aumentada del "recargo del treinta y cinco por ciento" prescrito por el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978.

7o. Los Decretos Leyes 3135 de 1968 y 1045 de 1978 regulan las prestaciones sociales de los empleados administrativos nacionales que no se rigen por estatutos especiales. Entre ellas se cuentan, según el artículo 5° del Decreto Ley 1045 de 1978 las vacaciones, las primas de vacaciones y de navidad, la cesantía y las pensiones de jubilación, de retiro por vejez y de invalidez.

Los artículos 17, 33 y 45 del Decreto Ley 1045 de 1978 determinan los factores necesarios par reconocer y liquidar las mencionadas prestaciones sociales, entre los cuales se cuenta "la asignación básica mensual": la de los empleados de "jornadas mixtas" si no hubo compensación "con períodos de descanso" es la correspondiente a cada cargo aumentada del "recargo del treinta y cinco por ciento", dispuesto por el artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978.

Con fundamento en lo expuesto la Sala procede a responder las preguntas del señor Ministro de Educación Nacional:

1o. El recargo del treinta y cinco por ciento, prescrito por el artículo 35 del Decreto-Ley 1042 de 1978 para "las jornadas mixtas," constituye un elemento de "la asignación básica". Por consiguiente, ésta se determina por la remuneración correspondiente a cada empleo aumentada con el "recargo del treinta y cinco por ciento".

2o. El recargo del treinta y cinco por ciento, prescrito por el Artículo 35 del Decreto Ley 1042 de 1978, debe tenerse en cuenta, de conformidad con la ley, para reconocer y liquidar las primas de servicio, de navidad y de vacaciones, como también las vacaciones de los empleados de la Universidad del Cauca que tienen "jornadas mixtas", porque es parte integrante de "la asignación básica".

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Educación Nacional y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón,* Ausente con excusa; *Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION - Composición

Ninguno de los miembros del Consejo Nacional de Televisión, ya sean principales o suplentes, pueden volver a desempeñar cargos en ese consejo.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., diez y seis (16) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Radicación No. 357. Consulta del Ministro de Comunicaciones sobre: "Composición del Consejo Nacional de Televisión".

El Señor Ministro de Comunicaciones envió a la Sala la siguiente consulta:

1. ANTECEDENTES

1. El artículo 9 literal f) de la Ley 42 de 1985, dispone:

El Consejo Nacional de Televisión estará integrado en la siguiente forma:...

...

f) Un representante designado por las Academias Colombiana de la Lengua y de Historia o su suplente".

2. El parágrafo del artículo 9 de la Ley 42 de 1985 establece:

"Los suplentes solamente asistirán al consejo para suplir faltas temporales o absolutas del respectivo principal".

3. El paráfrafo 1º del artículo 10 de la Ley 42 de 1985 enuncia:

"La elección o designación de los representantes de que tratan los literales e, f, g y h del anterior artículo, se hará conforme la reglamentación que sobre el particular expida el Gobierno Nacional ".

4. Los párrafos primero y tercero del artículo 11 del la Ley 42 de 1985 y su parágrafo rezan:

"Los miembros del Consejo diferentes del Ministerio de Comunicaciones, el Director de Colcultura y el representante del Presidente de la República, tendrá los siguientes períodos:

"Los representantes de la Academia Colombiana de la Lengua y de Historia y de las Facultades de Comunicación Social, cuatro (4) años.

...

"Parágrafo: Ninguno de los miembros del Consejo podrá ser reelegido para el período siguiente".

5. El Decreto 92 del 10 de enero de 1986 reglamentó la elección de representantes del Consejo Nacional de Televisión. En su artículo 2º se lee: "Los representantes principal y suplente de las Academias Colombiana de la Lengua y de la Historia, serán elegidos por estas independientemente, actuando durante el primer período como miembro principal el de la Academia de Historia y suplente el de la Academia de la Lengua, en forma tal que cada cuatrenio actue como principal un representante de cada una, alternativamente".

6. El día 26 de febrero de 1986, la Académica Colombiana de Historia eligió como su representante ante el Consejo Nacional Televisión al doctor Gonzalo Hernández de Alba, quien ejerció el cargo de Miembro principal del mencionado Consejo del 27 de febrero de 1986 hasta el 27 de febrero de 1990.

7. En comunicación dirigida al doctor Alvaro Dávila Peña, Secretario del Consejo Nacional de Televisión, la Presidencia de la Academia Colombiana de Historia notificó el nombramiento del doctor Gonzalo Hernández de Alba como su representante ante el Consejo Nacional de Televisión. Al doctor Hernández le correspondería actuar en calidad de suplente del doctor Arturo Abella, quien fue designado como representante de la Academia Colombiana de la Lengua ante el Consejo Nacional de Televisión. El doctor Abella actuará como miembro principal del mencionado Consejo.

II. SE CONSULTA

Teniendo en cuenta que los suplentes solamente asisten al Consejo Nacional de Televisión para suplir las faltas temporales o absolutas del principal, y que el parágrafo del artículo 11 de la Ley 42 de 1985 expresamente prohíbe la reelección de los miembros para el período siguiente, "¿es o no válido el nombramiento del doctor Gonzalo Hernández de Alba por parte de la Academia Colombiana de Historia, como miembro suplente del Consejo Nacional de Televisión, a pesar de que ya ejerció el cargo como miembro principal?".

CONSIDERACIONES:

Entre los integrantes del Consejo Nacional de Televisión señaló la Ley 42 de 1985 en su artículo 9º un representante designado por las Academias Colombiana de la Lengua y de Historia, o su suplente, con un período de cuatro años y sin posibilidad de reelección para período siguiente (artículo 11 *ibídem*).

"Los suplentes solamente asistirán al Consejo para suplir faltas temporales o absolutas del respectivo principal", según el parágrafo de dicho artículo.

Y según el parágrafo del artículo 10, "en caso de muerte, renuncia o incapacidad permanente de un principal, lo reemplazará el suplente hasta tanto se tiene la vacante. Cuando la vacancia sea del principal y del suplente simultáneamente, el Consejo Nacional de Televisión, por mayoría de sus miembros elegirá los reemplazos y hasta tanto se realice la elección en propiedad, conforme a lo dispuesto por la presente Ley ".

El Gobierno Nacional mediante Decreto No. 92 del 10 de enero de 1986 dispuso en su artículo 2º: "Los representantes principal y suplente de las Academias Colombiana de la Lengua y de la historia, serán elegidos por estas independientemente, actuando durante el primer período como miembro principal el de la Academia de Historia y suplente el de la Academia de la Lengua, en forma tal que cada cuatrenio actúe como principal un representante de cada uno, alternativamente".

Si durante el primer cuatrenio actuó como miembro principal del Consejo Nacional de Televisión, el representante de la Academia Colombiana de Historia, doctor Gonzalo Hernández de Alba, y esta Academia lo reelige para el segundo cuatrenio como miembro suplente, tal reelección implica violación del parágrafo del artículo 11 de la Ley 42 de 1985, según la cual "ninguno de los miembros del Consejo podrá ser reelegido para el período siguiente".

Miembros del Consejo Nacional de Televisión son tanto el principal como el suplente y la reelección de cualquiera de ellos es el objeto de la prohibición contenida en el parágrafo transcrito, luego la del doctor Gonzalo Hernández de Alba, como suplente para el período siguiente al de su actuación como principal confronta

los efectos de la prohibición y resulta, por tanto, contraria a la norma que la establece.

Tampoco, en los términos del Decreto Reglamentario No. 92 de 1986, puede resultar procedente que el miembro del Consejo Nacional de Televisión que haya actuado como principal durante el primer período, pueda ser el mismo que actúe como suplente durante el siguiente, pues la alternación está establecida respecto de cada una de las Academias.

En consecuencia, la Sala concluye que, la finalidad de la prohibición prescrita por el artículo 11 de la Ley 42 de 1985 es la de que ninguno de los miembros del Consejo Nacional de Televisión, ya sean principales o suplentes, puedan volver a desempeñar cargos en ese Consejo.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CAMARA DE COMERCIO/ REGISTRO MERCANTIL/ SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE

La ley no autoriza a las cámaras de comercio para negarse a inscribir en el registro mercantil actos constitutivos de personas jurídicas que tengan por objeto el servicio público de transporte automotor por el hecho de no haber obtenido previa autorización del INTRA o de la entidad que lo reemplace y por haber omitido protocolizar, en la escritura de constitución, copia auténtica del correspondiente documento: las cámaras de comercio cumplen, respecto del registro mercantil una función pública de conformidad con la ley y ésta no las autoriza para examinar y controlar la legalidad o ilegalidad de los actos que son objeto del mencionado registro. Esta es función que exclusivamente incumbe a la rama jurisdiccional de conformidad con la ley.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación No. 356. Referencia: Consulta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Obras Públicas y Transporte hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"El Decreto 0001 de enero 2 de 1990 en su artículo 3º modificó el artículo 983 del Código de Comercio. En su parágrafo dispuso:

"Para la constitución de personas jurídicas que tengan por objeto el servicio público de transporte automotor, sujeto a rutas y horarios, además el lleno de los requisitos legales, será necesario la autorización previa del Instituto Nacional del

Transporte y Tránsito o de la entidad que haga sus veces, autorización que se protocolizará en copia auténtica con la respectiva escritura.

"Cuando no se ha obtenido la autorización previa del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito y el notario permite suscribir la escritura de constitución de la sociedad violando la prohibición consagrada en el artículo 26 del Decreto 2148 de 1983, las Cámaras de Comercio han considerado:

"1o. El acto de constitución de la sociedad es nulo, y las Cámaras de Comercio deben negar el registro de la escritura.

"2o. Otras Cámaras estiman que no pueden abstenerse de inscribirla, pues dentro de sus facultades no está la de calificar la nulidad.

"Por lo expuesto se considera de gran importancia conocer el criterio de esa Honorable Corporación; en este orden de ideas se consulta.

"¿Cuál es la facultad de una Cámara de Comercio para aceptar o rechazar una Escritura de constitución de una empresa de transporte cuando no se ha cumplido con el requisito de la autorización previa por parte del Instituto Nacional del Transporte y Tránsito?

"La Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio, sobre el tema ha conceptuado:

"a) El artículo 899 del Código de Comercio establece las causales de anulación del negocio jurídico y entre éstas no está la de constituir la sociedad u otorgar la correspondiente escritura pública sin la autorización previa de la autoridad administrativa.

"b) Por aplicación analógica de los artículos 116 y 268 del Código de Comercio, la sociedad no podrá iniciar actividades hasta tanto no obtenga la autorización del INTRA y protocolice y registre en la Cámara de Comercio del domicilio social.

"c) Entre las funciones que el Código de Comercio en el artículo 86 le asigna a las Cámaras de Comercio no está la de controlar legalidad de los documentos que debe registrar.

"d) El Título III del Libro Primero del Estatuto Comercial que trata del Registro Mercantil no autoriza a las Cámaras de Comercio para negarse a registrar una escritura de constitución de una sociedad aduciendo vicios de fondo, de forma o de falta de autorizaciones administrativas".

LA SALA CONSIDERA:

1o. Según el artículo 26 del Código de Comercio "el registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto

de los cuales la ley exigiere esa formalidad". De conformidad con el artículo 28, número 9, del Código de Comercio, deben inscribirse en el registro mercantil "la constitución, adiciones o reformas estatutarias y la liquidación de sociedades comerciales, así como la designación de representantes legales y liquidadores, y su remoción...".

De acuerdo con el artículo 29 del Código de Comercio, "los actos, contratos y documentos serán inscritos en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde fueron celebrados u otorgados, si hubieren de realizarse fuera de dicha jurisdicción, se inscribirá también en la Cámara de Comercio correspondiente al lugar de su ejecución y cumplimiento".

Además, según el artículo 111 *ibídem* y en relación con el acto de constitución de una sociedad, "copia de la escritura social será inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio con jurisdicción en el lugar donde la sociedad establezca su domicilio principal". Si se abren sucursales o se fijan otros domicilios, el registro mercantil también debe efectuarse en esos lugares, a menos que pertenezcan "al mismo distrito de la Cámara del domicilio principal".

2o. El registro mercantil tiene por objeto hacer constar la existencia del acto y darle publicidad, de manera que, como dispone el artículo 112 del Código de Comercio, "mientras la escritura social no sea registrada en la Cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad, será inoponible el contrato a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los aportes de los socios". Las sociedades no pueden iniciar actividades en cumplimiento de su objeto social, de acuerdo con el artículo 115 *ibídem*, "sin que se haya hecho el registro mercantil a la escritura de constitución". Para ello también es indispensable efectuar, cuando la ley lo dispone, el registro civil y obtener, además autorización de la entidad encargada de vigilar y controlar a la sociedad.

3o. El parágrafo del artículo 3º del Decreto Ley 0001 de 1990, que sustituyó el artículo 983 del Código de Comercio, dispone que "para la constitución de personas jurídicas que tengan por objeto el servicio público de transporte automotor, sujeto a rutas y horarios, además del lleno de los requisitos legales, será necesaria la autorización previa del Instituto Nacional del Transporte y Tránsito de la entidad que haga sus veces, autorización que se protocolizará con la respectiva escritura".

La Sala considera que la transcrita disposición exige, como requisito indispensable para poder constituir una sociedad cuyo objeto social sea "el servicio público de transporte automotor", la previa autorización del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito o de la entidad que lo reemplace, la cual se debe protocolizar en la escritura de constitución.

Se trata, por lo mismo, de un requisito legal indispensable para constituir válidamente una sociedad destinada al servicio público de transporte automotor, cuya omisión puede servir de fundamento para que el órgano competente de la

jurisdicción ordinaria, conforme a lo dispuesto por el artículo 115 del Código de Comercio, declare la nulidad del acto. Además, la omisión de este requisito puede implicar que se deniegue el permiso de funcionamiento a la sociedad y aún que ésta, ante la imposibilidad de cumplir su objeto social, deba disolverse (artículo 218, número 21, del Código de Comercio).

Los notarios están obligados a exigir el cumplimiento de esta perentoria exigencia legal y, en caso de no ser satisfecha, deben negarse a otorgar las correspondientes escrituras de constitución de las sociedades.

4o. El artículo 27 del Código de Comercio dispone que "el registro mercantil se llevará a cabo por las Cámaras de Comercio" y que "la Superintendencia de Industria y Comercio determinara los libros necesarios para cumplir esa finalidad, la forma de hacer las inscripciones y dará las instrucciones que tiendan al perfeccionamiento de la institución". En cumplimiento de esta disposición, el artículo 2º de la Resolución 1353 de 1983, expedida por la mencionada Superintendencia, prescribe que el Libro IX se destine al registro mercantil relacionado con las sociedades comerciales y determina la manera de efectuarlo.

5o. Pero la ley no autoriza a las Cámaras de Comercio para negarse a inscribir en el registro mercantil actos constitutivos de personas jurídicas que tengan por objeto "el servicio público de transporte automotor" por el hecho de no haber obtenido previa autorización del Instituto Nacional del Transporte o de la entidad que lo reemplace y por haber omitido protocolizar, en la escritura de constitución, copia auténtica del correspondiente documento: las cámaras de co- mercio cumplen, respecto del registro mercantil, una función pública de conformidad con la ley y ésta no las autoriza para examinar y controlar la legalidad o ilegalidad de los actos que son objeto del mencionado registro. Esta es función que exclusivamente incumbe a la rama jurisdiccional, de conformidad con la ley. Por consiguiente, las cámaras de comercio no pueden negar la inscripción en el registro mercantil de los actos de que se trata.

Sin embargo, las cámaras de comercio pueden hacer notar a los interesados las deficiencias que observen para que éstos, *motu proprio*, si a bien lo tienen, de acuerdo, con el artículo 113 del Código de Comercio, antes de inscribir el acto constitutivo de la sociedad en el registro mercantil, soliciten y obtengan la autorización necesaria y la protocolicen en escritura adicional. Pero si, no obstante la advertencia, el interesados o los interesados insisten en que realice el registro mercantil, la correspondiente Cámara de Comercio no puede denegarlo y debe efectuarlo.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a las señoras Ministra de Obras Públicas y Transporte y Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONAS DE DERECHO PUBLICO/ TRANSACCION/ ALLANAMIENTO

De la reforma (Decreto 2304 de 1989) se deduce que el nuevo estatuto eliminó la posibilidad de que las entidades públicas pudieran allanarse a las demandas judiciales y acudir a la figura de la transacción como medio para dar por terminado extrajudicialmente los litigios pendientes.

En relación con el contrato de transacción para precaver un litigio suscitado con ocasión de un contrato administrativo, el establecimiento público carece de la facultad para celebrarlo, porque de los tres procedimientos para definir una controversia jurídica, el Decreto 222 de 1983, sólo estableció la posibilidad de estipular en los contratos administrativos la cláusula compromisoria.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Jaime Paredes Tamayo.

Radicación No. 345. Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno sobre: "terminación extrajudicial del litigio mediante la figura jurídica de la tran-sacción".

En Oficio No. 38, el Señor Ministro de Gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

"A solicitud del señor Personero del Distrito Especial de Bogotá, comedidamente someto a consideración de esa H. Sala, la consulta relacionada con la terminación extrajudicial de un litigio pendiente o uno eventual por mutuo acuerdo entre las partes, mediante la figura jurídica de la transacción, si se tiene en cuenta que:

Para el caso de las Entidades Públicas, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 341 dispone que los representantes de la Nación, departamentos, intendencias, comisarías y municipios no podrán transigir sin autorización del Gobierno Nacional, del gobernador, intendente, comisario o alcalde según fuere el caso.

Con la expedición del Decreto 2304 de octubre 7 de 1989 se modificó la posibilidad que tenían las Entidades Públicas para transigir en los asuntos ventilados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Luego en principio, solamente en los asuntos de carácter civil podrían las Entidades Públicas transigir.

Conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil vigentes la autorización a los Entes Públicos para transigir, solamente se refieren a aquellos casos en que se haya promovido un proceso, es decir, que haya nacido la controversia y esté a conocimiento del juez que ha de dirimirlas con lo cual la operación de la transacción para precaver un litigio futuro o evitar que se suscite no tendría cabida para el caso de los Entes territoriales y Entidades Públicas.

Al Distrito Especial de Bogotá y sus organismos administrativos lo cobijan en un todo las disposiciones referidas.

Con fundamento en lo anteriormente expuesto se consulta:

¿Los Establecimientos Públicos del orden distrital pueden terminar procesos instaurados en su contra mediante la transacción?

¿Ante la simple expectativa de una futura demanda o controversia con un particular que ha celebrado un contrato, puede un establecimiento público transigir para evitar el posible proceso o controversia?

En caso afirmativo en uno y otro caso, la autorización la impartiría :

a) El Cabildo Distrital que como máxima corporación administrativa del Distrito Especial de Bogotá mediante acuerdo crea los Entes descentralizados, les expide el presupuesto de rentas e ingresos y de inversiones y gastos para cada ejercicio fiscal, y autoriza sus modificaciones presupuestales conforme a los artículos 175 y ss, del Código Fiscal del Distrito (Acuerdo No. 6 de 1985)?

b) El Alcalde Mayor de Bogotá en su calidad de representante legal del Distrito Especial de Bogotá?

c) La Junta Directiva del respectivo establecimiento público como su máximo órgano de dirección y administración ?

Sería entonces preciso en este caso, que tanto el acto de creación del ente como sus estatutos le atribuyeran esta función?".

En consideración a que la ponencia presentada por el señor Consejero Mora Osejo no obtuvo dentro de la Sala la mayoría requerida, corresponde al suscrito elaborar la ponencia de mayoría: En consulta similar, radicada bajo el número 343, formulada por el señor Ministro de Comunicaciones, la Sala consideró:

"La transacción, expresa el artículo 2469 del Código Civil, es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual".

Se estima como nota característica de la transacción que las partes tengan o pretendan tener un derecho con exclusión del otro en una cosa y del cual convienen en desprenderse o mermar.

"La transacción, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, implica un acto de disposición porque en ella cada una de las partes dice parte del derecho que cree tener".

El artículo 218 del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) contemplaba la posibilidad de que las Entidades Públicas pudieran allanar a una demanda judicial y ponerle fin a un litigio mediante la figura de la transacción, en efecto expresaba el artículo 218:

"Cuando el demandado sea persona de derecho privado, sociedad de economía mixta o empresa industrial y comercial del Estado, podrá allanarse a la demanda en los términos de los artículos 93 y 94 del Código de Procedimiento Civil.

"La Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional, las demás entidades públicas sólo podrán allanarse previa autorización expresa y escrita del Ministro, Jefe de Departamento Administrativo, Gobernador o Alcalde que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas.

"En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente la sentencia.

"Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción".

Sin embargo el Decreto Ley 2304 de 1989, reformatorio del Código Contencioso Administrativo, eliminó del citado artículo 218 la figura de la transacción para los entes públicos dejando exclusivamente al particular demandado la posibilidad de allanarse a la demanda. Expresa la norma:

"Cuando el demandante sea persona particular podrá allanarse a la demanda en los términos del Código de Procedimiento Civil".

De la reforma mencionada se deduce que el nuevo estatuto eliminó la posibilidad de que las Entidades Públicas pudieran allanarse a las demandas judiciales y acudir a la figura de la transacción como medio para dar por terminado extrajudicialmente los litigios pendientes.

Tal reforma en verdad, no creó vacío alguno dentro del Código Contencioso Administrativo, como para pretender llenarlo con normas del Código de Procedimiento Civil.

La remisión que hace el artículo 27 del C.C.A. al Código de Procedimiento Civil para llenar con disposiciones de este estatuto aspectos que aquel no contempla, no es pertinente para el caso materia de estudio.

La supresión de la posibilidad de transigir el ente público, se afirma, entre otras razones en motivaciones ético-jurídicas, implícitas en el contenido de la reforma, así no haya una expresión manifiesta que así lo disponga.

Por otra parte y desde el punto de vista de la técnica jurídica, resultaría incompatible la aplicación del nuevo artículo 218, es decir del artículo 55 del Decreto 2304 de 1989, con los artículos 340 y 341 del Código de Procedimiento Civil, porque ningún sentido tendría expedir una norma y al mismo tiempo abrirle margen de aplicabilidad a otra, que compromete los efectos de la expedida.

La lógica elemental indica que no es posible conciliar los efectos de sustitución de una norma con la aplicación de otra que los desconozca, ni interpretar una regulación en sentido contradictorio, generalizando la transacción de litigios sin tener en cuenta la naturaleza del contrato donde hayan surgido, ni el ejercicio de la jurisdicción determinado por tal naturaleza".

Concretando los aspectos que fueron objeto de cuestionamiento en la presente consulta,

LA SALA RESPONDE:

Al punto 1o. Como personas jurídicas de derecho público, los establecimientos públicos del orden distrital no pueden mediante transacción, terminar procesos instaurados en su contra ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo porque de conformidad con el nuevo artículo 218 del Código Contencioso Administrativo (artículo 55 del Decreto 2304 de 1989), sólo cuando el demandado sea persona particular podrá allanarse a la demanda en los términos del Código de Procedimiento Civil y no subsiste la facultad de transigir prevista por el artículo sustituido en relación con litigios pendientes instaurados ante dicha jurisdicción.

Al punto 2o. En relación con el contrato de transacción para precaver un litigio suscitado con ocasión de un contrato administrativo, el establecimiento público

carece de la facultad para celebrarlo, porque de los tres procedimientos para definir una controversia jurídica, el Decreto 222 de 1983, sólo estableció la posibilidad de estipular en los contratos administrativos la cláusula compromisoria, con el fin de someter a la decisión de árbitros nacionales las diferencias que se susciten en relación con el contrato. Y la transacción, como contrato de derecho privado, está sujeta en sus efectos a las normas civiles, comerciales y laborales, efectos que no pueden sobreponerse a los de las normas administrativas, bajo cuyo régimen autónomo se forma y termina el contrato celebrado conforme al mismo, según su naturaleza propia y específica.

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

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

PERSONAS DE DERECHO PUBLICO/ TRANSACCION/ ALLANAMIENTO/
(Salvamento de voto)

Las entidades públicas pueden celebrar el contrato de transacción siempre que sus representantes legales estén debidamente autorizados para ello y que se trate de materia renunciable, según los artículos 15 y 16 del C.C. La Nación puede transigir, representada por el gobierno nacional, con especial autorización legal, y las demás entidades públicas pueden hacerlo por medio de sus representantes, con las debidas autorizaciones sin el control de tutela que, para algunas de ellas, prescribía el artículo 218 del Decreto Ley 01 de 1984. Como allanamiento es una figura jurídica de exclusivo carácter procesal y como el artículo 55 del Decreto Ley 2304 de 1989 sólo lo autoriza para los demandados que sean personas particulares, es claro e inequívoco que las entidades públicas no pueden allanarse en los procesos contenciosos administrativos que se adelanten contra ellas.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR HUMBERTO MORA OSEJO

Radicación No. 345.

No comparto el concepto mayoritario por los siguientes motivos:

1o. Según el artículo 2469 del Código Civil "la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual". La disposición agrega que "no es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no disputa". De donde la Corte Suprema de Justicia sostiene, de acuerdo con la doctrina, que "para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérese, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia nacida, o eviten

un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones..." (Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de marzo de 1938, G.J. Tomo XLVI, pág. 120).

2o. Las entidades públicas, en defecto de un régimen legal especial, pueden celebrar el contrato de transacción prescrito por el título XXXIX del Código Civil, con las debidas formalidades legales. Para ello es necesario que el correspondiente representante esté debidamente autorizado, mediante facultad "especial para transigir", con especificación de "los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir" (Arts. 2471 del Código Civil).

3o. Las entidades públicas, a que se refiere la consulta, celebran el contrato de transacción por medio de su representante legal, debidamente autorizado, de conformidad con la Constitución y la ley, a saber:

La Nación celebra el contrato representada por el Presidente de la República, especialmente autorizado por la ley (Arts. 120, ord. 13, y 76 ord. II de la Constitución); si falta ésta el contrato se debe someter a la aprobación legal (Arts. 76, ord. 16, de la Constitución). El Presidente de la República, de conformidad con el artículo 135 de la Constitución y la ley, puede delegar esta facultad en los ministros, jefes de departamentos administrativos y gobernadores.

Los departamentos contratan representados por los gobernadores, debidamente autorizados por ordenanzas; las intendencias y comisarías lo hacen, respectivamente, mediante los intendentes o comisarios facultados por acuerdos intendenciables o comisariales. Los municipios celebran el contrato por medio de los alcaldes, autorizados por acuerdos municipales, y los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos, intendencias, comisarías y municipios, por medio de sus respectivos representantes legales, autorizados para ello por la correspondiente junta o consejo directivo.

De manera que, en conclusión, sobre la base de considerar que la ley regula el contrato de transacción (título XXXIX del Código Civil) y que no prohibe a las entidades públicas celebrarlo, sólo la Nación, representada por el Presidente de la República o, mediante delegación, por el Ministro, jefe de departamento administrativo o gobernador, requiere para ello autorización especial de la ley. Las demás entidades celebran el contrato por medio de su representante legal, debidamente facultado, según el caso, como se indicó, por la junta o el consejo directivo, la asamblea departamental, el consejo intendencial o comisarial o el consejo municipal.

4o. La transacción solo puede celebrarse sobre derechos patrimoniales renunciables, conforme a lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil que prescribe, en su orden, que "podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren el interés individual del renunciante", siempre que "no este prohibida la renuncia", y que "no podrán derogarse" por convenios particulares

las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

5o. El artículo 218 del Decreto Ley 01 de 1984 disponía que la Nación para transigir "requerirá autorización del Gobierno Nacional" y que las demás entidades públicas para ello necesitan "previa autorización expresa y escrita del ministro, jefe de departamento administrativo, gobernador o alcalde que los represente o a cuyo despacho estén vinculados o adscritos".

Pero, como la mencionada disposición no podía entenderse en el sentido de facultad al Gobierno Nacional para autorizar sus contratos, lo que habría sido manifiestamente inconstitucional, en rigor jurídico, como representante de la Nación, según los artículos 76, ordinales 11 y 16, y 120, ordinal 13, de la Constitución, el Presidente de la República debía ser especialmente facultado por la ley para celebrar el contrato de transacción. Además, las restantes entidades publicas, para transigir, necesitaban que el correspondiente representante legal fuera autorizado por la asamblea, el consejo intendencial o comisarial, el consejo municipal, la junta o el consejo directivo, según el caso, para suscribir el contrato de transacción.

6o. El Decreto Ley 2304 de 1989 no se refirió a la transacción, pero no prohibió a las entidades públicas celebrar el correspondiente contrato; pues, sólo el artículo 23 del Código Procesal del Trabajo les prohíbe a las entidades públicas conciliar las diferencias y litigios laborales con sus trabajadores. Por consiguiente, las entidades públicas pueden celebrar el contrato de transacción siempre que sus representantes legales estén debidamente autorizados para ello y que se trate de materia renunciable, según los artículos 15 y 16 del Código Civil. La Nación puede transigir, representada por el Gobierno Nacional, con especial autorización legal, y las demás entidades publicas pueden hacerlo por medio de sus representantes, con las debidas autorizaciones, sin el control de tutela que, para algunas de ellas, prescribía el artículo 218 del Decreto Ley 01 de 1984.

7o. De manera que las entidades públicas, según todo lo expuesto, pueden transigir los litigios eventuales o lo que se encuentren en curso, siempre que la materia objeto de la transacción sea renunciable. El contrato de transacción es de carácter sustantivo, no procesal y de naturaleza civil.

8o. La mayoría, al interpretar el artículo 55 del Decreto-Ley 2304 de 1989, equivocadamente entendió el silencio de la norma como prohibición; pero como ésta no existe, las entidades públicas pueden transigir, como contempla el artículo 2469 del Código Civil, para arreglar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, es decir, para evitar su ocurrencia.

9o. La mayoría también olvidó las prohibiciones, según principio general de derecho, deben ser expresas y de restrictiva interpretación: en este caso, ni el Decreto Ley 2304 de 1989 ni ninguna otra disposición legal les prohíben a las entidades públicas transigir sus litigios renunciables, eventuales o en curso; por consi-

guiente, pueden celebrar el correspondiente contrato, con los requisitos y las formalidades prescritas por la ley, antes indicados.

10o. Como el allanamiento es una figura jurídica de exclusivo carácter procesal y como el artículo 55 del Decreto Ley 2304 de 1989 sólo lo autoriza para los demandados que sean personas particulares, es claro e inequívoco que las entidades públicas no pueden allanarse en los procesos contencioso administrativo que se adelanten contra ellas.

Humberto Mora Osejo.

Fecha ut supra.

PROYECTO DE DECRETO/ CARRERA ADMINISTRATIVA/ SISTEMA NACIONAL DE SALUD

El proyecto de Decreto Reglamenta el inciso 3o. del artículo 27 de la Ley 10 de 1990 relativo a la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa de los empleados públicos del subsector oficial de Salud, al servicio de las entidades territoriales y de las descentralizadas.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., once (11) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Humberto Mora Osejo.

Radicación No. 360. Referencia: Consulta sobre el proyecto de decreto por el cual se reglamenta el inciso 3º del Artículo 27 de la Ley 10 de 1990.

El señor Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil solicita a la Sala concepto sobre el proyecto de decreto que reglamenta el inciso tercero del artículo 27 de la Ley 10 de 1990, relativo a la inscripción extraordinaria en la Carrera Administrativa de los empleados públicos del Sub-sector Oficial de Salud, al servicio de las entidades territoriales y de las descentralizadas.

El proyecto del Decreto, entre otros aspectos, define el campo de aplicación, determina los funcionarios de las entidades territoriales a los cuales no se aplica el régimen de la carrera administrativa contemplado en el artículo 27 de la Ley 10 de 1990; señala la antigüedad necesaria y otros requisitos para la inscripción extraordinaria de los funcionarios en la carrera; el funcionario competente para expedirlo la prueba sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios y el trámite administrativo que se debe seguir par la inscripción en la carrera; las entidades competentes para la inscripción extraordinaria y actualización en el escalafón de funcionarios y las dependencias encargadas de la elaboración de instrucciones y manuales de

procedimientos administrativos, para la adecuada aplicación de lo dispuesto en el proyecto de decreto. Finalmente éste también determina que son de libre nombramiento y remoción los funcionarios que no acrediten requisitos para la inscripción extraordinaria en la carrera y que tienen la posibilidad de ingresar a ella, si continúan al servicio del mismo organismo, al cabo de cinco años, siempre que el cargo no exija poseer título profesional.

LA SALA CONSIDERA:

1o. El artículo 27, inciso tercero, de la Ley 10a. de 1990, por la cual se reorganizó el Sistema Nacional de Salud, dispone: "A los empleados de las entidades territoriales o de sus entes descentralizados, que al entrar en vigencia esta ley, se encuentren desempeñando un cargo de carrera, sin estar inscritos en la misma, se les aplicará lo dispuesto en los artículos 5º y 6º de la Ley 61 de 1987, pero, se podrán tener en cuenta, además del manual general de funciones que para el sector de salud expida el Gobierno Nacional, los manuales específicos de cada entidad".

El artículo 5º de la Ley 61 de 1987 prescribe: "Al entrar en vigencia esta ley, los empleados que estén desempeñando un cargo de carrera sin que se encuentren inscritos en la misma, deberán acreditar, dentro del año inmediatamente siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados para sus respectivos empleos en el manual de requisitos expedido por el Gobierno Nacional o en los decretos que establezcan equivalencias de dichos requisitos, según el caso. Acreditados tales requisitos o sus equivalentes tendrán derecho a solicitar al Departamento Administrativo del Servicio Civil su inscripción en la Carrera Administrativa.

"Si el cargo que se desempeña no estuviere incluido en el manual de requisitos, el período se extenderá por seis (6) meses, contados a partir de la fecha en que el Gobierno lo incluya, para lo cual éste tendrá un término de doce (12) meses a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley".

El artículo 6º de la Ley 61 de 1967 determina: "Los empleados que no acrediten poseer los requisitos para el desempeño del cargo, dentro de los términos señalados en el artículo anterior, quedarán de libre nombramiento y remoción pero si continúan al servicio del mismo organismo sin solución de continuidad podrán solicitar su inscripción en la carrera cuando demuestren poseer los requi-sitos para el cargo que están desempeñando en el momento en que acrediten dicho cumplimiento.

"Sin embargo, los empleados que tengan cinco o más años de servicio a la entidad, tendrán derecho a solicitar su inscripción en la carrera siempre que para el ejercicio de las funciones del empleo que desempeñen no se exija título profesional correspondiente a una carrera reglamentada".

2o. Los artículos 5º y 6º de la Ley 61 de 1987 fueron reglamentados por el Decreto 573 de 1988 en relación con "los empleados públicos vinculados a los organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional" (Artículo 1º del Decreto 573 de 1988).

3o. Según lo expuesto, el decreto reglamentario del artículo 27, inciso 3º, debe expedirse conforme a lo dispuesto por los artículos 5º y 6º de la Ley 61 de 1987. En este orden de ideas, el decreto reglamentario debe contemplar: a) Empleados que en la fecha en que entró en vigencia de Ley 10a. de 1990 cumplen los requisitos exigidos para desempeñar el cargo y que, por lo mismo, tienen derecho a ser inscritos en la carrera; b) Empleados que, en la misma fecha, no reúnen las condiciones requeridas para desempeñar el cargo, pero que continúan en el servicio y pueden llegar a cumplirlas; c) Los empleados con cinco años de servicio a la entidad tienen derecho a ser inscritos en carrera, siempre que no se exija un título profesional; d) Empleados que no pueden ser inscritos en la carrera por carecer del título profesional necesario para desempeñar el cargo, cualquiera que sea el tiempo servido en la entidad.

4º. La Sala considera que el artículo 1º del proyecto de decreto determina específicamente su objeto, como lo hace su epígrafe, que consiste en reglamentar el artículo 27, inciso 3º, de la Ley 10a. de 1990. Lo propio hace el artículo 3º del mismo proyecto de decreto, en cuanto contempla que los empleados a que se refiere el artículo 1º pueden "solicitar su inscripción extraordinaria en el escalafón de la carrera administrativa" siempre que el 10 de enero pasado, cuando entró en vigencia la ley 10a. de 1990, desempeñaran uno de los empleos a que se refiere el artículo 27, inciso 3º, de la misma ley.

En cambio, el artículo 2º del proyecto de decreto, que determina los cargos o actividades que están excluidos de la carrera administrativa, reglamenta materia diferente; en efecto, el artículo 26 de la Ley 10a. de 1990 remite, a este respecto, al artículo 1º de la Ley 61 de 1987, que determina los cargos que están excluidos de la carrera administrativa. Por consiguiente, como el propósito del proyecto de decreto es reglamentar exclusivamente el artículo 27, inciso 3º, de la Ley 10a. de 1990, debe suprimirse el artículo 2º del mencionado proyecto de decreto.

Los artículos 5º, 6º, 7º, 8º, 10, 11 y 12 que versan, respectivamente, sobre los requisitos, las pruebas, la tramitación, la falta de requisito, la actualización en el escalafón de la carrera administrativa, las instrucciones, los manuales de procedimiento administrativo y los empleados sin requisitos, constituyen regulaciones que tienen por objeto facilitar la ejecución del artículo 27, inciso 3º, de la Ley 10a. de 1990 y son, por lo mismo, de carácter reglamentario.

El artículo 4º del proyecto de decreto contempla que las personas que el 10 de enero de 1990 cuanto entró en vigencia la Ley 10a. de 1990 tenían por lo menos cinco años de servicios continuos: en una o más entidades del subsector oficial del servicio de salud, tendrán derecho a solicitar su inscripción en la carrera administrativa, para lo cual deberán acreditar su antigüedad ante el respectivo jefe de

personal o quien haga sus veces, a más tardar el 30 de julio de 1991, si se trata de empleados de entidades del orden municipal; o antes del 30 de diciembre de 1990 para empleados de las demás entidades oficiales".

Sin embargo la Sala observa que, según el artículo 27, inciso 3º de la Ley 10a. de 1990, las fechas mencionadas 30 de julio de 1991 y 30 de diciembre de 1990 prescriben los plazos máximos para que, respectivamente, los municipios y las demás entidades territoriales establezcan la carrera administrativa, pero no como contempla el artículo 4º del proyecto de reglamento las fechas límites para que los interesados soliciten sus inscripciones en la carrera. Por consiguiente, la Sala considera que el artículo 4º del proyecto de reglamento, en este aspecto específico, contraría el artículo 27, inciso 3º, de la Ley 10a. de 1990 que es objeto de reglamentación y que, por lo mismo, se debe rectificar este error.

El artículo 9º, inciso 1º, del proyecto de decreto alude, en forma vaga e imprecisa, a la posibilidad del Ministerio de Salud y del Departamento Administrativo del Servicio Civil de delegar sus funciones. La Sala considera que el decreto reglamentario debe referirse a ella con expresa mención de los límites prescritos por la ley.

Por lo expuesto la Sala de Consulta y Servicio Civil, con la observaciones anteriores, conceptúa favorablemente para que se expida el decreto reglamentario del artículo 27, inciso 3º, de la Ley 10a. de 1990.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil y Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Paredes Tamayo, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

BIEN DE USO PUBLICO-Restitución/ **ALCALDE/ COMPETENCIA/ PERMISO DE POLICIA/ DIMAR/ COMPETENCIA**

Las actuaciones o procedimientos que inicie la Dirección General Marítima y Portuaria y que culminen con la declaración de ocupación ilegal de playas marítimas sometidas a su jurisdicción, deben ser restituidas por el alcalde. Los municipios disponen de competencia legal para conceder permisos o licencias particulares con el fin de que establezcan casetas o kioscos en donde se expenden comidas, bebidas, etc. Dentro de su espacio público urbano, de conformidad con la reglamentación que expida el Concejo.

La Dirección General Marítima y Portuaria conserva su atribución de regular, autorizar y controlar las concesiones de permisos en los bienes de uso público de su jurisdicción (playas, terrenos de bajamar, aguas marítimas), relacionados con construcciones.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Javier Henao Hidrón.

Referencia: Consulta sobre la competencia para la restitución de bienes de uso público y la concesión de permisos o licencias a particulares en las playas marítimas. Radicación No. 355.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Horacio Serpa Uribe, formula a la Sala la siguiente consulta:

Comedidamente y a solicitud del Alcalde Municipal de Puerto Colombia someto a consideración de esa H. Sala la consulta relacionada con la vigencia del artículo 132 del Código Nacional de Policía, frente a las disposiciones

previstas en los artículos 5º, 6º, 7º y 8º de la Ley 9a., de 1989, en relación con la competencia para la restitución de bienes de uso público. Para el efecto se tienen los siguientes antecedentes:

1. El Código Nacional de Policía en su artículo 132 faculta a los Alcaldes para que, una vez establecido por los medios a su alcance, el carácter de uso público de una zona o vía ocupada, procedan a dictar la correspondiente resolución de restitución para cuyo efecto tienen un plazo no mayor de treinta (30) días.

2. La Ley 9a. de 1989 -Capítulo II- Del Espacio Público en el artículo 5º, define, que debe entenderse por Espacio Público y determina qué bienes y elementos lo constituyen; entre otros cita: "los necesarios para preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como sus elementos vegetativo, arenas y corales".

El artículo 6º *ibídem*, dispone que el destino de los bienes de uso público incluidos en el Espacio Público de las áreas urbanas y suburbanas no podrá ser variado sino por los Concejos, Juntas Metropolitanas o por el Consejo Intendencial, a iniciativa del Alcalde o Intendente de San Andrés y Providencia, siempre y cuando sean canjeados por otros de características equivalentes. En el artículo 7º se faculta a los Municipios y a la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia, para crear de acuerdo a su organización legal, entidades que se hagan responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el Espacio Público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales. De igual manera los faculta para celebrar contratos con entidades privadas para que se encarguen de la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de dichos bienes.

Igualmente, el artículo 8º de la citada Ley 9a., prevé que, los elementos constitutivos del Espacio Público y el medio ambiente tendrán para su defensa la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil, acción que también podrá dirigirse contra cualquier persona pública o privada para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes mediante la remoción, suspensión o prevención de conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios. La acción popular prevista en el artículo 1005 del Código Civil se podrá interponer en cualquier tiempo y su trámite se hará según el procedimiento señalado en el numeral 8 del artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.

3. El Decreto No. 2324 del 8 de septiembre de 1984 por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria, en su artículo 5º, sobre funciones y atribuciones de la citada Dirección General, numeral 21, dispone: "Regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos de aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción".

4. La Dirección General Marítima y Portuaria Capitanía de Puerto de Barranquilla con fecha 15 de diciembre de 1987, dictó la Resolución No. 046 declarando ilegal la ocupación de las playas marítimas de Pradomar y Salgar.

Esta entidad antes de proferir la resolución antes citada practicó visitas de inspección a las playas de Puerto Colombia (Pradomar) y Salgar y se constató que éstas se hallan ocupadas indebidamente por personas que desde hace más de 15 años han instalado casetas y kioscos en donde se expenden toda clase de comidas, bebidas, con pistas de baile, etc., en forma permanente.

De estos ocupantes, algunos se amparan en un Acuerdo dictado por el Concejo Municipal mediante el cual se les adjudicaron los lotes, otros argumentan tener autorización expedida por la Alcaldía, la Personería o permiso provisional dado por la Corporación Nacional de Turismo Seccional Atlántico; sin embargo, la mayoría de ellos son ocupantes de hecho.

Una vez establecida por la Dirección General Marítima y Portuaria Capitanía de Puerto Barranquilla la ocupación ilegal de las playas de Pradomar y Salgar, se dictó la Resolución No. 046 de 1987 antes citada, la cual en su artículo 1º declara que los terrenos donde se encuentran instaladas las casetas y kioscos son playas marítimas de propiedad de la Nación bajo la jurisdicción de la mencionada Capitanía de Puerto; y en el artículo 2º ordena remitir copia de esta providencia al Alcalde Municipal de Puerto Colombia para los fines legales consiguientes a la Dirección General Marítima y Portuaria en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 178 del Decreto 2324 de 1984.

5. El Alcalde Municipal de Puerto Colombia (Atlántico), para dar cumplimiento a la Resolución dictada por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, considera necesario despejar algunas dudas del procedimiento que se debe seguir para obtener la restitución de las playas de Pradomar y Salgar por ser bienes de uso público, pero que, cree haber perdido la competencia que le asigna tanto el artículo 132 del Código Nacional de Policía, como los artículos 333 y 334 del Código de Policía del Departamento, frente a las normas contenidas en el Capítulo II, Artículos 5º a 8º de la Ley 9a. de 1989, denominada Ley de la Reforma Urbana.

Con fundamento en los antecedentes anteriormente expuestos, se consulta:

a) El artículo 8º de la Ley 9a. de 1989, derogó tácitamente el artículo 132 del Código Nacional de Policía, en razón de que el citado artículo de la Ley 9a. dispone que para la defensa de los elementos constitutivos del Espacio Público y del medio ambiente así como para la defensa de la integridad y condiciones de uso, goce y disfrute visual de dichos bienes se ejercerá la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil, la cual podrá interponerse en cualquier tiempo y su trámite se hará mediante el procedimiento previsto en el artículo 141, numeral 8 del Código de Procedimiento Civil, es decir, ante la justicia ordinaria?; en consecuencia, al tener conocimiento de

la ocupación ilegal de los mismos debe incoar la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil ante el Juez competente, en cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 9a. de 1989?

O, por el contrario debe entenderse que la acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil, está encaminada esencialmente a la seguridad de las personas que transiten o utilicen los bienes de su uso público, en las mismas condiciones que se concede para los dueños de heredades o edificios privados, mientras la acción del artículo 132 del Código Nacional de Policía tiene por objeto la restitución del bien de uso público que ha sido ocupado? En estas condiciones sería el Alcalde la autoridad competente, en el caso que nos ocupa, para ejercer la acción de restitución de que trata el artículo 132 ya citado?

b) El artículo 7º *ibídem*, prevé: tienen facultad los Municipios para crear entidades que se responsabilicen de la administración, desarrollo, mantenimiento y apoyo financiero del Espacio Público; y de igual manera pueden contratar con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de dichos bienes.

Con base en lo previsto en este artículo pueden los Alcaldes y Concejos Municipales que no hayan creado aún entidades que se responsabilicen de la administración, desarrollo, mantenimiento y apoyo financiero de los bienes de uso público integrantes del espacio público, ubicados dentro de su respectiva jurisdicción, sin que medie contrato alguno, conceder permisos o licencia a particulares para establecer allí negocios tales como casetas, kioscos, etc., en donde venden al público toda clase de comidas, bebidas y demás servicios, como por ejemplo lo sucedido en las playas marítimas de Puerto Colombia?

c) Frente a la facultad atribuida a los Municipios y a la Intendencia de San Andrés y Providencia, en el artículo 7º de la Ley 9a. de 1989, la facultad especial que tiene la Dirección General Marítima y Portuaria, conforme al Decreto 2324 de 1984, artículo 5º, numeral 21, para regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción, habría esta última perdido tal competencia, en virtud a que, las playas y demás bienes de uso público según lo dispuesto en el artículo 5º de la citada Ley 9a., constituyen el Espacio Público?

LA SALA CONSIDERA

1o. Al reorganizar la Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR) como dependencia del Ministerio de Defensa, agregada al Comando de la Armada Nacional, el Decreto Ley 2324 de 1984 le otorgó un tratamiento de autoridad marítima nacional encargada de ejecutar la política del Gobierno en materia marítima y, en tal sentido, tiene por objeto la regulación, dirección, coordinación y control de las

actividades marítimas, y la promoción y estímulo del desarrollo marítimo del país (artículos 1º y 4º, *ibídem*).

Entre las funciones de la Dirección General, la Sala destaca para el caso de la consulta las previstas en los numerales 21 y 27 del artículo 5º, de conformidad con los cuales puede, por una parte, "regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en las aguas, terrenos de bajamar, playas y demás bienes de uso público de las áreas de su jurisdicción" y, por la otra,

> "adelantar y fallar las investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante, por siniestros marítimos, por violación a las normas de reserva de carga, por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción, por construcciones indebidas y no autorizadas en los bienes de uso publico y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección ...e imponer las sanciones correspondientes".

Tales atribuciones deben ser concordadas con lo dispuesto en el Título IX, que regula lo relativo a las *concesiones y permisos de construcción* en las playas y en los terrenos de bajamar. En tal sentido, el artículo 166 establece:

> "Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas, son bienes de uso público, por tanto intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo con la ley y las disposiciones del presente decreto".

Dichas concesiones y permisos, en lo relacionado con construcciones, corresponde otorgarlas a la Dirección General Marítima y Portuaria, y no confieren título alguno sobre el suelo ni el subsuelo.

La jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria comprende hasta el límite exterior de la zona económica exclusiva, en las siguientes áreas:

> "aguas interiores marítimas, incluyendo canales intercostales y tráfico marítimo; y todos aquellos sistemas marinos y fluviomarinos; mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva, lecho y subsuelo marino, aguas supradyacentes, litorales, incluyendo playas y terrenos de bajamar, puertos del país situados en su jurisdicción; islas, islotes y cayos...",

así como sobre los ríos que enumera el artículo 2º y en las condiciones allí señaladas.

Están también sometidas a DIMAR, según el parágrafo 2º del artículo últimamente citado, "Las costas de la Nación y las riberas del sector de los ríos de su jurisdicción en una extensión de cincuenta (50) metros medidos desde la línea de la más alta marea y más alta creciente hacia adentro".

2o. Por otra parte, la Ley 9a. de 1989, denominada de la Reforma Urbana, dedica al Espacio Público el capítulo II (artículos 5º a 8º), en donde es considerado como un elemento esencial del desarrollo urbano que permite la satisfacción de necesidades colectivas de la población.

Tras definir el espacio público, la ley en referencia explica que el *espacio público de la ciudad* está constituido así:

> "Por las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y uso de los elementos constitutivos de amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y *los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar*, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o disfrute colectivos" (La Sala subraya).

Cabe advertir al respecto que la norma se refiere a las áreas, zonas o elementos que están ubicados dentro del perímetro de la ciudad denominado urbano, y a los situados en su entorno, porque la finalidad de la ley es el desarrollo de la ciudad, concebida desde el punto de vista propiamente urbano; las zonas apartadas o rurales no están contenidas en tales disposiciones debido a que el legislador concentró su atención en las necesidades de la población asentada en las ciudades y en los sitios cercanos a ella, denominados suburbanos.

3o. La Ley 9a. de 1989 prevé en su artículo 7º que los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia, no solamente podrán *crear* de acuerdo con su organización legal, entidades que sean responsables de administrar, desarrollar, mantener y apoyar financieramente el espacio público, el patrimonio inmobiliario y las áreas de cesión obligatoria para las vías, zonas verdes y servicios comunales, sino también *contratar* con entidades privadas la administración, mantenimiento y aprovechamiento económico de los bienes anteriores.

4o. De conformidad con la Constitución y la ley, las libertades públicas han sido reguladas por un conjunto normativo al que suele denominarse Derecho o Régimen de Policía, el cual tiene por objeto determinar el campo de acción de tales libertades, de modo que la sociedad no resulte perjudicada por su desordenado o arbitrario ejercicio. De ahí que sea considerado como un elemento determinante del orden público y la tranquilidad social, cuyo fundamento jurídico se encuentra en los artículos 16, 76 numeral 24, 167 y 187 numeral 9o. de la Carta Política, y su

desarrollo legislativo básico en el Código Nacional de Policía (Decreto Ley 1355 de 1970).

Como consecuencia necesaria de la regulación del Régimen de Policía, surgió la función policiva, adscrita a las autoridades encargadas de hacer cumplir las leyes y de velar por la conservación y restablecimiento del orden público.

De igual modo, la función policiva está atribuida a las autoridades de la rama ejecutiva con el fin de inspeccionar las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas (Constitución Política, artículo 39, inciso 2º).

La función de policía la ejercen los funcionarios administrativos, entre otros, el presidente de la República, los superintendentes, los gobernadores, los alcaldes y los inspectores.

Así la obligación atribuida a los alcaldes por el artículo 132 del Código Nacional de Policía para disponer la restitución de los bienes de uso público ("como vías públicas urbanas o rurales o zonas para el paso de trenes") que han sido ocupados por particulares, es una función eminentemente policiva que cumplen en su calidad de jefes de la administración municipal. Su finalidad consiste en devolver a la sociedad el derecho al uso y goce común de dichos bienes, como que restituir es verbo transitivo que equivale a restablecer o poner una cosa en el estado que antes tenía. Es función que, de acuerdo a los disposiciones legales, restringe la actividad de los individuos en procura del bienestar general, cuya prioridad sobre el interés privado es ya un clásico imperativo constitucional:

> Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. (Constitución Política, artículo 30, inciso 1º).

5o. El artículo 8º de la Ley 9a. de 1989, prevé que la acción popular consagrada en el artículo 1005 del Código Civil, se hace extensiva *para la defensa* de los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente. Por consiguiente, cualquier persona está en el derecho y adquiere el correlativo deber de instaurar la acción cuando considere que se presentan conductas atentatorias del espacio público. La acción constituye así un instrumento de defensa popular de los bienes que pertenecen a la comunidad; es un medio a través del cual el pueblo puede defender por su propia iniciativa el espacio público que le pertenece y está siendo objeto de daño, ya por limitaciones a su disfrute visual o bien por menoscabo en sus condiciones de uso y goce.

En el caso enunciado se pretende que la autoridad judicial proceda a ordenar previo el trámite abreviado previsto en el Código de Procedimiento Civil la remoción, suspensión o prevención de las conductas que comprometieren el interés público o la seguridad de los usuarios.

Si se analiza el espíritu y finalidad de la disposición, es posible deducir en sana lógica que se trata de un derecho que la ley ha otorgado a los particulares e inclusive a los funcionarios municipales, para que actúen ante jueces ordinarios en defensa de la integridad y condiciones de los bienes de uso público.

Dicha acción posee características propias y no puede confundirse con la atribución legal que tienen los funcionarios de policía para ordenar a los particulares la restitución de los bienes de uso público que ilegalmente hayan sido ocupados, o en su caso, cuando por vencimiento del término o cumplimiento de una condición, el permiso o la licencia correspondientes han perdido su vigencia y valor legal.

La restitución de bienes de uso público y la defensa de los mismos incluidos en el concepto de espacio público son figuras jurídicas distintas, aunque no se excluyen y pueden coexistir, cada una dentro de su órbita y atendiendo a los objetivos que las determinan y especifican.

CONCLUSIONES

La Dirección General Marítima y Portuaria tiene injerencia en las zonas bajo su jurisdicción, situación que no ha sido modificada por la Ley 9a. de 1989 cuyo campo de aplicación comprende exclusivamente las áreas urbanas y aquellas que constituyen el entorno de las ciudades.

El Decreto Ley 2324 de 1984 regula una materia específica de suma importancia para el país -la marítima y portuaria- y tiene, por tanto, carácter especial. La ley de reforma urbana, por su parte, busca obtener el desarrollo planificado de las ciudades y en apoyo del mismo regula la compraventa y expropiación de bienes, pero sin comprender los aspectos relativos a los intereses marítimos propiamente dichos, respecto de los cuales DIMAR es la dependencia especializada y ejecutora de las políticas del Gobierno.

Los municipios y la Intendencia Especial de San Andrés y Providencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 9a. de 1989, pueden decidir sobre la administración, desarrollo y mantenimiento del patrimonio inmobiliario, de las áreas de cesión obligatoria para vías, zonas verdes y servicios comunales, y del espacio público (con inclusión de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como sus elementos vegetativos, arenas y corales). En este último caso, siempre que las zonas respectivas no se encuentren bajo la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria.

Respecto de concesiones, licencias y permisos, es indispensable hacer la siguiente distinción:

El otorgamiento de concesiones y permisos en las zonas bajo su jurisdicción, corresponde a la Dirección General Marítima y Portuaria, de acuerdo con la regu-

lación establecida en el título IX del Decreto Ley 2324 de 1984, con el fin de que los particulares puedan adelantar construcciones y dar a éstas una destinación específica. Por eso el artículo 169, que trata de las concesiones, exige que a la solicitud se acompañen, entre otros documentos, "los planos de la construcción proyectada, levantados por personas o firmas autorizadas para estos fines". Y el artículo 175, que versa sobre los requisitos exigidos al autorizar el permiso, se refiere siempre a construcciones: éstas, al vencimiento del término por el cual se concede el permiso, revertirán a la Nación; se sujetarán a ciertas condiciones de seguridad, higiene y estética, etc.

El otorgamiento de licencias o de permisos para instalar en zonas de espacio público urbano, casetas o kioscos en donde se ofrecen al público comidas, bebidas y otros servicios, es competencia de los municipios. Ello se hará con sujeción a la reglamentación que expida al respectivo Concejo, en desarrollo de la atribución constitucional de "Ordenar, por medio de acuerdo, lo conveniente para la administración del distrito" y de la legal que lo autoriza para "arreglar la policía en sus diferentes ramos", sin contravenir a las disposiciones de superior jerarquía. (Constitución Política, artículo 197, atribución 1a., y Decreto Ley 1333 de 1986, artículos 92 y 93). Y en la medida en que no se entre en conflicto con las regulaciones expedidas por DIMAR en las playas marítimas, terrenos de bajamar y zonas de su jurisdicción.

Por otra parte, las actuaciones o procedimientos que inicie la Dirección General Marítima y Portuaria y que culminen con la declaración de ocupación ilegal de playas marítimas sometidas a su jurisdicción, deben ser restituidas por el alcalde, según lo dispuesto en el artículo 132 del Código Nacional de Policía, en cumplimiento de su función policiva, sin perjuicio de que los particulares instauren la acción popular prevista por el artículo 8º de la Ley 9a. de 1989 ante los jueces ordinarios, que como se indicó, no derogó las disposiciones del artículo 132 del Código Nacional de Policía.

Con todo, la Sala considera que es importante tomar en consideración que en el asunto materia de estudio, existe una convergencia entre las normas citadas, pues todas ellas tienen una finalidad común: la protección del espacio y de los bienes públicos, en procura de evitar que la acción ilegal de los particulares afecte los derechos que tiene la comunidad de usar y disfrutar de ellos ordenadamente. Por lo mismo, es necesario que a dichas normas se les dé aplicación en forma armónica, consultando el interés público, y atendiendo a la complementariedad que entre ellas existe.

LA SALA RESPONDE

Al literal a)- No es cierto que el artículo 8º de la Ley 9a. de 1989 hubiese derogado tácitamente el artículo 132 del Código Nacional de Policía. Al tener conocimiento de la ocupación ilegal de un bien de uso público, el alcalde debe proceder a ordenar su restitución, en la forma indicada por el artículo 132 del

mencionado Código. La acción popular del artículo 1005 del Código Civil, que el artículo 8º de la Ley 9a. de 1989 incorpora para la defensa de los elementos constitutivos del espacio público y el medio ambiente, tiene un sentido amplio y obedece a principios de interés colectivo; no puede restringirse, por tanto, al amparo de las personas que transiten o utilicen los bienes de uso público, en las mismas condiciones que se concede para los dueños de heredades o edificios privados, como se plantea en una de las hipótesis de la consulta.

Al literal b)- Aun cuando no hayan hecho uso de la facultad que les confiere el artículo 7º de la Ley 9a. de 1989 para crear entidades que se responsabilicen de la administración, desarrollo, mantenimiento y apoyo financiero del Espacio Público, y tampoco hubiesen celebrado contrato con entidades privadas para los mismos efectos, los municipios disponen de competencia legal para conceder permisos o licencias a particulares con el fin de que establezcan casetas o kioscos en donde se expenden comidas, bebidas, etc., dentro de su espacio público urbano, de conformidad con la reglamentación que expida el Concejo, en orden a fomentar su desarrollo, pero sin desconocer las medidas de seguridad y preservación que se hayan establecido por la Dirección General Marítima y Portuaria.

La Sala estima que aunque la Ley 9a. de 1989 sea posterior, prevalece el régimen especial de orden público asignado a DIMAR por el decreto con fuerza de Ley 2324 de 1984.

Al literal c)- La Dirección General Marítima y Portuaria conserva su atribución de regular, autorizar y controlar las concesiones y permisos en los bienes de uso público de su jurisdicción (playas, terrenos de bajamar, aguas marítimas), relacionados con construcciones, de acuerdo con el preceptuado por el artículo 5º, numeral 21, y el título IX, del Decreto 2324 de 1984, en cumplimiento de su función de protección y preservación de los litorales y de la conservación, preservación y protección del medio marino (artículo 3º numerales 8º y 14 *ibídem*).

Transcríbase al señor ministro de Gobierno por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República. (Código Contencioso Administrativo, artículo 112).

Jaime Paredes Tamayo, Presidente; *Jaime Betancur Cuartas,* Ausente con excusa; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ ESTAMPILLA "CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLANTICO" - Cobro

La Ley 77 de 1981 no derogó, pero sustituyó la Ley 41 de 1966, porque reunió en una sola estampilla los objetivos de erradicar tugurios y construir la Ciudadela Universitaria del Atlántico.

La Ley 77 de 1981, facultó a la Asamblea Departamental y a los municipios del Atlántico para regular todo lo concerniente al recaudo, tarifas y "demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la estampilla "Ciudadela Universitaria del Atlántico", de manera que los actos que esas corporaciones expidieron desarrollan lo dispuesto por la citada ley y se convierten en soporte suficiente para que la contribución sea recaudada por las entidades señaladas en dichos actos, entre ellas, las empresas públicas municipales y de teléfonos de Barranquilla, organismos que deben entregar el producto recaudado a la Junta Especial para su administración.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del Ministro de Gobierno sobre: "Cobro de la estampilla "Ciudadela Universitaria del Atlántico". Radicación No. 340.

En oficio No. 751 el señor Ministro de Gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

"A solicitud del Gerente de las Empresas Públicas de Barranquilla, comedidamente someto a consideración de esa H. Sala, la consulta relacionada con el cobro de la estampilla "Ciudadela Universitaria del Atlántico".

A. Ley 77 de 1981.

El 9 de diciembre de 1981 fue expedida la Ley 77 de 1981, publicada en el Diario oficial No. 35915 de diciembre de 1981. En el parágrafo del artículo 2° se expresó que "... Las series de estampillas con los valores señalados inicialmente en las normas citadas en el artículo 1° de esta ley, seguirán siendo utilizadas hasta el agotamiento de sus actuales existencias". El artículo 8° distribuyó el producto de la estampilla así: 80% para construcción, dotación y sostenimiento de la Ciudadela Universitaria del Departamento del Atlántico y el 20% para los fines de la Ley 41 de 1966.

Así mismo la Ley 77 de 1981 autorizó a la Asamblea Departamental del Atlántico para determinar el empleo, tarifa discriminatoria y demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la estampilla, en el Departamento, y a los Concejos Municipales para hacer obligatorio el uso de la estampilla en los actos municipales. Sin embargo, la ley no precisó la fecha en que debía comenzarse a utilizar, ni el término de existencia de la estampilla, sino que determinó que "La emisión de la estampilla creada será hasta por mil quinientos millones de pesos...".

En cumplimiento a la Ley 77 de 1981 la Asamblea dictó la Ordenanza No. 1 de 1982 (anexo 1) determinando los actos y documentos sobre los cuales era obligatorio el uso de la estampilla "Ciudadela Universitaria", fijando la tarifa respectiva. Para los municipios no individualizó ni definió particularmente en qué actos municipales debía cobrarse si los concejos hacían uso de la autorización de la ley.

El Concejo Municipal de Barranquilla expidió el Acuerdo 04 de febrero 16 de 1983 (anexo 2), para hacer obligatorio el uso de la estampilla en el municipio determinando que: "Su tarifa será la que establece y reglamenta la Ordenanza No. 1 de 1982, expedida por la Asamblea Departamental del Atlántico, o en su defecto, los valores señalados en la Ley 41 de 1966. El acuerdo 04 remitiéndose al artículo 2° de la Ley 77 de 1981 facultó a las entidades municipales para seguir "utilizando la serie de estampillas con los valores señalados en Ley 41 de 1966 hasta el agotamiento de sus actuales existencias..." y en el parágrafo primero les señaló además, que una vez agotada la estampilla: "...continuarán haciéndolo en los mismos términos y conforme al artículo 1° del presente acuerdo con la estampilla "Ciudadela Universitaria".

La Ley 77 de 1981 creó una Junta para manejar los fondos que produjera la estampilla creada y ésta solo fue instalada el 9 de abril de 1984. En la aplicación de la Ley 77 de 1981 se presentaron inconvenientes debido a que

la emisión ordenada en su artículo 2° no fue entregada a tiempo y solo en marzo de 1986 se inició la venta de la estampilla. La asamblea mediante ordenanza 1 de octubre 6 de 1983 adicionó la No. 1 de 1982, autorizando al Gobierno Departamental para recaudar los valores señalados en la No. 1 a través de una cuenta especial de la Tesorería Departamental, cuyo cobro se hará mediante comprobantes de consignación para reemplazar provisionalmente la citada estampilla.

B. La Ley 41 de agosto 12 de 1966, sobre erradicación de tugurios, creó la estampilla "Erradicación de Tugurios", por un lapso de 30 años que se iniciarán el 1o. de mayo de 1966. La Ley a su vez remite a las Leyes 27 de 1949 y 20 de 1961 sobre la estampilla "Bodas de Oro del Atlántico", la cual estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 1977.

Con la Ley 41 ya citada se dictó la ordenanza 33 de 1966 (anexo 4), y el acuerdo 006 bis de 1973 (anexo 5), dando facultades a la Junta Especial creada por las Leyes 27 de 1949 y 20 de 1961, para establecer el uso, aplicación, tarifa discriminatoria sobre los asuntos que determinara la Junta, mediante resolución 03 de septiembre de 1973 (anexo 6), para cobrar la estampilla en actos municipales.

Se ha suscitado una polémica entre autoridades administrativas y fiscales del orden departamental y municipal sobre la obligación de las entidades descentralizadas de Barranquilla de cobrar a los usuarios de los servicios públicos a cargo de las Empresas Públicas de Barranquilla y la Empresa de Teléfonos los valores señalados en el acuerdo 004 de febrero 16 de 1983 en los recibos de servicio mensual. En 1983 las Empresas Públicas Municipales y la Empresa Municipal de Teléfonos cobró $4.oo y $2.oo fijados para recaudos por la estampilla "Erradicación de Tugurios", en aplicación de la Resolución 003 de septiembre de 1973, dictada por la Junta. A partir de enero de 1984 las Empresas Públicas Municipales variaron el recibo de "Erradicación de Tugurios" por el de "Ciudadela Universitaria". Y los valores de $10.oo y $2.oo no se siguen cobrando hasta ahora.

Con fundamento en la anterior exposición se consulta:

a) ¿La Ley 77 de 1981 deroga o no la Ley 41 de 1966?

b) ¿La expresión "agotamiento de las existencias" debe entenderse como el momento límite de vigencia de la Ley? Dicho agotamiento comprende la terminación material de la estampilla emitida? El ponente doctor William Jaramillo Gómez, del proyecto que se convirtió en la Ley 77 de 1981, expresó en su ponencia para primer debate en el Senado lo siguiente:

"El proyecto de ley se apoya en la vigencia de la Ley 41 de 1966, o sea que su vida se extiende hasta el 1o. de mayo de 1966" (sic).

c) ¿Si no está claro que la Ley 77 de 1981 deroga la Ley 41 de 1966; y la ordenanza No. 1 de 1982, no hizo mención a esta última, podía o no el Concejo de Barranquilla remitir por acuerdo 04 de 1983 a los valores señalados en la Ley 41 de 1966, teniendo en cuenta que ésta no fijó valores?

d) ¿Estaban facultadas las Empresas Públicas Municipales y la Empresa Municipal de Teléfonos para recaudar valores por concepto de "Ciudadela Universitaria" aplicando la resolución 003 de 1973 cuya destinación específica está orientada a un fin diferente?

e) ¿Teniendo en cuenta que el espíritu de la Ley 77 de 1981 era unificar en una sola estampilla el cobro de dos tributos con fines diferentes y la Ley 77 lo amplió con destino a erradicación de tugurios, se requería un Decreto Reglamentario de la ley que fijara pautas para diferenciar el manejo de los recaudos y las funciones asignadas a la Junta "Erradicación de Tugurios" de las señaladas a la Junta Especial creada por la Ley 77 de 1981. O, las normas son lo suficientemente claras en este aspecto?.

f) ¿Puede concluirse, que el único soporte legal para el cobro de la estampilla "Ciudadela Universitaria del Atlántico" es el acuerdo 004 de 1983 que hace obligatoria la ordenanza 01 de 1982? Si ello es así, ¿las Empresas Públicas Municipales y la de Teléfonos están obligadas a entregar a la Junta de Ciudadela Universitaria, los dineros cobrados? O, ¿si no estando facultadas para hacer dichos cobros deben restituir a los usuarios los dineros recaudados?".

SE CONSIDERA:

1o. La Ley 41 de 1966 creó, en el Departamento del Atlántico, la estampilla denominada "Para erradicación de tugurios", pero al no señalar el organismo encargado de determinar los actos y documentos que quedarían gravados con la estampilla y el monto o tarifa de la misma en cada caso, fue necesario que el Gobierno Nacional expidiera el Decreto 483 de 1967, mediante el cual se facultó a la Asamblea Departamental del Atlántico y a los Concejos Municipales del mismo Departamento para que dictaran las normas respectivas.

2o. Con fundamento en las anteriores normas la Asamblea del Atlántico y el Concejo Municipal de Barranquilla dictaron, respectivamente, la Ordenanza 33 de 1966 y el acuerdo 008 bis de 1973; ambos actos autorizaron a la Junta Especial creada por normas anteriores, para que determinaran los actos, documentos y actividades departamentales y municipales (Barranquilla) que podían gravarse con dicha estampilla (erradicación de tugurios), fijar las tarifas discriminadas y las modalidades para su aplicación.

En cumplimiento de esas disposiciones, la Junta Administradora de la estampilla "Erradicación de Tugurios del Atlántico" expidió la Resolución No. 003 de 1973 mediante la cual se reguló todo lo concerniente a dicha estampilla.

3o. Posteriormente, se dictó la Ley 77 de 1981, por la cual se financió la construcción de la Ciudadela Universitaria del Atlántico, se dictaron normas en relación con la estampilla "Erradicación de Tugurios" y se dieron unas autorizaciones.

Concretamente esta ley cambió la denominación y la finalidad de la estampilla erradicación de tugurios. Se llamó "Ciudadela Universitaria del Atlántico" y su destinación, será la erradicación de tugurios y la construcción de la Ciudadela Universitaria en el Atlántico.

Dispuso también, que el Gobierno emitiría la estampilla en diferentes series para entregarla al Departamento del Atlántico y señaló que las estampillas anteriores debían utilizarse hasta el agotamiento de sus existencias.

Esta Ley 77 de 1981, autorizó a la Asamblea Departamental y a los Concejos Municipales del Atlántico para determinar el empleo, tarifa y demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la estampilla.

Creó una Junta Especial para que manejara los fondos recaudados por concepto de la estampilla y determinó que el producto de ella se destinaría el 80% para la construcción de la ciudadela universitaria y el 20% para la erradicación de tugurios a través del Instituto de Crédito Territorial tal como lo ordenaba la Ley 41 de 1966.

4o. Con base en la citada Ley 77 de 1981 la Asamblea Departamental del Atlántico expidió la Ordenanza número 1 de 1982 mediante la cual se determinó, discriminadamente, en qué actos y documentos se hace obligatorio el uso de la estampilla, lo mismo que las tarifas.

5o. A su turno el Concejo Municipal de Barranquilla profirió el Acuerdo número 004 de 1983 mediante el cual, y seguramente por ahorrar tiempo, determinó que la estampilla se haría obligatoria en los mismos términos que lo había ordenado la Ordenanza número 1 de 1982 o en su defecto en los valores señalados en la Ley 41 de 1966, que en realidad no fijó valores, sino que fue necesario expedir la Resolución 003 de 1973, a lo cual debe entenderse que se refirió este acuerdo.

SE RESPONDE:

1o. La Ley 77 de 1981 no derogó, pero sustituyó la Ley 41 de 1966, porque reunió en una sola estampilla los objetivos de erradicar tugurios y construir la Ciudadela Universitaria del Atlántico.

2o. La Ley 77 de 1981 dispuso que debían agotarse las estampillas ya emitidas, para la erradicación de tugurios, pero debe entenderse que desde la vigencia de dicha ley el producto de esa estampilla debía invertirse tanto en la erradicación de tugurios como en la construcción de la Ciudadela Universitaria del Atlántico. Y, es obvio, que mientras se emitía la nueva estampilla debía cobrarse la contribución a través de la que estaba en circulación, además por razones de economía, dada la inversión que ya se había realizado en la emisión de dicha estampilla.

La Ley 77 de 1981 no fijó término para la vigencia del cobro de la contribución por la estampilla Ciudadela Universitaria, de donde se deduce que deberá emitirse hasta el monto de mil quinientos millones de pesos, lo que significa que el plazo de treinta años de la emisión de la anterior estampilla, fue modificado, toda vez que para el legislador fue más importante la cantidad de dinero que debía recaudarse que el término dentro del cual se percibiera.

3o. Como se indicó la Ley 77 de 1981 no derogó, pero sustituyó la Ley 41 de 1966 y unificó en una sola estampilla el recaudo para las dos finalidades.

De manera que, el Acuerdo 04 de 1983 y la Ordenanza 01 de 1982, podían unificar de igual forma, todo lo concerniente a la nueva estampilla con lo que se había regulado para la anterior "de erradicación de tugurios", armonizándolo todo con las disposiciones de la Ley 77 de 1981 y, por este motivo, debe entenderse que cuando el Acuerdo 04 de 1983, expedido por el Concejo de Barranquilla, hace relación a los valores fijados por la Ley 41 de 1966, está refiriéndose a la reglamentación hecha por la Resolución 003 de 1973, que constituye la regulación de las tarifas y los actos gravados con la estampilla erradicación de tugurios, la cual debe adecuarse a la nueva estampilla.

4o. Como todo el proceso de integración de las dos estampillas se ha efectuado sobre la base de unas mismas pautas, como por ejemplo la autorización que la ley ha otorgado a la Asamblea Departamental del Atlántico y a los Concejos Municipales del mismo Departamento para determinar las tarifas y los actos gravados con las estampillas, es a esas corporaciones a las que les corresponde expedir los respectivos actos; de manera que si dispusieron aplicar la regulación anterior, no se ve por qué las empresas públicas municipales y de teléfonos, autorizadas por la Resolución 003 de 1973, no puedan recaudar el producto de la estampilla ciudadela universitaria, si ya quedó claro que la finalidad de la estampilla para la erradicación de tugurios se mantuvo por la Ley 77 de 1981 para la nueva estampilla.

5o. La Ley 77 de 1981 al crear la estampilla denominada "Ciudadela Universitaria del Atlántico" con las finalidades mencionadas, creó también la Junta Especial que debe manejar los fondos recaudados por concepto de dicha estampilla, fondos que serán destinados en un 80% para la construcción de la Ciudadela Universitaria y el 20% para la erradicación de tugurios.

De donde se deduce que el legislador quiso concentrar en una sola Junta la administración del producto de la estampilla, siendo su obligación entregar al Instituto de Crédito Territorial el porcentaje correspondiente de conformidad con el artículo 2° de la Ley 41 de 1966, destinado especialmente a la erradicación de tugurios en el Departamento del Atlántico.

Se observa que la norma es clara, y en lo relacionado con la finalidad de erradicación de tugurios siempre hace referencia a lo dispuesto en la Ley 41 de 1966 que se complementa con las disposiciones de la nueva ley.

6o. Como ya se indicó, la Ley 77 de 1981, facultó a la Asamblea Departamental y a los Municipios del Atlántico para regular todo lo concerniente al recaudo, tarifas y "demás asuntos inherentes al uso obligatorio de la estampilla "Ciudadela Universitaria del Atlántico", de manera que los actos que esas corporaciones expidieron desarrollan lo dispuesto por la citada ley y se convierten en soporte suficiente para que la contribución sea recaudada por las entidades señaladas en dichos actos, entre ellas, las empresas públicas municipales y de teléfonos de Barranquilla, organismos que deben entregar el producto recaudado a la Junta Especial para su administración.

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

*Jaime Paredes Tamayo,*Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

TRIBUNAL DE ETICA MEDICA/ FACULTAD DISCIPLINARIA.

Están sujetos al control y a los procedimientos disciplinarios de los Tribunales de Etica Médica todos los médicos que ejerzan la profesión en el territorio nacional. Todas las personas que hayan terminado estudios universitarios de medicina y obtenido el título correspondiente, deben sujetarse a las normas que regulan la ética médica, así no hayan obtenido la correspondiente tarjeta profesional que los autoriza para ejercer dicha profesión dentro del territorio colombiano.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá D.E., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Tribunal de ética médica ámbito de su competencia. Ley 23 de 1981, artículo 46. Radicación No. 362.

El doctor Eduardo Díaz Uribe en calidad de Ministro de Salud, eleva a la Sala una consulta en relación con los Tribunales de Etica Médica, la cual se transcribe textualmente a continuación:

CONSIDERACIONES PREVIAS

PRIMERA. Los Tribunales de Etica Médica fueron creados por la Ley 23 de 1981 "Por la cual se dictan normas de ética médica".

La citada ley en su artículo 63 dispone: "Créase el Tribunal Nacional de Etica Médica con sede en la capital de la república, con autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia".

El artículo 46 *ibídem* expresa: "Para ejercer la profesión de médico se requiere:

a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional.

b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud.

c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalan las disposiciones legales".

Así mismo la Ley 14 del 28 de abril de 1962. Por lo cual se dictan normas relativas al ejercicio de la medicina y cirugía establece:

Artículo Primero.- Para todos los efectos legales se entiende por ejercicio de la medicina y cirugía la aplicación de medios y reconocimientos para el examen, diagnóstico, prevención, tratamiento y curación de enfermedades, así mismo para la rehabilitación de las deficiencias o defectos, sean físicos, mentales o de otras que afecten a las personas o que se relacionen con su desarrollo y bienestar.

Artículo Segundo.- A partir de la vigencia de la presente ley sólo podrán ejercer la medicina y cirugía:

- Quienes hayan adquirido título de médico y cirujano expedido por alguna de las facultades o escuelas universitarias reconocidas por el Estado y que funcionen o hayan funcionado legalmente en el país.

- Los colombianos y los extranjeros que adquieran o hayan adquirido título de médico y cirujano en facultades o escuelas universitarias de países en los cuales Colombia tenga celebrados tratados o convenios sobre reciprocidad de títulos universitarios, en los términos de los respectivos tratados o convenios.

- Los colombianos graduados en el exterior con título de una facultad, o escuela universitaria de renombrada competencia, en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina. Cuando esta entidad conceptúa desfavorablemente respecto de la competencia de la facultad o escuela universitaria otorgante del título, el interesado deberá aprobar un curso de idoneidad reglamentado por el Gobierno.

- Los extranjeros en países en los cuales Colombia no tenga celebrados tratados sobre equivalencia de títulos universitarios que posean título de médico y cirujano adquirido en universidades de reconocida competencia en concepto de la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina y que hayan obtenido licencia del Gobierno mediante la superación de

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

un examen de idoneidad en una de las facultades de medicina del país, de acuerdo con reglamentación que dicte el mismo Gobierno.

- Los médicos que hayan adquirido legalmente licencia o permiso podrán continuar ejerciendo la medicina en las mismas condiciones establecidas en las respectivas licencias o permisos.

Estipula asimismo que la Ley 14 de 1962, artículo 3º como requisito esencial, que para que dichos títulos expedidos por las universidades o escuelas de que trata la presente ley tengan validez, el interesado deberá solicitar su refrendación ante las autoridades competentes, esto es, Ministerio de Educación Nacional y Salud respectivamente.

Por otra parte la Ley 50 del 27 de mayo de 1981, "por la cual se crea el Servicio Social Obligatorio en todo el territorio nacional", prevé dentro del cumplimiento del mencionado Servicio Social, la práctica del ejercicio profesional sin el lleno de los requisitos previstos en la Ley 23 de 1981 Artículo 46.

Con apoyo en el contenido de las disposiciones legales transcritas, este organismo ha considerado que el ámbito disciplinario de los tribunales de ética Médica inherente de su función propia otorgada por la Ley, hace relación con todos los médicos que de una u otra forma ejerzan su profesión en Colombia, se hallen registrados o no, bien sea que lo hagan en desarrollo de una actividad privada de carácter personal o individual, ya como dependientes de entidades médico asistenciales particulares o como empleados públicos, trabajadores oficiales o de la seguridad social, al servicio del Estado, o en cumplimiento del Servicio Social Obligatorio.

Como quiera que se ha considerado que los mencionados tribunales son competentes para avocar el conocimiento de los procesos disciplinarios ético profesionales, cuando el médico titulado por razón del simple ejercicio de la medicina, contraviene las normas ético médicas.

SE CONSULTA:

PRIMERA. ¿Cuál es el ámbito de competencia de los Tribunales de Etica Médica?

SEGUNDA. ¿Quiénes son sus destinatarios?

TERCERA. ¿Son sujetos o destinatarios de las normas de ética médica los profesionales en esta área de la Salud que sin cumplir con los requisitos contenidos en la Ley 23 de 1981, Artículo 46, la ejercen?

CUARTA. ¿Los Tribunales de Etica Médica son competentes para conocer de actos que riñen contra la ética médica realizados por personas que si bien han obtenido de una universidad legalmente autorizada, su título de mé-

dico, por otra parte no reúnen los requisitos contenidos en la Ley 23 de 1981 artículo 46?

LA SALA CONSIDERA:

1. Los Tribunales de Etica Médica son organismos creados por la Ley 23 de 1981, que tienen una naturaleza especial por cuanto cumplen una función pública, sin formar parte de la estructura de la Rama Ejecutiva, sin embargo, cuentan con la participación del Estado, a través del Ministerio de Salud, respecto de su presupuesto, de la designación de sus miembros y de la revisión de algunas de sus decisiones disciplinarias.

Su función principal es la de controlar que los profesionales que ejercen la medicina en el país lo hagan dentro de las disposiciones de la ética médica, "con autoridad para conocer de los procesos ético profesionales" cuando se presenten infracciones de las correspondientes disposiciones legales por razón del ejercicio de la medicina (artículo 63, Ley 23 de 1981).

2. El artículo 46 de la Ley 23 de 1981 prescribe que para "ejercer la profesión de médico se requiere:

a) Refrendar el título respectivo ante el Ministerio de Educación Nacional.

b) Registrar el título ante el Ministerio de Salud;

c) Cumplir con los demás requisitos que para los efectos señalen las disposiciones legales".

La anterior disposición debe armonizarse con lo prescrito por el artículo 2º de la Ley 50 de 1981 en cuanto crea la obligación de prestar el servicio social como "requisito indispensable y previo para obtener la refrendación" del correspondiente título profesional.

Las normas de la Ley 50 de 1981, que regulan lo relativo al servicio social obligatorio, sustituyeron aquellas que reglamentaban lo concerniente al denominado "año rural" que debían cumplir, entre otros profesionales, los médicos para obtener la licencia que les permitiera ejercer la profesión.

Este servicio social obligatorio debe ser prestado con posterioridad a la obtención del respectivo título profesional (artículo 2º Ley 50 de 1981), lo que implica haber cursado, aprobado y terminado estudios universitarios, que permiten calificar a la persona como profesional, pero que además, debe cumplir algunos otros requisitos para poder obtener la correspondiente tarjeta que lo habilite para practicar o ejercer la respectiva profesión.

En este orden de ideas, la Sala estima, que las personas que han culminado los estudios de medicina y obtenido el correspondiente título profesional y que están prestando el servicio social obligatorio, se deben considerar profesionales en ejercicio, sujetos al régimen de ética médica y, por lo mismo, al control que desarrollan los Tribunales de Etica Profesional respecto del ejercicio de la medicina en Colombia.

3. De otra parte, la Ley 23 de 1981, faculta a los Tribunales de Etica Médica para adelantar los procesos disciplinarios ético profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia.

Las normas de la mencionada ley no hacen ninguna distinción entre la calidad de médico inscrito y de mérito sin tarjeta profesional, lo que permite concluir que el estatuto de ética médica debe ser aplicado para todas las personas que han obtenido título profesional y que ejercen la medicina en Colombia, bien sea en forma particular o prestando sus servicios en una entidad pública o privada y también en el ejercicio del servicio social obligatorio.

De donde se deduce, que los Tribunales de Etica Médica deben aplicar a los médicos el régimen disciplinario tipo profesional previsto en los capítulos II y III de la Ley 23 de 1981, sin hacer ninguna distinción.

4. La mencionada Ley 23 de 1981, creó el Tribunal Nacional de Etica Médica, con sede en la capital de la República y jurisdicción en todo el territorio nacional para decidir en los procesos disciplinarios adelantados contra las faltas a la ética médica, en los cuales proceda aplicar la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años y resolver los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones proferidas por los Tribunales de Etica profesional (artículos 85 y 88, Ley 23 de 1981).

Según el artículo 84 *ibídem*, a los Tribunales Seccionales Etico Profesionales con sede en cada uno de los departamentos, intendencias o comisarías les corresponde aplicar las sanciones de amonestación privada, censura y suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por seis meses, en los procesos disciplinarios que adelanten por infracción del reglamento de ética médica.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala procede a responder a los interrogantes planteados en la consulta por el señor Ministro de Salud en su orden:

PRIMERA.- Los Tribunales de Etica Médica conocen, de acuerdo a su jurisdicción, de las faltas cometidas contra el Estatuto de Etica Médica consagrado en la Ley 23 de 1981. Como se indicó, al Tribunal Nacional de Etica Médica le corresponde aplicar exclusivamente la sanción de suspensión en el ejercicio de la medicina hasta por cinco años y resolver los recursos de apelación que se interpongan, de acuerdo a la ley, contra decisiones de los Tribunales Seccionales.

SEGUNDA.- Están sujetos al control y a los procedimientos disciplinarios de los Tribunales de Etica Médica todos los médicos que ejerzan la profesión en el territorio nacional.

TERCERA.- Todas las personas que hayan terminado estudios universitarios de medicina y obtenido el título correspondiente, deben sujetarse a las normas que regulan la ética médica, así no hayan obtenido la correspondiente tarjeta profesional que los autoriza para ejercer dicha profesión dentro del territorio colombiano.

CUARTA.- Los Tribunales de Etica Médica son competentes para conocer de los procesos disciplinarios que surjan con ocasión de infracciones a la ética médica, aún cuando el sujeto de la infracción sea un médico que ha obtenido su título profesional pero no ha cumplido con los requisitos previstos en el artículo 46, de la Ley 23 de 1981.

En los anteriores términos la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ABSUELVE la consulta formulada por el Ministro de Salud doctor Eduardo Díaz Uribe, en relación con los Tribunales de Etica Médica y su ámbito de competencia Ley 23 de 1981, artículo 46.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Salud.

Jaime Paredes Tamayo,Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Javier Henao Hidrón.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SECCION PRIMERA

POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites/ **SEGURO POR DAÑOS**

Si la finalística constitucional enmarcada en el Art. 120-3 de la Carta se traduce en la atribución presidencial de ejercicio de la potestad reglamentaria, los instrumentos de ejecución necesariamente han de gravitar sobre el propósito explícito, el contenido *"ratio materiae"* y su característica definidora, por lo que todo elemento heteróclito, fuera de orden o extraño a los lineamientos preanotados, lo contradice y vulnera, deviniendo en extralimitación *"contra legem"*; y ello cabalmente a juicio de la Sala acontece en el subanálisis, cuando a la específica télesis de normar un seguro por daños a las personas, con causas en accidente de tránsito, se introduce como objeto, un elemento ajeno y antitético como lo es el mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias.

SE SUSPENDE PROVISIONALMENTE el artículo 1º del Decreto Reglamentario No. 0104 de 1990 (enero 5) dictado por el presidente de la República, así como el artículo 2º ibídem, referido en la previsión segunda, en la fracción correspondiente, a la letra b) del numeral 1º, introducida como modificatoria del artículo 6º del Decreto 2544 de 1987.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., tres (3) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1420. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: UNION DE ASEGURADORES DE COLOMBIA "FASECOLDA".

En ejercicio de la acción pública de nulidad, la Unión de Aseguradores de Colombia "FASECOLDA", por conducto de mandatario judicial, ha impetrado la nulidad del Decreto Reglamentario 104 de enero 5 de 1990 dictado por el Presidente

de la República en ejercicio de la facultad conferida por el numeral 3º del artículo 120 del Código Político, ruego circunscrito al acápite del mandamiento primero que se destaca en el libelo, y del segundo, en la fracción correspondiente a la letra b) del numeral 1º introducida como modificatoria del artículo 6º del Decreto 2544 de 1987.

En el texto del escrito demandatorio se impetra la declaratoria de la suspensión provisional de las disposiciones enjuiciadas.

Para resolver, en relación con la admisión de la demanda instaurada y la medida precaucional solicitadas,

SE CONSIDERA:

Por lo que respecta a las disposiciones encausadas del ordenamiento reglamentario precitado, prescriben en su orden:

"Artículo 1. El artículo 4 del Decreto 2544 de 1987, quedará así:

"Artículo 4. El seguro sobre el cual versa este decreto, tiene por objeto cubrir la muerte, los daños corporales físicos causados a las personas y los gastos que se deban sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y funeraria, originados en accidentes producidos por vehículos automotores asegurados, así como también los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia de los establecimientos hospitalarios y clínicos, todo de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites indicados en este decreto y en la respectiva póliza de seguros.

"Quedan excluídos de esta cobertura los siniestros ocurridos fuera del territorio nacional o en competencias automovilísticas deportivas realizadas en vías que no sean de uso público".

El enjuiciamiento de la norma preinserta reduce a la parte que prescribe:

"... así como también los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia de los establecimientos hospitalarios y clínicos, todo de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites indicados en este decreto y en la respectiva póliza de seguros".

El segundo de los mandamientos acusados, dispone en su precepto:

"Artículo 2. El artículo 6º del Decreto 2544 de 1987 quedará así:

"Artículo 6º. En las condiciones generales de la póliza se incluirán las siguientes coberturas:

"a) ...

"b) Gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias, con una suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, por cada persona lesionada en el accidente de tránsito, cubierta por el seguro, que ingrese al establecimiento hospitalario o clínico por causa de las lesiones sufridas en el accidente. Esta suma será pagada por la compañía aseguradora directamente al establecimiento hospitalario o clínico dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que éste le presente la cuenta de cobro por dicho concepto. El establecimiento hospitalario o clínico abrirá, con las sumas recibidas por este concepto, una cuenta especial destinada únicamente al mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia. Esta cuenta será manejada siguiendo las orientaciones que el Ministerio de Salud le señale al establecimiento, y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Las compañías aseguradoras y los establecimientos hospitalarios y clínicos enviarán trimestralmente a la División de Control de Accidentes y Salud Ocupacional del Ministerio de Salud o la dependencia que haga sus veces, una comunicación escrita, en la cual se indiquen las sumas pagadas por este concepto y los demás datos que establezca la mencionada reglamentación".

Como preceptos de rango superior cuya tutela objetiva se invoca como premisa para la procedencia de la medida precautelar de la suspensión provisional, se citan por el libelista: Artículo 120-3 de la Constitución Nacional. Artículo 115 de la Ley 33 de 1986. Artículo 1045-1-2, 1054 y 1083 del C. de Co. Igualmente de ese ordenamiento legal los mandatos 1073, *in fine* 1088 y 1089. Canones 2, 43, 58, 78-1-13-14 de la Carta.

Fundamentalmente el padecimiento jurídico que, a juicio del nulidiscente se advierte en forma palmar, de las reglas jurídico positivas citadas, radica en el desbordamiento, en la extralimitación de la potestad reglamentaria prevista y consagrada en el numeral 3 del artículo 120 de la Norma Fundamental, atribución invocada en el ordenamiento decretal cuyas prescripciones se han enjuiciado. Así se deduce del párrafo sustentatorio que la Sección se permite, en lo pertinente, reproducir:

"*i) Violación de los artículos 120-3 de la C.N. y 115 de la Ley 33 de 1986.*

"El artículo 113 de la Ley 33 de 1986 estableció este amparo como "seguro por daños a las personas causados en accidente de tránsito", objeto de la ley que cotejado con el "mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia", objeto del Decreto reglamentario, muestra al primer golpe de vista, como negro sobre blanco, el desfase o exorbitancia del cotejo del reglamento acusado respecto del objeto de la ley reglamentada. En efecto, la Ley 33 versa sobre un seguro por daños a personas en accidentes de tránsito, en tanto que el Decreto 104 amplifica el propósito de la misma

a algo que ella no establece como es el mejoramiento de servicios de atención médica de urgencia. Una cosa es prever como riesgo de un seguro el daño que padezcan las personas en accidentes de tránsito, y otra muy distinta es el mejoramiento de los servicios indicados, sin discriminación o calificación de propósito en todos los percances o accidentes a que están sometidas las personas; un seguro por daños personales en accidentes de tránsito, es una proposición jurídica completa y específica, que, a la luz de la técnica del derecho, no permite estirar o ensanchar su contenido conceptual unívico, hasta abarcar la idea, completamente distinta, del mejoramiento de servicios de atención médica etc".

"..."

En armonía con lo prescrito por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989, son susceptibles de suspender en sus efectos, los actos administrativos en acción de nulidad para lo cual "basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud" (Numeral 2, artículo 31, Decreto 2304 de 1989).

Los esquemas disposicionales sometidos a confrontación delimitan como objeto de su contenido preceptual: "El seguro por daños a las personas causados por accidentes de tránsito ..." como se evidencia de los artículos 115 y 116 de la precitada Ley 33 de 1986 cuando el mandamiento decretal cuestionado es decir el 104 de 1990 en sus precisiones jurídico positivas 1 y 2 literal b) introducen como elemento de materia puntualizada y renglón de obligatoria cobertura "...los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y funeraria...", y comprendida en esta "... gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias, con una suma equivalente a cien veces (100) el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente...".

Resulta por modo que si la finalística constitucional enmarcada en el artículo 120-3 de la Constitución Nacional se traduce en la atribución presidencial de ejercicio de la potestad reglamentaria "... expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes...", los instrumentos de ejecución necesariamente han de gravitar sobre el propósito explícito, el contenido, *ratio materiae* y su característica definidora, por lo que todo elemento heteróclito, fuera de orden extraño a los lineamentos preanotados, lo contradice y vulnera deviniendo en extralimitación *contra legem*; y ello cabalmente a juicio de la sala acontece en el caso sub análisis, cuando a la específica télesis de normar un seguro por daños a las personas, con causa en accidente de tránsito, se introduce como objeto, un elemento ajeno y antitético como lo es el mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias. Extraño, por cuanto la especificidad de lo previsto en el artículo 115

de la Ley 33 de 1986 impide su inclusión secumdum legem; y antitético por cuanto los citados gastos de mejoramiento suponen, por imperativo lógico, una finalidad reluctante a la indemnización por el daño normado como núcleo del seguro ordenado por la ley.

En el mismo sentido de padecimiento a la Ley 33 de 1986 ha de atribuirse a lo reglado en el artículo 2º., letra b) del ordenamiento enjuiciado, al prescribir como comprendido dentro de la cobertura de la póliza, los gastos de mejoramiento, de los servicios de atención médica de urgencias, con una suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, por su relación causal consustancial y directa con lo previsto en el artículo 1º del estatuto reglamentario cuestionado.

En este orden de ideas, el cuestionamiento a las prescripciones del Decreto 0104 de enero de 1990, que en su prefacio se refiere a los artículos 4º, 6º y 11 del Decreto 2544 de 1987, en modo alguno despinta o excluye el quebranto al mandamiento legal de rango mayor, esto es a la Ley 33 de 1986, porque las reglas disposicionales modificadas por el premencionado Decreto 0104, consultaban con exactitud de ceñimiento, la prementada Ley, por lo que las variaciones modificatorias estatuidas, núcleo del ruego de la medida precautional devienen a fortiori, en forma palmar, en contradicción con la previsión legal invocada, determinando entonces la prosperidad de la suspensión provisional.

Desde otra óptica y por lo que respecta a los presupuestos de la demanda instaurada, ellos se satisfacen en el escrito respectivo, con la designación de las partes, concepto de vulneración de normas superiores; consignación de antecedentes como causa petendi de lo pretendido y el respectivo petitum.

En cuanto a la petición del apoderado de la parte actora sobre la consignación para gastos ordinarios del proceso, la sala observa que como se trata de un proceso de nulidad, que no demanda gastos, no se ordena dicho depósito, por no considerarlo necesario la Sala en este caso.

Por lo anterior el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

Primero.- ADMITESE La demanda de nulidad parcial instaurada por la Unión de Aseguradores Colombianos "FASECOLDA", en escrito del 28 de febrero de 1990, por conducto de patrocinador judicial, contra los artículos 1º y 2º en los acápites precisados en la parte motiva de esta providencia, del Decreto 104 de 1990, expedido por el señor Presidente de la República.

Para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

b) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Salud Pública.

c) Fíjese el negocio en lista por el término legal de cinco (5) días, para efectos de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 46 del Decreto 2304/89 (art. 207 C.C.A.)

d) Por Secretaría, ofíciese al Ministerio de Salud, para que, con destino al presente proceso, remita todos los antecedentes administrativos relacionados con la expedición de los actos demandados.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto por artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, **ORDENASE** la suspensión provisional del artículo 1º del Decreto Reglamentario 0104 de enero 5 de 1990, dictado por el señor Presidente de la República, en ejercicio del artículo 120-3 de la Constitución Nacional en la parte que reza:

> "... así como también los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia de los establecimientos hospitalarios y clínicos, todo de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites indicados en este Decreto y en la respectiva Póliza de Seguro...".

Tercero.- ORDENASE la suspensión provisional del Artículo 2º del Decreto 0104 de enero 5 de 1990, referido en la previsión segunda, en la fracción correspondiente a la letra b) del numeral primero; introducida como modificatoria del artículo 6º del Decreto 2544 de 1987.

Cuarto.- Tiénese al Dr. Jorge Vélez García como apoderado judicial de la UNION DE ASEGURADORES DE COLOMBIA "FASECOLDA", conforme y para los efectos del poder que le fue conferido por su presidente ejecutivo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la sala en reunión celebrada el día veintinueve de marzo de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; *Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL/ ORGANO DE DIVULGACION

El gobierno nacional esta facultado para autorizar, cuando haya justificación, que en los distintos sectores administrativos editen sendos boletines o gacetas en donde se divulguen los actos "del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo y de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a estos". De ninguna manera la ley faculta al gobierno para que autorice la publicación de boletines o gacetas a cada uno de los muchos organismos del orden nacional que integran la administración pública.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE la resolución ejecutiva No. 0263 de 1986, expedida por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., cinco (5) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1432. Actor: Mario Alario Méndez.

Por satisfacer prima facie los requisitos que de mera forma prescribe la ley, será admitida la anterior demanda.

SUSPENSION PROVISIONAL

En el mismo libelo de demanda, el actor solicita se decrete la suspensión provisional de la Resolución ejecutiva No. 263/86 que es de este tenor:

"RESOLUCION EJECUTIVA No. 0263 de 1986
(septiembre 10)

" Por la cual se modifica la Resolución Ejecutiva No. 201 de 24 de junio de 1986 y se confiere una autorización a la Superintendencia Bancaria.

"El presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 3º de la Ley 57 de 1985,

RESUELVE

"ARTICULO 1º.- Para los efectos del artículo 1º de la Ley 57 de 1985 autorízase a la Superintendencia Bancaria para que divulgue sus actos administrativos en una publicación independiente del 'Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público' autorizado mediante la Resolución Ejecutiva No. 201 de 24 de junio de 1986.

"La publicación que se autoriza mediante la presente Resolución se denominará 'Boletín de la Superintendencia Bancaria'.

"Los actos administrativos de la Superintendencia Bancaria producirán efectos jurídicos desde la fecha de publicación en el mencionado boletín.

"ARTICULO 2º.- El boletín de que trata esta Resolución se publicará por lo menos una vez al mes.

"ARTICULO 3º.- La presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación.

Esta Resolución aparece firmada por el Presidente de la República sus Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y fue publicada en la edición No. 37627 del Diario Oficial, pág. 2, del 11 de septiembre de 1986. (V. folio 1 vto.).

El actor solicita la suspensión provisional del acto acusado bajo la consideración de que este viola de modo flagrante y ostensible el artículo 3º de la Ley 57 de 1985, esto es, la misma disposición legal en la cual dice basarse el Presidente de la República para adoptar o emitir la resolución citada. Lo anterior porque, dice el actor "el Gobierno puede autorizar a los distintos *sectores administrativos* la edición de *sendos* boletines o gacetas, esto es, uno para cada cual, *un boletín o gaceta para cada uno de los sectores administrativos* (...); pero no permite el dicho artículo 3º autorizar a cada uno de los organismos integrantes de tales sectores la edición (sic) un boletín o gaceta para cada uno". Y siendo que solamente en el Boletín autorizado por el acto acusado es donde se pueden divulgar los actos administrativos de la Superintendencia Bancaria, resulta notoriamente violado el citado artículo 3º de la Ley 57/85. La autorización, repite el demandante, se da al sector, y "no a uno sólo de sus organismos para la publicación de sus actos". (Las subrayas son del memorialista). (V. fls. 18-19).

Para resolver se considera:

De conformidad con el artículo 152 del C.C.A., para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos, cuando se trata de acción de simple nulidad, basta que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida, y que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Al respecto, en relación con el primer requisito, como ya quedó expresado, el actor solicita y sustenta la petición de modo expreso en la demanda.

Respecto del segundo requisito, la Sala encuentra que efectivamente la resolución demandada contraría de manera manifiesta el artículo 3º de la Ley 57 de 1985.

En efecto, dice dicho artículo 3º:

"Cuando el volumen de publicaciones obligatorias así lo justifique, *el Gobierno Nacional podrá autorizar a los distintos sectores administrativos la edición de sendos Boletines o Gacetas en los que se divulguen los actos del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo y de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a éstos.*

"En el Diario Oficial continuarán publicándose los actos que lleven la firma o contengan la aprobación del Presidente de la República". (Subraya la Sala).

El texto anterior no exige mayores esfuerzos para su interpretación ya que su claridad y sencillez no dan pie para hacer interpretaciones diferentes a la que surge espontánea del mismo, en el sentido de que el Gobierno Nacional está facultado para autorizar, cuando haya justificación, que los distintos *sectores administrativos* editen *sendos boletines o gacetas* en donde se divulguen los actos "*del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo y de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a éstos*". De ninguna manera la ley faculta al Gobierno para que autorice la publicación de boletines o gacetas a cada uno de los muchos organismos del orden nacional que integran la administración publica. Y ello es así, no solamente porque lo ordena el art. 3º de la Ley 57 de 1985, sino porque seguramente motivaciones de diversa índole movieron al legislador para adoptar dicha disposición, como las relacionadas con la integración sectorial, la economía del gasto público que resultaría mayormente castigado con las erogaciones que implica la proliferación de boletines o gacetas, y especialmente la garantía de efectiva publicidad de los actos administrativos para que los ciudadanos tengan reales posibilidades de conocerlos, la cual se vería seriamente afectada si existieran múltiples órganos de divulgación.

Siendo obvia la extralimitación en que incurrió el Gobierno Nacional en el uso de la facultad que le entrega el art. 3º de la Ley 57 de 1985, al expedir el acto

acusado, prospera el pedimento de adopción de la medida cautelar que hace el demandante, por lo cual así se decidirá.

En consecuencia, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. Admitir la anterior demanda incoada en ejercicio de la acción pública.

2o. Tener al ciudadano Mario Alario Méndez como parte actora.

3o. Tener como parte demandada a la nación colombiana, representada en este caso por los Ministros de Gobierno, de Hacienda y Crédito Publico y por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

4o. Ordenar la fijación en lista por el término y para los efectos previstos en el art. 207-5 del C.C.A.

5o. Notificar personalmente esta providencia al Fiscal primero del Consejo de Estado.

6o. Igualmente notificar en forma personal este proveído a los Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

7o. Dentro del término de diez (10) días siguientes a aquel en que regrese a Secretaría este expediente, para cubrir los gastos ordinarios del proceso, depositará la cantidad de UN MIL PESOS ($ 1.000.oo) moneda corriente de conformidad con las previsiones del Decreto No. 2867 del 12 de diciembre de 1989.

8o. Solicitar los respectivos antecedentes administrativos a los Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, los que deberán ser remitidos dentro del término de diez (10) días a partir del recibo del oficio correspondiente.

9o. Suspender provisionalmente los efectos de la Resolución Ejecutiva No. 0263 del 10 de septiembre de 1986, expedida por el Gobierno Nacional.

10o. Prevenir al Gobierno Nacional y a los Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sobre la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo en relación con la reproducción en forma alguna de contenido idéntico, similar o equivalente al de la Resolución Ejecutiva 0263 de 1986, cuyos efectos quedan en suspenso provisoriamente, conforme al ordinal 9o. precedente.

11o. Comunicar esta decisión a la Presidencia de la República por conducto de la Secretaría Jurídica de la Presidencia y a los Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con remisión de la misma.

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 cinco de abril de mil novecientos noventa.

Pablo J. Cáceres Corrales, Ausente con excusa legal; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Funciones/ **GOBERNADOR** - Funciones

El haber puesto por ordenanza la imprenta del departamento bajo la organización, dirección y control del contralor, coloca a este funcionario al margen de lo ordenado por la Carta Política en el sentido de que su función es de vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y de ninguna manera puede ejercer facultades de coadministrador de éstos junto con el gobernador.

CONFIRMA LA NULIDAD de la ordenanza sin número de noviembre 29 de 1982, expedida por la Asamblea del departamento del Norte de Santander.

ACTO ADMINISTRATIVO - Eficacia/ **ORDENANZA DEPARTAMENTAL** - Publicación

La censura que se le hace al texto de la Ordenanza acompañada a la demanda en el sentido de que no aparece constancia de su publicación se responde que la falta de tal requisito no conduce a la nulidad del acto en sí mismo sino a su falta de eficacia frente a la colectividad mientras subsista tal situación.

Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Sala de Decisión.- Bogotá, D.E., cinco (5) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Simon Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 1218. Demandante: SAMUEL CARDENAS ALVAREZ.

Surtido el trámite de la segunda instancia, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor ELIAS JAIMES CASTILLO a título de "parte impugnante" contra la sentencia del 20 de abril de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dentro del proceso de nulidad contra la Ordenanza sin número de 29 de noviembre de 1982 expedida por la Asamblea del Departamento de Norte de Santander y por medio de la cual se accedió a decretar la nulidad de dicho acto.

EL ACTO ACUSADO

La Ordenanza antes mencionada y "por la cual se le da una nueva dirección y organización a la Imprenta Departamental" provee lo siguiente:

A partir de su vigencia la Contraloría del Departamento tendrá a su cargo "todo lo relacionado con la organización y funcionamiento de la Imprenta Departamental" y se le dan al Contralor del Departamento amplias facultades para "darle orientación y dirección indispensables para su correcto y total funcionamiento". Este establecerá su planta de personal, tanto administrativa como técnica, fijará funciones y asignaciones y "expedirá el presupuesto de rentas e ingresos de funcionamiento e inversiones de Imprenta". Esta realizará publicaciones de las dependencias del Gobierno Departamental, la Asamblea y la Contraloría y prioritariamente de las Ordenanzas del Departamento, e informe financiero del Contralor, los Anales de la Asamblea. La Gaceta Departamental y el Boletín Fiscal de la Contraloría. El señor Contralor del Departamento a petición del gobierno departamental podrá ordenar la impresión de libros, etc. que se emitan con fines culturales y la ejecución de trabajos particulares. El Contralor tiene facultades amplias para fijar las tarifas de los trabajos que elabore la Imprenta. Esta tendrá una Junta Asesora presidida por el Contralor o su delegado e integradas por dos (2) diputados de la Asamblea, dos (2) Jefes de Sección de la Contraloría y el Director y el Jefe de Talleres de la Imprenta, sin derecho a voto estos dos últimos.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Para decretar la nulidad del acto acusado el *a-quo* hizo las siguientes consideraciones:

> "PRIMERA: Los artículos 59 y 190 inciso 2º de la Constitución Nacional fijan claramente las funciones fiscales de la Contraloría General de la República, que son obviamente de vigilancia y fiscalización de la Administración Pública.
>
> SEGUNDA: Siguiendo el derrotero que fijan las disposiciones anteriormente invocadas, es lógico deducir que las funciones de las Contralorías Departamentales son igualmente de Vigilancia y Fiscalización de los organismos Departamentales. En el caso concreto de la Contraloría del departamento de

Norte de Santander ejerce las funciones de vigilancia y fiscalización a las entidades departamentales, teniendo únicamente como funciones administrativas las inherentes a su propia organización.

TERCERA: De lo anteriormente planteado es lógico concluir, de acuerdo con las pretensiones de la demanda y del proveído fiscal, que la Ordenanza sin No., puesta en entredicho vulnera abiertamente las normas constitucionales y legales invocadas por el demandante, en vista de que la Contraloría por su función fiscalizadora y de Control, mal puede desempeñar actividades administrativas y de manejo en la Imprenta Departamental, que es una dependencia de la Gobernación".

FUNDAMENTOS DE LA APELACION

El ciudadano ELIAS JAIMES CASTILLO en su propio nombre, con fundamento en el artículo 146 del C.C.A., como impugnador de la sentencia, argumenta el recurso de la carencia de publicación del acto acusado lo cual como omisión del demandante ha debido ocasionar la inadmisión de la demanda de conformidad con el artículo 139 del Código Contencioso Administrativo; como ello no tuvo ocurrencia por error del *a-quo* se imponía un fallo inhibitorio por no haberse llenado el requisito de demanda en forma.

Además, continúa el apelante, la falta de publicación de la Ordenanza y el trámite que se le dio a las objeciones dadas a ella por parte del Gobernador hace que no haya sido sancionado dicho acto y por lo mismo no pase de ser un simple proyecto, pues la normas aplicadas por el Presidente de la Asamblea (Ley 111/13) no procedían sino las que están contenidas en el Código de Régimen Político y Municipal.

Concluye el recurrente que, como no existe acto administrativo por no haber nacido a la vida jurídica, la jurisdicción carece de competencia para pronunciarse de fondo o mérito sobre la nulidad impetrada, de modo que debe revocarse la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander mediante la cual se declaró la nulidad de la Ordenanza acusada.

CONCEPTO DE LA FISCALIA

El Colaborador Fiscal considera que deben prosperar las pretensiones de la impugnación por ineptitud sustantiva de la demanda, que hace que no pueda haber un pronunciamiento de fondo sobre los cargos formulados al acto demandado, argumentando de la siguiente manera:

"... La Fiscalía considera que la fotocopia del acto acusado que se acompañó a la demanda, no reúne los requisitos señalados anteriormente, circunstancia que era suficiente para que el Tribunal se hubiera abstenido de admitir la

demanda, pero como ello no ocurrió así, lógico es que el proceso tenga que terminar en un fallo inhibitorio.

La fotocopia del acto acusado que se acompañó a la demanda carece de la constancia de publicación, no obstante de allí se dispuso este requisito; tampoco se dio ninguna clase de explicación tendiente a aclarar este punto. Sobre la materia de la publicación, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido constante y uniforme en el sentido de que no habiéndose publicado en acto demandado, a éste le falta un elemento fundamental para que sea viable la acción de nulidad del mismo, como lo pretende la demanda".

"Aparte de la deficiencia que se ha dejado planteada, respecto de la demanda, la Fiscalía también encuentra que la diligencia de autenticación de la Ordenanza cuestionada, no es precisamente la más acertada, ya que allí simplemente se dice que "Es fiel fotocopia tomada del documento que reposa en nuestro archivo", desconociéndose si ese ejemplar que reposa en el archivo es original, copia informal o se trata simplemente de una fotocopia sin autenticar (fl. 6 v)".

CONSIDERACIONES DE LA SALA
I

Como parte recurrente contra la Sentencia del Tribunal se hizo presente el señor ELIAS JAIMES CASTILLO, en su calidad de "parte impugnante", con fundamento en el artículo 146 del C.C.A.

Plantea él la inexistencia del acto demandado a cuyo efecto presenta las argumentaciones a que se ha hecho mención en párrafos precedentes bajo el título de "Fundamentos de apelación" que concluyen del siguiente modo: "... y si no es Ordenanza sino mero proyecto no existe acto administrativo y por ende carece de competencia la jurisdicción contenciosa administrativa para pronunciarse de mérito".

Sobre el particular observa la Sala:

Las partes intervinientes procesales en el contencioso de anulación -cual es el del presente caso- se vinculan al proceso en el estado en que se encuentra en el momento en que hacen su irrupción a él y su actuación como tal se limita a coadyuvar o impugnar las peticiones del acto demandado.

En el evento *sub-lite,* nota la Sala que las alegaciones del apelante se dirigen a proponer una excepción de inexistencia del acto, aunque así no se la denomine, materia ésta ajena a la presente litis en que se plantea el aspecto de la intromisión indebida de la Contraloría Departamental en actividades propias de la Administración del Departamento del Norte de Santander.

Además, la excepción en comento, que es de fondo, debió proponerse en las oportunidades señaladas en el artículo 164 del C.C.A., esto es, en la contes-tación de la demanda y dentro del término de fijación en lista. Más se repite el recurrente se vinculó al proceso en fecha muy posterior, vale decir, después de haberse pronunciado la sentencia de primera instancia.

En todo caso, el recurrente hace una serie de disquisiciones jurídicas en torno a la inexistencia de la Ordenanza acusada, que a su vez exigirían la comprobación de hechos que sirven de sustento a aquéllas sin que esto último haya ocurrido.

Del mismo modo se anota, que si le halla el impugnador los vicios que ha expresado en la Ordenanza cuestionada, él o cualquier persona tienen la vía expedita para ejercer separadamente la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C.C.A. para ver así de obtener su anulación. Mas lo que resulta contradictorio es que utilice la vía exceptiva para alegar tal inexistencia y de contera forzar una decisión inhibitoria que precisamente por ser tal deje sin juzgamiento ese acto. Es decir, que por esta última hipótesis se pretende cabalmente alcanzar un objetivo contrapuesto al que se conseguiría a través del ejercicio de la acción de nulidad.

II

Se referirá la Sala a la cuestión de fondo, planteada en la demanda, así:

a) Primeramente y en relación con la decisión inhibitoria, recomendada por el H. Fiscal Primero ante esta Corporación, considera ésta lo siguiente: la censura que se le hace al texto de la Ordenanza acompañada a la demanda en el sentido de que no aparece constancia de su publicación se responde que la falta de tal requisito -que no está demostrado- no conduce a la nulidad del acto en sí mismo sino a su falta de eficacia frente a la colectividad mientras subsista tal situación. Acerca de su glosa sobre la autenticidad del texto de la Ordenanza aportada a la demanda se observa que para la Sala es suficiente porque precisamente dicho funcionario y con su rúbrica afirma tal autenticación. En primer lugar porque precisamente proviene de un funcionario de la Asamblea, su Secretario, que por razón de sus funciones maneja esta clase de documentos y en segundo término porque el cotejo lo hizo consultando los archivos de la Asamblea, en donde debe reposar el mismo.

Más por sobre todo debe prevalecer la realidad de los hechos, cual es que la Ordenanza está en cabal ejecución porque lo en ella previsto se está cumpliendo en la vida de los hechos, esto es, que la Imprenta Departamental existe bajo la dirección y organización del Contralor Departamental. Esta afirmación la hace el actor y es la razón de ser del presente contencioso de anulación que persigue la desaparición de tal estado de cosas, inconstitucional a su juicio, sin que haya sido contradicha a lo largo del proceso, ni siquiera por la parte impugnadora interviniente. Frente entonces a la situación fáctica tal de ser una realidad viviente de la existencia y operancia de la Ordenanza acusada, habrá de aceptarse su plena vi-

gencia y por ello será menester entrar a estudiar los cargos de violaciones jurídicas que se le imputan. Seguidamente se acometerá este examen.

b) En cuanto hace el cargo de mérito formulado contra la Ordenanza de 29 de noviembre de 1982, concuerda la Sala con las consideraciones y conclusiones de la sentencia del Tribunal, pues el haber puesto aquélla la Imprenta del Departamento bajo la organización, dirección y control del Contralor coloca a este funcionario al margen de lo ordenado por la Carta Política en el sentido de que su función es de vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos (Artículos 59 y 192 de la C. Nos., 17 de la Ley 03 de 1986, 247 del Decreto 1222 de 1986, 1º del Decreto 2225 de 1971) y de ninguna manera puede ejercer facultades de coadministrador de éstos junto con el gobernador. A éste le corresponde como Agente del gobierno y Jefe de la administración seccional dirigir la acción administrativa en el ente territorial, esto es, reglamentar o ejecutar permanentemente la ley y para ello pondrá los medios necesarios para lograr en la práctica y en el quehacer diario de la comunidad los fines de bienestar de ella. Y todo ello dentro de la concepción política de descentralización administrativa que inspiró a los Constituyentes de 1886.

Es así entonces que, de acuerdo con los artículos 181, 194 y 195 de la C. Nac. corresponde al Gobernador, entre otras atribuciones las siguientes: presentar a las asambleas los proyectos de ordenanzas sobre planes y programas de desarrollo económico y social, los de obras públicas y presupuesto de rentas y gastos, cumplir y hacer que se cumplan en el departamento los decretos y ordenes del gobierno y las ordenanzas de las asambleas; coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del orden departamental; objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia los proyectos de ordenanzas y sancionar y promulgar las ordenanzas en la forma legal; revisar los actos de los Consejos Municipales y de los alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad; remitirlos al Tribunal Administrativo para que decida sobre su validez; requerir el auxilio de la fuerza armada debiendo el Jefe Militar obedecer sus instrucciones; crear y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales y señalarles sus funciones y emolumentos.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 19 de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Notifíquese, comuníquese, insértese en el órgano de publicidad de esta Corporación y cúmplase. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Pablo J. Cáceres Corrales*, Ausente con excusa legal, *Rodrigo Vieira Puerta*.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

gencia y por ello será menester entrar a estudiar los cargos de violaciones jurídicas que se le imputan. Seguidamente se acometerá este examen.

b) En cuanto hace el cargo de mérito formulado contra la Ordenanza de 29 de noviembre de 1982, concuerda la Sala con las consideraciones y conclusiones de la sentencia del Tribunal, pues el haber puesto aquélla la Imprenta del Departamento bajo la organización, dirección y control del Contralor coloca a este funcionario al margen de lo ordenado por la Carta Política en el sentido de que su función es de vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos (Artículos 59 y 192 de la C. Nos., 17 de la Ley 03 de 1986, 247 del Decreto 1222 de 1986, 1º del Decreto 2225 de 1971) y de ninguna manera puede ejercer facultades de coadministrador de éstos junto con el gobernador. A éste le corresponde como Agente del gobierno y Jefe de la administración seccional dirigir la acción administrativa en el ente territorial, esto es, reglamentar o ejecutar permanentemente la ley y para ello pondrá los medios necesarios para lograr en la práctica y en el quehacer diario de la comunidad los fines de bienestar de ella. Y todo ello dentro de la concepción política de descentralización administrativa que inspiró a los Constituyentes de 1886.

Es así entonces que, de acuerdo con los artículos 181, 194 y 195 de la C. Nac. corresponde al Gobernador, entre otras atribuciones las siguientes: presentar a las asambleas los proyectos de ordenanzas sobre planes y programas de desarrollo económico y social, los de obras públicas y presupuesto de rentas y gastos, cumplir y hacer que se cumplan en el departamento los decretos y ordenes del gobierno y las ordenanzas de las asambleas; coordinar las actividades y servicios de los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del orden departamental; objetar por motivos de inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia los proyectos de ordenanzas y sancionar y promulgar las ordenanzas en la forma legal; revisar los actos de los Consejos Municipales y de los alcaldes por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad; remitirlos al Tribunal Administrativo para que decida sobre su validez; requerir el auxilio de la fuerza armada debiendo el Jefe Militar obedecer sus instrucciones; crear y fusionar los empleos que demanden los servicios departamentales y señalarles sus funciones y emolumentos.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 19 de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989).

Notifíquese, comuníquese, insértese en el órgano de publicidad de esta Corporación y cúmplase. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Pablo J. Cáceres Corrales*, Ausente con excusa legal; *Rodrigo Vieira Puerta*.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO/ CONTROL JURISDICCIONAL/ CADUCIDAD

Materializado el silencio administrativo negativo, particularmente en cuanto dice relación al medio de impugnación formulado contra la resolución, obligaba al recurrente a ejercitar la acción de restablecimiento del derecho dentro del lapso de los cuatro meses reglados por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989 en materia de actos presuntos porque este tipo de decisiones fictas negativas fue sometido a la limitación de la medida caducante, de la cual hallábase exenta con anterioridad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. **Bogotá D.E., seis (6) de abril de mil novecientos noventa (1990).**

Referencia: Expediente No. 1430. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ.

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, consagrada por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con lo preceptuado por el mandato 15 del Decreto 2304 de 1989, el Sr. Eduardo Delgado Rodríguez, por conducto de mandatario judicial y en libelo de 13 de marzo de 1990, ha impenetrado la nulidad de:

"a) El oficio 2733 del 7 de septiembre de 1983, originario de la Policía de Control de Sustancias que producen adición física o psíquica de la Policía Nacional, por medio de la cual se informó al CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, sobre la presunta vinculación al tráfico de estupefacientes de la avioneta MARCA: PIPER; MODELO: PA-34200.T.; No. DE SERIE: 34-8070298; MATRICULA: HK-2582-P, como de propiedad del reconocido narcotraficante CARLOS ENRIQUE LEHDER RIVAS. (Folio 17).

"b) El acta del 7 de septiembre de 1983, de la reunión del CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES (Folios 19 a 23), en la cual se ordenó revocar el certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes, expedido de acuerdo con el Decreto 2203 de 1981 en favor del señor EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ, propietario de la avioneta de Matrícula HK-2582-P.

"c) La Resolución 001 de 1983 (sep.7) por medio de la cual el CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES fijó las políticas para el control de tráfico de estupefacientes, recomendando al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL, entre otras cosas, suspender el permiso de operaciones de las aeronaves, respecto de las cuales haya indicios de que están vinculadas con el tráfico de estupefacientes, así como del certificado de aeronavegabilidad según el caso. (Folios 24 y 25).

"d) El oficio DM-137 del 7 de septiembre de 1983 (folio 17), dirigido al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONAUTICA CIVIL, por el Señor MINISTRO DE JUSTICIA en su condición de Presidente del CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, por medio del cual le solicitó la suspensión indefinida de actividades de vuelo de la aeronave con matrícula HK-2582-P., y

"e) La Resolución 0055 proferida por el CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES con fecha 2 de Diciembre de 1986, por medio de la cual se ordenó la suspensión del Certificado de aeronavegabilidad de la avioneta de matrícula HK-2582-P., ordenando además que la citada avioneta deberá ser trasladada a la base militar que indique el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. (folios 26 y 27)."

En el caso sub-lite, y como premisa del agotamiento de la vía gubernativa se solicita la declaratoria del silencio negativo de la Administración por el no pronunciamiento del Consejo Nacional de Estupefacientes dentro del término legal sobre las peticiones formuladas por el poderdante señor Eduardo Delgado Rodríguez por conducto de representante judicial.

En su texto reza la petición de declaratoria de la decisión ficta negativa: "Que por el no pronunciamiento del Consejo Nacional de Estupefacientes -Ministerio de Justicia- dentro del término legal de las peticiones elevadas por mi poderdante por conducto de apoderado mediante los oficios presentados a la Sección de Correspondencia y Archivo del Ministerio de Justicia con fecha 16 de julio de 1986 y 12 de diciembre de 1986... y dirigidos al Consejo Nacional de Estupefacientes -Ministerio de Justicia-, encaminados a obtener el levantamiento de la suspensión indefinida de actividades de vuelo de la aeronave HK-2582 P y la revocatoria del certificado de carencia de informes por tráfico de estupefacientes respecto del propietario de la mencionada avioneta, señor Eduardo Delgado Rodríguez, así como de la Resolución No. 055 proferida por el Consejo Nacional de Estupefacientes con fecha 2 de Diciembre de 1986, y la

entrega correspondiente de la aeronave a su legítimo propietario, que constituye el Acto Administrativo-Ficto o Presunto Correspondiente, se ha operado el fenómeno jurídico del agotamiento de la vía gubernativa por Silencio Negativo de la Administración, que lo facultad para proceder a instaurar la presente acción contenciosa de plena jurisdicción, conforme a los artículos 40 y 63 del Código Contencioso Administrativo".

Para resolver en relación con las condiciones de admisibilidad de la demanda instaurada,

SE CONSIDERA:

Como se advierte en los oficios, actas y resoluciones enjuiciadas por el nulidiscente, el marco cronológico propio de su origen corresponde desde el día 7 de Septiembre de 1983, hasta el 2 de Diciembre de 1986, fecha en la cual se profiere la Resolución No. 055 por el Consejo Nacional de Estupefacientes y por cuyo efecto se ordena la suspensión del certificado de aeronavegabilidad de la avioneta reclamada, así como el traspaso de ese bien a la base militar que indique el Ministerio de Defensa Nacional.

En este orden de ideas y de conformidad con los artículos 40 y 63 del ordenamiento procesal administrativo 001 de 1984, la decisión ficta negativa sobre las situaciones administrativas ordenadas en los literales a), b), c) y d) del petitum y las que son identificadas en el tiempo como originadas el 7 de septiembre de 1983, fueron materia de impugnación y consecuente solicitud de levantamiento de la suspensión indefinida de actividades de vuelo de la aeronave HK-2582 P", así como del ruego de "revocar la revocatoria del certificado de carencia de informes de tráfico de estupefacientes respecto del seños Eduardo Delgado Rodríguez, titular legítimo del dominio de la aeronave HK-2582 P", en escrito de 16 de Julio de 1986, dirigido al Consejo Nacional de Estupefacientes, momento desde el cual habría de computarse el lapso de tres meses, reglado por el premencionado artículo para el surgimiento del silencio administrativo negativo sustancial configurado así a la vida jurídica el 16 de Octubre del precitado año, por la omisión de la Administración en proferir decisión sobre el particular formulado.

Con posterioridad, esto es, con fecha 2 de Diciembre de 1986, se expide por el Consejo Nacional de Estupefacientes la Resolución No. 055 que, con consideración al oficio 2733 de 7 de septiembre de 1983; oficio 137 de los mismos mes y año, culmina con la orden de suspensión del certificado de aeronavegabilidad correspondiente a la avioneta marca Piper de matrícula HK-2582 P, así como la medida del traslado de la aeronave a "... la base militar que indique el Ministerio de Defensa".

El acto administrativo precisado, fue objeto del recurso de reposición formulado por el apoderado del accionante, en memorial de Diciembre 12 del ya mencionado año de 1986, sin que hasta la fecha de la presentación de la demanda,

hubiese obrado decisión alguna por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes premisa sobre la cual entonces, se pretende la declaratoria del silencio administrativo negativo procesal, realmente configurado por la reticencia de la Administración en decidirlo.

Ahora bien: Por ministerio del artículo 156 del Decreto 001 de 1984, en su inciso 5 "La acción sobre actos presuntos que resuelvan un recurso podrán interponerse en cualquier tiempo", permisión que traduce la facultad del administrado para optar por esperar un pronunciamiento de la Administración, como que ella, no obstante la ocurrencia del silencio bien podía resolver mientras no se hubiese acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa, o proceder al ejercicio de la acción, toda vez que con ello satisfacía el condicionamiento previsto en el numeral 3 del artículo 135 de ese ordenamiento procesal, "lo que puede hacerse en cualquier tiempo" (artículo 136, inciso 5 ya citado).

Empero por disposición expresa del Decreto 2304 de 1989, el esquema normativo precitado, es decir, el artículo 136 del C.C.A. fue modificado por la disposición 23, al disponer que: "...Si se demanda un acto administrativo presunto el término de caducidad será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio administrativo".

Significa lo puntualizado que, materializado o configurado el silencio administrativo negativo, en el caso sub-análisis, por el no pronunciamiento del Consejo Nacional de Estupefacientes -Ministerio de Justicia-, particularmente en cuanto dice relación al medio de impugnación formulado contra la Resolución 0055 de 2 de diciembre de 1986, obligaba al recurrente, a ejercitar la acción de restablecimiento del derecho dentro del lapso de los cuatro meses reglados por el artículo 23 del Decreto 2304 en materia de actos presuntos, porque ese tipo de decisiones fictas negativas fue sometido a la limitación de la medida caducante, de la cual hallábase exenta con anterioridad, a partir del momento de iniciación del ámbito de validez temporal de la disposición que la consagra, esto es, del 7 de octubre de 1989. Incoada, por manera, la demanda en marzo 13 de 1990, como se advierte del sello de presentación del libelo, obrante a fls. 69 del expediente la respectiva acción se encuentra caducada por extralimitación del término legal de cuatro meses.

Y es de advertir que no es de aplicación el contenido del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual, *prima facie*, parecería favorecer una interpretación contraria, al disponer como criterio de hermenéutica que "...los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación", por cuanto si bien esas situaciones, como allí se preceptúa, quedan comprendidas dentro del marco temporal de su ocurrencia, en el caso *sub-lite* no es posible advertir o considerar un termino que hubo de empezar a correr, por implicar precisamente la hipótesis contraria de una facultad de accionar, ya se ha dicho, sin término.

Desde otra óptica, tampoco es procedente lo prevenido por el artículo primero del decreto 2823 de 1989, por cuyo efecto: "Lo dispuesto en los artículos 1 y 3 del

Decreto Ley 2304, sólo se aplicará a las peticiones presentadas a partir del 7 de octubre de 1989", y no es de aplicación, se repite, en razón a que la no procedencia del medio de impugnación alguno contra los actos presuntos es medida normada que no incide en la situación surgida en el caso sub judice, Impugnada que fuera con la interposición del recurso de reposición, sobre la cual hubo de cimentarse la configuración de la decisión ficta cuya declaración se solicita. Si ello no fuera bastante, la disposición en comento tiene visos de inconstitucionalidad, si se considera que rebasa, que desborda la potestad reglamentaria, por cuanto so pretexto de expedir normas para la cumplida ejecución de la ley, resulta en una injurídica prórroga de facultades.

Por lo anteriormente expuesto,

SE RESUELVE:

Por CADUCIDAD de la acción, INADMITESE la demanda presentada por el señor EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ, a través de apoderado judicial.

RECONOCESE como apoderado del demandante, al Dr. RAFAEL RODRIGUEZ MORENO, conforme y para los efectos del poder conferido.

Notifíquese.

Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO/ NOTIFICACION/ CADUCIDAD/ NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE-Improcedencia

No hubo en el *sub-lite* notificación en debida forma y por lo tanto la que se pretendió hacer permitiéndose las normas legales que ha de tener como no realizada. No se puede alegar la notificación por conducta concluyente porque ésta se configura cuando el administrador conviene en la decisión o se vale oportunamente de los recursos legales, ninguna de las cuales hipótesis se da en el presente caso. Debe entonces tenerse en cuenta como fecha de conocimiento de aquella, la de presentación de la demanda a falta de notificación válida anterior.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Bogotá, D.E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 1383. Demandante: Sociedad EMPRESAS DE TRANSPORTES SALONICA S.A.

La Sociedad Empresa de Transportes Salónica S.A., por conducto de apoderado presentó recurso de apelación contra el auto de 26 de octubre de 1989 y originario del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante el cual se inadmitió la demanda por caducidad de la acción de restablecimiento del derecho.

Se pasa a decidir este recurso.

EL AUTO ACUSADO

En el Decreto 016 de 15 de marzo de 1989 "por medio del cual se revoca una licencia de funcionamiento a la sociedad demandante y "demás disposiciones im-

partidas por razón de la norma", emitido por el señor Alcalde Municipal de Trujillo, Departamento del Valle del Cauca.

EL AUTO APELADO

La providencia recurrida dice en su parte pertinente:

"...

SE CONSIDERA:

Se solicita la nulidad del Decreto No. 016 del 15 de marzo de 1989 originario del señor Alcalde Municipal de Trujillo, Valle y en consecuente restablecimiento del presunto derecho que la parte actora estima conculcado.

El demandante acepta que el conocimiento del acto enjuiciado por parte de la sociedad actora se surtió el 17 de marzo de 1989 fecha en la cual el señor Alcalde Municipal le comunica que le esté enviando adjunto el acto antes descrito.

Es esta la fecha que tiene en cuenta la Corporación para establecer si la acción de restablecimiento del derecho incoada, se encuentra dentro de los términos de la ley.

Para ocurrir en demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, "debe presentarse la demanda respectiva, dentro de los cuatro meses contados" a partir del día de la publicación, comunicación o ejecución del acto.

Estos momentos son excluyentes; es decir que configurado uno, éste excluye a los demás. En el presente caso, a la actora se le comunicó la existencia de la medida administrativa, el 17 de marzo de 1989, así que la demanda debió ser instaurada máximo el día 17 de julio de 1989. Como así no sucedió pues la fecha de presentación es del 28 de septiembre del corriente año, se impone la inadmisión de la demanda".

EL RECURSO DE APELACION

La apelante manifiesta que no hubo notificación personal alguna del Decreto 016 del 15 de marzo de 1989, en los términos que recoge el párrafo siguiente:

"...

"...El Alcalde Municipal de Trujillo, Valle sí consideraba que el Decreto expedido por él y distinguido como ya se observó con el No. 016 de marzo 15 de 1989, que se trataba de una Resolución y no de un Decreto, debió

notificar ese acto administrativo a la Empresa de Transporte Salónica S.A. por conducto de su representante legal; pero seguramente no lo hizo así porque él como funcionario de categoría administrativa que es, debió saber que los Decretos no se notifican a ninguna persona natural o jurídica sino que se publican por bando y se publican en el correspondiente diario o periódico del respectivo municipio, etc. y por esta razón aunque el señor Alcalde Municipal de Trujillo Valle con oficio del 17 de marzo de 1989 le envió al señor Victor Manuel Mejía Almate, Gerente de Transporte Salónica S.A. una copia del susodicho Decreto 016 de 15 de marzo de 1989, no pudo mi poderdante interponer contra dicho Decreto o acto administrativo recurso de reposición y menos el de apelación porque como ya se dijo, los Decretos no se notifican sino las resoluciones.

CONSIDERACIONES:

Para el *a-quo* fue determinante al decidir sobre la no admisión de la demanda, la comunicación que obra a folio 21 del proceso, dirigida por el Alcalde Municipal al señor Gerente de la Sociedad "EMPRESA DE TRANSPORTES SALONICA S.A." del 17 de marzo de 1989 y a través de la cual ponía en conocimiento de este último el Decreto No. 016 de 1989.

Sobre lo anterior observa la Sala:

a) La actuación adelantada por el Alcalde de Trujillo y que concluyó con la expedición del Decreto 016 de 1989, demandado, por el cual -entre otras decisiones- revocó la licencia de funcionamiento de la Sociedad "EMPRESA DE TRANSPORTES SALONICA S.A." corresponde a los que el C.C.A. denomina "iniciada de oficio" y cuya forma de notificación a los interesados es la prevista en el Capítulo X del Título I del mismo (art. 35).

En este capítulo se previene que en tratándose de actos que no sean de carácter general -el de *sub-lite* es de índole particular- su notificación es personal y al efecto se "entregará copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión". Si no hay otro medio eficaz de informar al interesado "para hacer la notificación personal se le enviará por correo certificado una citación a la dirección que aquél haya anotado al intervenir por primera vez en la actuación o en la nueva que figure en comunicación hecha expresamente para tal propósito". (artículo 44).

A su vez el artículo 47 *ibídem* preceptúa que en el "texto de la notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trate, las autoridades antes quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo".

Remata el artículo 48 *ibídem* disponiendo que "sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecho la notificación ni producirá efectos legales la

decisión", con la salvedad de que "la parte interesada, dándose por suficientemente enterada convenga en ello o utilice en tiempo los recursos legales".

b) En el evento *sub-lite* no se cumplieron los requisitos antes señalados y por ello, contrariamente a lo decidido por el Tribunal a-quo, habrá de revocarse la providencia apelada.

En efecto:

1. No aparece constancia en el expediente, en primer lugar, que se hubiera agotado la posibilidad de notificar personalmente la Resolución cuestionada a la sociedad actora.

El Alcalde de Trujillo se limitó a enviarle a aquélla una comunicación, con inclusión del acto acusado, pero ello no ha de tenerse como notificación personal sino como una simple información de la expedición de ese acto por el Alcalde.

Y lo que todavía es más censurable, ni siquiera en esa comunicación se satisfacen las previsiones del antecitado artículo 47 relacionadas con la indicación de los recursos que cabían contra la Resolución, ante quién y en qué tiempo, lo cual como es obvio y a diferencia del sentido de la comunicación examinada, despierta la debida conciencia del administrado sobre que se está ante un acto administrativo que a su vez puede ser impugnado en los términos y condiciones comentadas".

Todo lo cual equivale a sostener que no hubo en el evento *sub-lite* notificación en debida forma y que por lo tanto la que se pretendió hacer pretermitiéndose las normas antes referidas se ha de tener como no realizada.

Tampoco se puede alegar que la sociedad se dio por enterada por conducta concluyente, porque según las voces del artículo 48 *in fine* del C.C.A. aquélla se configura cuando el administrado conviene en la decisión o se vale oportunamente de los recursos legales, ninguna de las cuales hipótesis se da en el caso *sub-exámine*. Y demostración de esto último es que la sociedad precisamente ha ocurrido ante esta jurisdicción para controvertir el Decreto del Alcalde, debiendo entonces sí tenerse en cuenta como fecha de conocimiento de aquélla la de presentación de la demanda a falta -se repite- de notificación válida anterior.

Las formas procesales de notificación en comento no son un capricho del Legislador, sino que por el contrario constituyen ellas garantías del debido proceso entronizado en la misma Carta Política (artículo 26) y que persiguen dar a conocer al gobernado, la existencia de actos de la Administración que lo afectan, para así vincularlo a la actuación de ella y darle la oportunidad de defenderse impugnando aquéllos, si fuere el caso.

Entonces dichas formas de notificación deben verse y entenderse como prerrogativas creadas a favor del súbdito y por lo tanto interpretarse celosamente a favor de éste, tratándose en todo caso de que se observen estrictamente por la

administración, so pena de no considerarse surtida la notificación, como ha sucedido ahora.

Habrá de revocarse entonces la providencia recurrida, por no hallarse caducada la presente acción.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

DECIDE:

PRIMERO. REVOCASE el acto de 26 de octubre de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO. En su lugar se dispone admitir la demanda presentada por la Sociedad "EMPRESA DE TRANSPORTES SALONICA S.A." contra el Decreto 016 del 15 de marzo de 1989 expedido por el Alcalde Municipal de Trujillo.

TERCERO. El mencionado Tribunal de su parte dispondrá lo pertinente para el cumplimiento de las exigencias del artículo 207 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase, insértese en el órgano de publicación del Consejo de Estado y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Nota de Relatoría: La providencia anterior fue corregida con el proveído publicado a continuación.

*Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.*Bogotá D.E., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa (1990)

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 1383. Demandante: EMPRESA DE TRANSPORTES SALONICA S.A.

Efectivamente y en atención a lo observado por la Secretaría en su informe anterior (fl. 206) halla la Sala que por omisión mecanográfica no se escribió el último renglón del último párrafo de la hoja No. 5 (fl. 202) del auto del 19 de abril de 1990 (fls. 198 a 205) que dice:

"impugnado en los términos y condiciones comentadas".

Así las cosas dicho último párrafo completo se leerá así:

"Y que todavía es más censurable, ni siquiera en esa comunicación se satisfacen las previsiones del antecitado artículo 47 relacionadas con la indicación de los recursos que cabían contra la Resolución, ante quién y en qué tiempo, lo cual como es obvio y a diferencia del sentido de la comunicación examinada, despierta la debida conciencia del administrado sobre que se está ante un acto administrativo que a su vez puede ser impugnado en los términos y condiciones comentadas".

Cópiese, notifíquese.

Se adiciona así la providencia recurrida, debiéndose entender entonces que la presente se integra a aquélla.

Se deja constancia que el presente proveído fue discutido y aprobado en sesión de 21 de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez,Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO PARTICULAR/ NOTIFICACION A TERCEROS

Los terceros no son la generalidad de los ciudadanos, por lo cual no toda persona que lea un aviso de publicidad puede recurrir los actos administrativos. Quien lo haga deberá acreditar un interés particular. Las notificaciones marcan, además, la fecha a partir de la cual se cuentan los términos para interponer los recursos o ejercer las acciones, términos que corren individualmente para cada interesado. El uso de los recursos de la vía gubernativa es individual y su examen depende de las circunstancias de cada interesado.

DECLARA LA NULIDAD del artículo 6º la Resolución No. 15051 de 1987, del Ministerio de Salud.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. 783. Actor: JORGE EDUARDO CHEMAS JARAMILLO. Decisión: Sentencia de única instancia.

I. LAS PARTES

El ciudadano JORGE EDUARDO CHEMAS JARAMILLO, en su propio nombre y en ejercicio de la ACCION DE NULIDAD, demandó a la Nación (Estado Colombiano) representada por el Ministerio de Salud Pública y pidió la nulidad de la Resolución No. 15051 del 22 de octubre de 1987, originaria de ese Ministerio, mediante la cual resolvió un recurso de reposición, revocó su Resolución No. 14571 del 15 de diciembre de 1987 y decidió aprobar los Acuerdos Nos. 08 y 09 del 18 de Septiembre de 1987, emanados de la Junta Directiva de la Fundación Hogares Juveniles Campesinos, por medio de los cuales se fija el Plan de Premios de la Rifa

Hogares Juveniles Campesinos, "Telebingo", de 1987 y el presupuesto de ingresos y gastos de esa rifa, respectivamente.

Al proceso quedó vinculada como parte interesada la FUNDACION HOGARES JUVENILES CAMPESINOS.

II. LA CUESTION CONTENCIOSA

A. *Los planteamientos del actor*

En su escrito el demandante impugna la legalidad del acto mencionado así:

1. *La acción y las pretensiones*

La demanda, como quedó dicho, se apoya en la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A. y contiene como pretensiones: 1a.- Se decrete la nulidad de la Resolución 15051 del 22 de octubre de 1987 del Ministerio de Salud Pública y 2a.- Se comunique la sentencia a ese Ministerio.

2. *Los hechos*

Además de describir la actuación administrativa, el demandante hace figurar como hechos relacionados con la argumentación acerca de la ilegalidad de la providencia atacada estos:

1o. La resolución revocada, es decir la 14571 ordenaba publicarla en su parte resolutiva para los efectos del artículo 46 del Código Contencioso.

2o. El representante legal de la FUNDACION HOGARES JUVENILES CAMPESINOS interpuso el recurso de reposición contra la antedicha resolución 14571 que fue resuelto favorablemente por la Administración sin esperar la publicación que disponía la misma resolución 14571.

Al corregir la demanda agrega como hecho el contenido de los artículos 2o. y 3o. de la resolución cuya nulidad pide y solicita como prueba una certificación de la Oficina del Diario Oficial sobre la publicación que ha mencionado.

3. *Los razonamientos sobre la violación*

Para sostener que la providencia demandada viola los artículos 2, 16 y 26 de la Constitución y los artículos 46, 48, 50, 51, 52, 53 y 83 del C.C.A., el demandante sostiene que el acto violó el régimen legal de la publicación de los actos administrativos en cuanto está relacionado con las condiciones formales de los recursos que integran la vía gubernativa. Sinembargo, no figuran en los escritos del actor explicaciones precisas que demuestren las transgresiones a la Constitución Política de Colombia.

El argumento es, básicamente, uno solo que, aunque contiene tres elementos de análisis, se estructura a partir de los efectos de la publicación en cuanto es una forma de notificar los actos administrativos particulares. Su esquema es el siguiente:

1o. La Resolución 15051 del 22 de octubre de 1987 dispuso en su artículo 6º que regía a partir de la fecha de su expedición. El actor encuentra que esa orden riñe con el artículo 48 del C.C.A. que condiciona la producción de los efectos legales de los actos administrativos a las publicaciones de que habla el artículo 46 de la misma obra. En el alegato de conclusiones el actor perfecciona la sustentación con la cita de la ley 57 de 1985 y del artículo 3º del C.C.A. disposiciones no había mencionado en el capítulo de la demanda sobre las normas violadas.

2o. La Resolución 14571 del 15 de octubre de 1987, que resultó revocada por la providencia cuya nulidad se pide, prescribió que su parte resolutiva debía publicarse para los efectos del artículo 46 del C.C.A. Esa publicación no ocurrió sino el 24 de noviembre de 1987, mientras tanto, y antes de esa fecha (el 16 de octubre), el representante legal de HOGARES JUVENILES CAMPESINOS fue notificado de dicha resolución e interpuso el recurso de reposición. Este recurso fue resuelto favorablemente por el acto del 22 de octubre de 1987 ahora demandado.

En el sentir del actor, el recurso del representante de HOGARES JUVENILES CAMPESINOS no reunía las exigencias legales porque se interpuso, según sus palabras: "extemporáneamente", antes de la publicación que la resolución 14571 ordenaba, con violación del artículo 51 del C.C.A. que permite formularlo dentro de los cinco días siguientes a la notificación personal, a la desfijación del edicto o a la publicación. Además el recurso fue desatado sin esperar el trámite de la misma publicación. Todo ello trae como consecuencia la ilegalidad de la resolución atacada jurisdiccionalmente.

3o. La Resolución 14571 de 1987, no era susceptible del recurso de reposición por cuanto era un acto "inexistente" al no cumplir con los requisitos de publicidad, de ahí que el Ministerio de Salud violó las formalidades del C.C.A. en lo atinente a la pertinencia de los recursos contra los actos administrativos.

El escrito de alegación final ratifica los anteriores criterios añade, tal como se indicó, otras normas que en su concepto resultan violadas por la providencia del Ministerio de Salud Pública.

En la demanda se pidió igualmente, la suspensión provisional del acto, solicitud que fué negada por la Sala Unitaria al no encontrar un quebrantamiento manifiesto del orden jurídico superior.

B. ***La actuación del demandado***

El Ministerio de Salud Pública, representante de la Nación colombiana, se notificó del auto admisorio de la demanda y designó a la abogada GLORIA RIVERO DE ALTAMAR, como apoderada judicial. Esta profesional no actuó en el proceso es decir no ejerció el mandato que le fue conferido ni cumplió con las obligaciones que él le imponía al tenor de lo dispuesto por el Decreto 196 de 1971. Tal hecho se trasladará al Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá y a la Procuraduría General de la Nación para que inicien las investigaciones pertinentes.

El Secretario General del Ministerio de Salud, por su parte, tampoco cumplió con la obligación de enviar al expediente los antecedentes del acto demandado, tal como lo determinó este Despacho en el auto admisorio y se pidió mediante Oficio No. 560 del 9 de agosto de 1988 de la Secretaría de esta Sección. esta es una conducta reprochable en un funcionario del Estado que juró cumplir con los deberes a su cargo y que además, está obligado, por la Constitución y por la ley a atender los dictámenes de los jueces colombianos. Aunque los documentos que conforman este expediente son suficientes para decidir, no esta exento de responsabilidad quien ocupaba la Secretaría General del Ministerio de Salud en agosto de 1988 por el desacato aquí relatado. La correcta y pronta administración de justicia depende en mucho de la diligencia con que los funcionarios del Estado atiendan los dictámenes judiciales. Copia de esta providencia se remitirá a la Procuraduría General de la Nación para lo de su cargo en este punto.

C. ***La actuación de la parte interesada***

El representante legal de la FUNDACION HOGARES JUVENILES CAMPESINOS se notificó del auto admisorio de la demanda, más no actuó en el proceso.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público sostuvo en su concepto que el acto demandado fue el producto plenamente válido de un recurso interpuesto oportunamente a partir de la notificación personal de la Resolución 14571 del 15 de octubre de 1987 al representante legal de la Fundación, interesada directa en ella, siendo, en consecuencia, innecesarios tanto el edicto como la publicación de la parte resolutiva de la providencia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En la oportunidad del fallo, la Sala hace las siguientes apreciaciones sobre los hechos y el régimen jurídico aplicable en el caso presente:

A. ***Los hechos sometidos al proceso***

Destaca la Sala como hechos que en el caso *sub-judice* fundamentan el derecho a aplicar, los siguientes:

1o. La Resolución 14571 del 15 de octubre de 1987, es un acto que improbó unos actos emanados de la Junta Directiva de una fundación de origen privado, que por el querer del legislador, está sometida a esa especie de tutela gubernamental. Los actos improbados inicialmente, a su vez, es decir los acuerdos 8 y 9 del 18 de septiembre de 1987 de la citada Junta Directiva, fijaban un plan de premios y unos presupuestos de ingresos y gastos de una Rifa a beneficio de la FUNDACION HOGARES JUVENILES CAMPESINOS realizada por medio de otra persona jurídica particular denominada PROBINCO LTDA. gracias a un contrato privado aprobado anteriormente por el Ministerio.

2o. Los acuerdos 8 y 9 de 1987 y por supuesto, las resoluciones 14571 y 15051 del 15 de octubre de 1987 parten de dos hechos producidos en el estricto campo privado: la estimación de las ventas de los cartones necesarios para que el público participe en la rifa y el contrato de adquisición de bienes muebles (electrodomésticos y muebles de alcoba) que la sociedad PROBINCO LTDA. suscribió con la firma ELECTROCALDAS LTDA. con el fin de destinarlos a los premios de la rifa.

Tales estimaciones de ventas y los precios de compra fueron considerados excesivos por la primera resolución (la 14571 de 1987) y correctos por la providencia demandada, al aceptar las explicaciones que en el memorial del recurso de reposición ofreció al Ministerio el representante legal de la Fundación.

3o. Es claro que en el asunto resultaba interesada la firma particular PROBINCO LTDA. que tenía el encargo contractual de realizar la rifa a beneficio de la Fundación puesto que al liquidar el negocio el valor de los premios cuenta en los presupuestos y en los beneficios o en las pérdidas recibidas.

4o. La resolución 15051 del 22 de octubre de 1987, dijo regir desde su expedición y ella fue la respuesta del Ministerio de Salud a un recurso interpuesto por el representante legal de la Fundación, presentado al día siguiente de la notificación personal de la primera providencia que había improbado los acuerdos mencionados.

Los hechos anteriores están demostrados por los mismos textos de las resoluciones 14571 y 150251 que en copias auténticas obran en el expediente. (Fls. 1 a 11 vlto.). De ellos se concluye que:

a) La resolución demandada en cuya virtud, al desatar un recurso, se aprueban unos presupuestos de ingresos y gastos y un plan de premios de una rifa administrada por la sociedad PROBINCO LTDA. a beneficio de la FUNDACION HOGARES JUVENILES CAMPESINOS, es un acto de contenido particular, ubicable en una relación privada, cuyos efectos alcanzan exclusivamente los derechos de las

personas aquí citadas y presumiblemente de PROBINCO LTDA. Esa resolución no afecta los derechos del publico que ha participado en la rifa ni entorpece el ejercicio de las libertades públicas.

b) La resolución demandada dispuso regir desde su expedición.

B. ***El derecho aplicable y su interpretación***

A una consideración se reduce el examen del régimen jurídico bajo el cual se ha de juzgar el asunto sometido a esta jurisdicción: Los efectos de las notificaciones de los actos administrativos de contenido particular y concreto.

1. ***De las notificaciones***

Es claro que al tenor de las normas del C.C.A. los actos de contenido particular que pongan fin a una actuación administrativa se deben notificar a los interesados. Estas personas pueden aparecer en varios de sus momentos: a) al promover la actuación, b) al intervenir en ella y, c) al resultar afectados en sus derechos por las decisiones contenidas en la providencia.

Esa notificacion, es un acto simbólico y solemne mediante el cual el Estado entera al particular de una determinación unilateral respaldada en la supremacía que le confiere la autoridad soberana que le distingue y le separa de los administrados. Sólo a partir de esa ceremonia de poder surtida, sin embargo, en un trámite secretarial, la providencia puede producir efectos. En el fondo se trata de una garantía y de la manera jurídica de hacer efectivos los derechos porque, desde ese momento el particular puede interponer los recursos y ejercer las acciones que la Constitución y la Ley consagran a su favor para restablecer el equilibrio perdido en tan desigual intercambio. Ningún querer o manifestación del gobernante puede variar semejante mecanismo de defensa de los derechos y libertades.

Pero las notificaciones son de varios tipos según se trate el interesado que debe enterarse del contenido de la providencia. Si el interesado ha promovido o participado de alguna manera en la actuación, es evidentemente conocido por la Administración y por lo tanto debe citarlo para que proceda a notificarse personalmente. Cuando en este caso el llamado oficial no es atendido, la providencia se notifica por edicto, trámite subsidiario que opera al cabo de cinco días del envío de la citación correspondiente (artículo 45 del C.C.A.). Esta clase de interesados están protegidos por la notificación personal que produce, entre otras cosas, la certeza de enterarlos de la providencia.

Si los interesados son terceros, es decir "que no hayan intervenido en la actuación" pero que resultan afectados de manera directa e inmediata, serán notificados con la publicación del acto en el Diario Oficial o en el medio autorizado legalmente en los términos del artículo 46 del C.C.A. Esta notificación no es un aviso al público en general sino a quienes, a juicio de las autoridades, quedan afectados de esa forma por las determinaciones oficiales. En realidad son personas

que por los documentos de la actuación resultan conocidos para las autoridades, pero que al no tener protagonismo alguno dentro de la actuación no se benefician de la certeza de la notificación personal. Además, ellos tuvieron la oportunidad de actuar, porque según el artículo 14 del C.C.A. "cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en las resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos". Si esa citación no se pudiere realizar se publicará la petición. Esto significa que los terceros quedaron advertidos de un trámite que puede afectarlos y que, en cumplimiento del principio del debido proceso *(due process of law)*, tienen la oportunidad de salir a la defensa de sus situaciones particulares y derechos individuales.

Los terceros tienen, tanto como los protagonistas de la actuación, el derecho a interponer los recursos de la vía gubernativa y a ejercer las acciones contenciosas que establece la ley. Ellos pueden alegar un interés expresado en el desconocimiento o en la reducción injusta e ilegal de sus derechos y situaciones jurídicas particulares. Ese interés es el que les confiere la legitimidad para formular sus recursos e incoar las acciones pertinentes.

Pero los terceros no son la generalidad de los ciudadanos, por lo cual no toda persona que lea un aviso de publicidad puede recurrir los actos administrativos. Quien lo haga deberá acreditar un interés particular. De lo contrario el recurso no tendrá éxito.

Ahora bien, las notificaciones marcan, además, la fecha a partir de la cual se cuentan los términos para interponer los recursos o ejercer las acciones. Como las diligencias se pueden realizar en fechas distintas los términos corren individualmente para cada uno de los interesados. Es obvio, pues, que las notificaciones sean independientes unas de otras. Más aún si no se realizan o no se surten para algunos de los interesados directos, quienes se han notificado mal o no se han notificado pueden, dándose por suficientemente enterados del contenido del acto, convenir en él o utilizar en tiempo los recursos legales (artículo 48 del C.C.A.). El uso de los recursos de la vía gubernativa es, pues, individual y su examen depende de las circunstancias de cada interesado. Lo contrario traería consecuencias graves para la seguridad de las relaciones jurídicas, puesto que a quienes les caduquen los términos podrían apoyarse en las notificaciones de otros para remediar su incuria.

Hechas estas advertencias, es de indicar que en el caso *sub-judice* el Ministerio de Salud Pública atendió un recurso de la vía gubernativa interpuesto en tiempo oportuno y sustentado en debida forma. No era necesario para interponer el recurso que la publicación del artículo 46 se hubiera realizado, porque si eso hubiera ocurrido, los términos para el representante de la Fundación se le habrían vencido y la Resolución 14571 estaría ejecutoriada.

Además, en esa actuación el único tercero interesado es, como se aprecia en los textos de las resoluciones que obran en el proceso, la firma PROBINCO LTDA.

No existe allí como con razón afirma el Señor Agente del Ministerio Público, otra persona directamente afectada en este asunto.

Finalmente, la falta de publicación o de notificación de un acto administrativo de contenido general o particular, no implica su inexistencia sino que, simplemente, no puede producir efectos. Las razones de invalidez que conducen a la nulidad se refieren a la realidad jurídica dada en la fecha del nacimiento del acto y no al trámite secretarial de la notificación personal, por edicto o mediante la publicación.

La inexistencia supone, por su parte, que el acto no nació a la vida jurídica, es decir, que tampoco se refiere a la notificación o a la publicación que ocurren cuando el acto ya existe. La declaratoria de inexistencia se apoya, igualmente, en las circunstancias jurídicas coetáneas con la disposición gubernamental que pretende ser acto administrativo pero que no alcanzó jamás ese estadio de vida jurídica. La Resolución 14571 de 1987, cuando fue recurrida había nacido a la vida jurídica, la ausencia de su publicación para el interés de los terceros no afectaba ni su validez ni su existencia.

2. ***De la vigencia del acto***

Tiene razón el actor al sostener que la orden del artículo 6º de la resolución es ilegal por cuanto los actos administrativos particulares rigen únicamente a partir de su notificación y no de la vigencia que el gobernante a su arbitrio le quiera otorgar. Pero el vicio se predica tan solo del artículo 6º más no el resto del acto demandado, porque se refiere a sus efectos que, a su vez están ligados a la correcta notificación del mismo, trámite que ya ocurrió de acuerdo a lo probado en el proceso.

Por las razones anteriores, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. Declárase la nulidad del artículo sexto (6º) de la Resolución No. 15051 del 22 de octubre de 1987, "por medio de la cual se resuelve un recurso", originaria del Ministerio de Salud.

2o. Niéganse las demás peticiones de la demanda en el presente juicio.

3o. La Secretaría de la Sección Primera enviará copias de este fallo a la Procuraduría General de la Nación y al Tribunal Superior de Bogotá, para que adelanten las investigaciones que sean procedentes de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de esta misma decisión.

Notifíquese, comuníquese y cópiese.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Pablo J. Cáceres Corrales*,Consejero de Estado; *Libardo Rodríguez Rodríguez*,Consejero de Estado; *Rodrigo Vieira Puerta*,Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO DE ADJUDICACION/ ADJUDICACION DE CONTRATOS/ ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES-Junta Directiva/ **SUSPENSION PROVISIONAL**-Improcedencia

La atribución otorgada para adjudicar contratos a las juntas directivas de las entidades descentralizadas del departamento de Antioquia no constituye una manifiesta infracción de las disposiciones citadas por el recurrente a que estaba sometida al momento de su expedición, y en consecuencia, no es procedente la suspensión provisional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. **Bogotá, D.E., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa (1990).**

Consejero Ponente: ***Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.***

Referencia: Expediente No. 1400. Actor: Alberto Montoya Montoya.

De plano decide la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa de la Corporación el recurso de *apelación* ***intentado por la parte demandante contra la providencia de fecha 28 de abril de 1989 dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual admitió la demanda y suspendió provisionalmente una parte del artículo 80 de la Ordenanza No. 96 de 12 de marzo de 1985 proferida por la Asamblea Departamental de Antioquia.***

El recurso apelatorio se dirige a que sea revocado el ordinal 4º de la providencia atacada, en cuanto suspende provisionalmente sólo una parte del artículo 80 del acto acusado, para que en su lugar se decrete la medida cautelar provisoria sobre la integridad de dicho artículo 80.

I. EL PROVEIDO APELADO

A folios 87 a 96 aparece la providencia del Tribunal de origen materia del recurso de apelación incoado por el actor, providencia que en síntesis expresa lo siguiente en cuanto a la medida cautelar impetrada respecto del acto acusado, esto es, el artículo 80 de la ordenanza 96 del 12 de marzo de 1985, expedida por la Duma Departamental de Antioquia:

Comienza el auto impugnado por transcribir el acto atacado, que es de este tenor literal:

> *"ARTICULO 80. Autoridad competente para adjudicar. Corresponde adjudicar el contrato al Consejo Departamental de Gobierno o al organismo que haga sus veces en la entidad descentralizada, con sujeción a las normas que regulan sus facultades. La adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido según el Decreto 2733 de 1959 o normas que lo sustituyan y se comunicará a los no favorecidos dentro de los cinco (5) días calendario siguientes.*
>
> *"Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa.*
>
> *"Si el proponente favorecido no firmare el contrato dentro del plazo que con tal fin se señale, la entidad contratante podrá optar entre abrir una nueva licitación o adjudicar, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes, al proponente calificado en segundo lugar; si éste tampoco firmare el contrato, podrá adjudicarse dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al proponente calificado en tercer lugar". (Ha subrayado el a-quo)*

Dice el *a-quo* que según la demanda, el acto atacado viola de modo ostensible los artículos 187-10 y 194-4º de la Constitución Política, al asignar el artículo 80 ordenanzal la función de adjudicar los contratos "a organismos colegiados, como lo son el Consejo Departamental de Gobierno de la Administración Central y a las Juntas Directivas en la Administración descentralizada desconociendo abierta y flagrantemente que la adjudicación y firma de los contratos corresponde, al Gobernador con autorización de la Asamblea Departamental y a los Gerentes", de conformidad con los artículos 89, 276 y 284 del Decreto 1222 de 1986 que asignan esta función al Gerente o Director de los establecimientos descentralizados del orden departamental. Que también el acto atacado viola los artículos 34 del Decreto 222 de 1983 y 5º de la Ley 19 de 1982, en cuanto señalan que la competencia para adjudicar un contrato corresponde al Jefe del organismo, previo concepto de la Junta de Licitaciones de Adjudicaciones o del Comité Técnico del mismo.

Según el auto impugnado, dos planteamientos hace el actor sobre el acto atacado: 1o. En lo relacionado con la competencia del Consejo de Gobierno, en vez del Gobernador, para adjudicar contratos en el sector central; y 2o. En lo relacionado con la atribución de la Junta o el Consejo Directivo de las entidades descentralizadas del orden departamental para adjudicar contratos.

Estas son dos competencias "bien diferentes, aunque del orden departamental ambas". Y continúa el *a-quo:* "Es ostensible y manifiesta la transgresión que presenta el asunto a que se refiere el primero" de los dos planteamientos "en cuanto a la competencia de los Consejos de Gobierno para decisiones en la administración departamental, la que está por constitución atribuida al Gobernador en su calidad de Jefe de la Administración Departamental", según lo dispone el artículo 181, que dice: "En cada uno de los departamentos habrá un Gobernador que será al mismo tiempo agente del gobierno y *jefe de la administración seccional...*" En el mismo sentido se expresa el artículo 89 del Decreto Ley 1222 de 1986: "En cada uno de los departamentos habrá un gobernador, que será al mismo tiempo agente del gobierno y *jefe de la administración seccional...*" (Destaca el Tribunal de origen).

Seguidamente transcribe el ordinal 2º del artículo 194 de la Constitución Política y apunta:"Ha sido reiterada y de acuerdo con las normas vistas la decisión del Tribunal, en cuanto ha dicho que las corporaciones aseoras, entre las cuales puede contarse el Consejo de Gobierno Departamental, no cumplen funciones decisorias dentro de la administración central, a nivel departamental para este caso. De lo expuesto se deduce que procede la SUSPENSIÓN PROVISIONAL de la expresión: '...al Consejo Departamental de Gobierno o...', del artículo acusado".

"No sucede lo mismo con lo planteado bajo el numeral segundo, en cuanto a la junta de las entidades descentralizadas. Y esto por cuanto según lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 1050 de 1968, para el caso la dirección de los establecimientos públicos "está a cargo de una junta o consejo directivo y de un gerente, director o presidente", a lo que señala que "la junta o consejo directivo es un órgano colegiado y deliberante cuyas funciones están atribuidas en el acto creador o en sus estatutos". A más, de este análisis, debe el Tribunal hacer otro tanto en cuanto atañe a las sociedades de economía mixta y a las empresas industriales y comerciales del Estado a las que también se refiere el artículo 80 demandado y con las que se integra el grupo de las llamadas entidades descentralizadas o sector descentralizado, que se opone al sector central cuyo representante es el Gobernador para el caso del Departamento, finalmente deducir si pueden o no, éstas juntas adjudicar contratos. Los anteriores raciocinios no son sencillos, simples ni se perciben o deducen de la simple confrontación o cotejo del acto que se dice infractor frente a la totalidad de las normas que se citan como transgredidas se trata (sic) de una operación que debe realizar el juez, de acuerdo con el análisis crítico de todos los medios de convicción que obren en el proceso al momento de proferir el fallo. No prospera en consecuencia, la medida provisoria invocada en este aspecto".

El proveído acusado en apelación, suspende provisionalmente, pues la expresión "... al Consejo Departamental de Gobierno o..." del artículo 80 del Código Fiscal de Antioquia.

II. RAZONES DEL APELANTE

A fls. 97 a 102 aparece el escrito del actor en donde sustenta su recurso apelatorio para que se "revoque la decisión del H. Tribunal Administrativo de Antioquia y en su defecto se decrete la suspensión provisional de la norma solicitada" (sic), que puede resumirse así:

Comienza el apelante transcribiendo el auto que impugna, tanto en la parte que acoge la suspensión provisional, como en la atinente a la negativa de la medida cautelar. Respecto de esta última, de la cual disiente, expresa que de conformidad con el artículo 34 del Decreto Ley 222 de 1983, la función de adjudicar los contratos por los jefes de los respectivos organismos (...) es aplicable a las entidades descentralizadas de los Departamentos por expresa disposición de extensión de competencia señalada en el artículo 212 del Decreto Ley 1222-86", lo mismo que de acuerdo con "el inciso final del artículo 1º del Decreto 222-83". Todo lo cual indica que "por lógica jurídica, la función de adjudicar los contratos de estas entidades (descentralizadas) corresponde a su Gerente, Director o Presidente y no a un organismo colegiado de carácter asesor como la Junta Directiva de los citados establecimientos públicos". Dice también que igual violación se presenta en forma directa con el artículo 251 del Decreto Ley 222 de 1983, que transcribe en forma destacada el recurrente.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como del escrito sustentatorio del recurso de apelación incoado se deduce que el apelante ataca el proveído recurrido tan solo por no haber decretado éste la suspensión provisional de todo el artículo 80 acusado, más no haber decretado la medida cautelar sobre la parte suspendida provisoriamente, esto es, sobre la parte "...al Consejo Departamental de Gobierno o...", la Sala se referirá únicamente al segundo planteamiento que el actor hace en su libelo conforme lo expone el auto apelado y que se deja resumido en el acápite "El Proveído Apelado" de la presente providencia, es decir, en lo atinente a la atribución de la junta o consejo directivo de entidades descentralizadas del orden departamental para adjudicar contratos (Véase fl. 91).

Para decretar la extraordinaria medida de la suspensión provisional de un acto administrativo han de satifacerse los sencillos pero ineludibles requisitos que exige el artículo 152 del C.C.A. frente a una acción popular anulatoria, como la ejercida en este caso, esto es, que la medida se solicite y sustente de modo expreso y que la transgresión de normas superiores por parte del acto administrativo acusado resulte ostensible y manifiesta, que brote a primera vista ante la simple comparación que se haga entre el acto acusado y las disposiciones de rango superior presuntamente violadas, sin que sea menester hacer mayores disquisiciones o deducciones de tipo interpretativo, lo cual es propio del pronunciamiento de fondo que se haga en el fallo y no de una providencia como la admisoria de la demanda, cuando aún no existe debate procesal alguno.

Al respecto, es evidente que la medida fue solicitada y sustentada expresamente, como aparece en el acápite especial de la demanda que obra a folios 83 a 86.

En relación con las normas presuntamente violadas de manera manifiesta por el acto acusado, en su solicitud de suspensión el actor indica como tales las siguientes, con su respectiva sustentación: los artículos 187-10 y 194-4 de la Constitución Política; artículos 89, 276 y 284 del Decreto Ley 1222 de 1986; y artículo 34 del Decreto Ley 222 de 1983 (Estatuto Contractual de la Administración), en concordancia con el artículo 1º del mismo Decreto, con los artículos 211, 212 y 309 del Decreto Ley 1222 de 1986 y 5º de la Ley 19 de 1982.

Respecto de la parte propiamente controvertida, es decir, la referente a la no suspensión provisional de la atribución otorgada por el artículo 80 de la Ordenanza 96 de 1985 a las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas del Departamento de Antioquia para adjudicar contratos, el apelante sustenta su recurso específicamente en las siguientes normas: artículo 34 del Decreto Ley 222 de 1983, en concordancia con el art. 212 del Decreto Ley 1222 de 1986 y con el art. 1º del Decreto Ley 222 de 1983; y art. 251 del Decreto Ley 222 de 1983. De las anteriores normas, la Sala observa que el artículo 251 del Decreto Ley 222 de 1983 no fue citado por el actor ni en la demanda ni en la solicitud de suspensión provisional. Lo anterior quiere decir que, en relación con esta norma, el apelante está sustentando su recurso ante el *ad-quem* en una disposición que jamás propuso al *a-quo,* lo cual es improcedente y, por lo tanto, la posible violación de esta norma no será analizada por la Sala.

De otra parte, tampoco considera la Sala que sea procedente el análisis de la posible violación del artículo 212 del Decreto Ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), porque a pesar de haber sido citado por el autor desde la demanda y la solicitud de suspensión provisional, se trata de una norma posterior a la disposición demandada y cuya suspensión provisional se solicita (ar-tículo 8º de la Ordenanza 96 de 1985). En tal circunstancia, si la norma acusada es contraria a la que se pretende violada, no será el fenómeno de la ilegalidad el que pueda predicarse de la primera sino la derogatoria táctica en los términos del principio general contenido en el artículo 71 del Código Civil, fenómeno este último que no es el objeto del presente debate.

De acuerdo con lo anterior, la única norma que queda de la sustentación del recurso para el análisis de su presunta violación manifiesta por parte de la disposición acusada en el aspecto cuya suspensión provisional está en discusión, es el artículo 34 del Decreto Ley 222 de 1983, en concordancia con el artículo 1º del mismo estatuto.

A este respecto, el recurrente considera que la norma acusada en cuanto otorga a las juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas del Departamento de Antioquia la atribución para adjudicar contratos es manifiestamente violatoria del citado art. 34 del Decreto Ley 222 de 1983, debido a que este último establece que "corresponde adjudicar el contrato al jefe del organismo". Agrega el recurrente

que si bien esta norma hace parte del estatuto de contratación administrativa nacional, también es aplicable a las entidades departamentales en virtud del inciso final del artículo 1º del mismo estatuto.

No obstante lo anterior, la Sala considera que no le asiste razón al recurrente y que, por el contrario, estuvo correctamente negada la suspensión provisional en la parte discutida, por las siguientes razones:

1a. De conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto Ley 1050 de 1968, y en normas concordantes, la dirección de las entidades descentralizadas está a cargo de una Junta o Consejo Directivo y de un gerente, director o presidente, por lo cual no es evidente que "el jefe del organismo" a que se refiere el artículo 34 del Decreto Ley 222 de 1983 sea exclusivamente el gerente, director o presidente y no la junta o el consejo directivo, organismos estos últimos que no son simplemente asesores como lo expresa el actor en su escrito de sustentación del recurso.

2a. Si bien es cierto que en virtud del último inciso del art. 1º del Decreto Ley 222 de 1983, las normas de dicho estatuto se aplican en los departamentos en lo referente a tipos de contratos, su clasificación, efectos, etc., no es evidente que el artículo 34 del mismo, que trata la adjudicación, sea una norma sobre efectos de los contratos como lo pretende el actor. Por el contrario, más evidente podría parecer que esa norma haga parte de las qué el artículo 5º de la Ley 19 de 1982, entrega a la competencia de los departamentos y municipios al manifestar que en desarrollo de su autonomía, "sus normas fiscales podrán disponer sobre formación y adjudicación de los contratos que celebren..." (subraya la Sala).

3a. Por lo mismo, la atribución otorgada por la norma acusada a las juntas directivas de las entidades descentralizadas del Departamento de Antioquia no constituye una manifiesta infracción de las disposiciones citadas por el recurrente a que estaba sometida en el momento de su expedición y, en consecuencia, no es procedente su suspensión provisional y las acusaciones deberán ser objeto del análisis más detallado que deberá hacerse para el fallo.

Por las razones anotadas, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

RESUELVE:

1o. Confirmar la providencia de 28 de abril de 1989 del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Primera, objeto de apelación.

2o. En firme este proveído y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiseis de abril de mil novecientos noventa.

Los consejeros,

Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL-Creación/ **CONCEJO MUNICIPAL**-Facultades

El acto cuestionado no reúne los requisitos exigidos por el Código de Régimen Municipal en materia de contralorías municipales.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo No. 001 de 1988 (agosto 17) del Concejo Municipal de San Marcos (Sucre).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Bogotá. D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 1427. Actor: LUIS JOSE GONZALEZ ANAYA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Alcalde del Municipio de San Marcos (Departamento de Sucre) mediante procurador judicial, contra el auto de 1o. de noviembre de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo de Sucre que tras admitir la demanda decretó la suspensión provisional del acto acusado.

Este lo es el Acuerdo No. 001 de 17 de agosto de 1988 emanado del Concejo Municipal de San Marcos y por el cual se crea y organiza la Contraloría Municipal de esa localidad.

El recurso va dirigido a obtener la revocación de la suspensión provisional.

EL AUTO APELADO

Accedió a la medida precautoria de suspensión provisional del Acuerdo acusado y para ello se valió de la siguiente motivación:

"En la demanda que antecede, la cual llena los requisitos legales, se pide y sustenta la Suspensión Provisional del Acuerdo No. 001 del 17 de agosto de 1988, emanada del H. Concejo Municipal de San Marcos, por medio del cual se crea la Contraloría Municipal en dicho municipio por ser violatorio prima facie del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 ya que después de hechas las deducciones ordenadas por la ley, el Presupuesto queda reducido a la suma de $22'199.100.oo.

"Para la Sala es claro que la inconformidad entre el acto acusado y la norma legal, es manifiesta, ya que el Presupuesto total, aforado en la suma de $127'795.439.oo, Hay que descontar, por mandato de la norma citada, el valor de los recursos del crédito y las transferencias que se reciban de la Nación y del Departamento, que en este caso suman $105'596.399.oo los cuales al restarse del Presupuesto total, lo dejan reducido a la cantidad de $22'199.100.oo, suma esta que es inferior con mucho, a los $50'000.000.oo fijados en el artículo 305 del decreto 1333 de 1986, aun sin hacerle los incrementos anuales y acumulativos, acordes con el aumento del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, lo cual puede apreciarse sin ningún esfuerzo, por lo que es procedente la suspensión Provisional solicitada, y en consecuencia se accederá a decretarla".

EL RECURSO DE APELACION

Sostiene en síntesis la Alcaldía en pro de la infirmación del auto objeto de la presente alzada en punto a la suspensión provisional decretada por él:

1. La copia del acto cuestionado no es de las contempladas en los incisos 2º y 3º del artículo 139 del C.C.A. "ni el actor dio cumplimiento a lo preceptuado en el inciso 4º" *ibídem.*

Dicha copia aparece autenticada por la Secretaría del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos, más los secretarios no están facultados por disposición alguna para autenticar documentos. Son los notarios y los jueces quienes tienen atribuciones para autenticar documentos a términos de los artículos 74 del Decreto 960 de 1970 y 253 del C. de P.C.

Tampoco la copia de dicho Acuerdo se compulsó en la inspección judicial practicada por el Juez Promiscuo del Circuito de San Marcos.

2. Del mismo modo la copia del Acuerdo 001 de 20 de noviembre de 1987, sobre presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia fiscal de 1988 del Municipio de San Marcos no reúne los requisitos del artículo 75 del Decreto 960 de 1970 sobre autenticaciones ante Notario, ni se acomoda a las prescripciones del artículo 15 de la Ley 57 de 1985.

ESCRITO DE OPOSICION DEL ACTOR

Se opone al recurso de apelación y al efecto expresa la siguiente argumentación:

a) En el Departamento de Sucre se viene dando el fenómeno de la creación de Contralorías Municipales en la gran mayoría de sus municipios con objetivos netamente políticos, a sabiendas de que con excepción de su capital, Sincelejo y del Municipio de Corozal, ningún otro municipio del Departamento reúne los requisitos exigidos por el artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 50 de la Ley 11 de 1986.

b) No obstante haber pronunciamiento del H. Consejo de Estado de la Sección Primera sobre no cumplimiento de requisitos de contralorías municipales de dicho Departamento "han vuelto a reproducir los actos mediante los cuales se crean las contralorías". Tal es el caso del Municipio de San Marcos.

c) El apelante no entra a refutar la cuestión de fondo relacionada con el planteamiento de nulidad del acto acusado.

d) "Olvida el apelante que el acto administrativo cuya nulidad se invoca aparece plenamente identificado como también los tres debates reglamentarios que se le dio y la correspondiente sanción y publicación, en la Inspección Judicial practicada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos (Sucre) llevada a cabo el día 12 de septiembre de 1989, en las instalaciones o archivos del H. Concejo Municipal. Es esa la diligencia que se tiene como base para solicitar la nulidad del Acuerdo 001 de agosto 17 de 1988.

"Las fotocopias a que hace alusión el demandado se aportaron a manera de información y para dar más claridad a todo lo que se corroboró en la Inspección Judicial que entre otras cosas, hubo necesidad de solicitarla por la negativa de la Secretaria del Consejo a expedir la copia o fotocopia del mencionado Acuerdo, (sic) con lo cual se logró demorar más la presentación de la demanda respectiva".

e) El presente recurso tiene como único objetivo dilatar la medida de suspensión provisional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Estima ésta que la providencia recurrida y en el aspecto relacionado con la suspensión provisional del acto acusado debe confirmarse, por las siguientes razones:

a) No existe la menor duda para la Sala de la existencia y autenticidad del acto acusado, esto es el Acuerdo No. 001 de 17 de agosto de 1988, ya que una y otra fueron directamente verificadas a través de la inspección judicial practicada

en los archivos del Concejo Municipal de San marcos por el Juez Promiscuo del Circuito de esta localidad y que obra a folios 33 a 42.

Allí se da cuenta de los tres debates que se le dieron al Acuerdo, su sanción por el Alcalde, su publicación y su contenido.

Así mismo el texto del Acuerdo acompañado a la demanda y visible a folios 28 y 29 corresponde al de la Inspección judicial.

b) La censura que se le hace al Acuerdo No. 001 del 20 de noviembre de 1987 de no reunir los requisitos de artículo 75 del Decreto 960 de 1970 se responde diciendo que en el anverso de cada una de las hojas de dicho acto aparece la certificación sobre que corresponden ellas al original puesto de presente, con la firma del Notario, de San Marcos, llenándose cabalmente la existencia de dicho texto.

No explica el apelante el concepto del quebranto del artículo 15 de Ley 57 de 1985 y por ello no es posible efectuar análisis jurídico alguno al respecto.

c) En cuanto hace a la cuestión de fondo halla la Sala que el auto recurrido es acertado al considerar que el Acuerdo cuestionado no reúne los requisitos del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 o Régimen Político Municipal en punto al Presupuesto del Municipio de San Marcos.

En efecto:

El artículo 305 mencionado es del siguiente tenor:

"Artículo 305. Los Concejos de los Municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos ($50'000.000.oo), sin incluir el valor de los recursos del crédito ni las transferencias que reciba de la Nación ni del Departamento, podrán crear y organizar Contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración. El valor aquí señalado se reajustará anual y acumulativamente en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

"En los Municipios en los cuales no hubiere contraloría la vigilancia de sugestión fiscal corresponde a la Contraloría Departamental".

Ahora bien: El presupuesto expedido por dicho Consejo para el año de 1988 es de $127.795.439. al cual debe descontarse las participaciones por $105.596.339. para llegar a una suma de $22.199.100. (fls. 7 a 27).

De su lado los cincuenta millones ($ 50'000.000.) de que da cuenta el artículo 305 al reajustarse acumulativamente en porcentajes de 20.95% (año de 1986) y 24.02% (año de 1987), pasa a ser la cantidad de $75.001.095. (folio 32) quedando

entonces muy por debajo de ella el presupuesto neto de $22'199.100. atrás obtenido.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

DECIDE:

CONFIRMASE el acto suplicado proferido el 1o. de noviembre de 1989 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre en relación con su ordinal 6º que decreta la suspensión provisional del Acuerdo No. 001 del 17 de agosto de 1988, del Concejo Municipal de San Marcos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTUACION ADMINISTRATIVA-Medios de control/ **VIA GUBERNATIVA**-Agotamiento/ **ACTO COMPLEJO**

Si entráramos a estudiar los controles desde el punto de vista de su naturaleza y operatividad jurídicas, tendríamos que mirar su ejercicio en el interior de las estructuras estatales donde están adscritos. Unos de ellos son, como lo explica según sector de la doctrina, "horizontales" porque actúan recíprocamente entre las distintas ramas del poder público. Al lado de los controles horizontales la doctrina distingue los "verticales" que funcionan vertebrados por el principio jerárquico según el cual una instancia superior puede revisar la actuación del inferior para revocarla, modificarla o aclararla. Uno de los controles verticales más importante en nuestro derecho interno es el llamado de la vía gubernativa.

Los actos demandados en sí mismos, no están sujetos a un control jurisdiccional "independiente" del acto principal que puso fin a la actuación administrativa porque ellos demuestran el incumplimiento del presupuesto procesal llamado agotamiento de la vía gubernativa. Los actos dictados en el transcurso de la vía gubernativa integran la decisión administrativa, objeto ella sí de manera total de las acciones contenciosas en esta jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. **Bogotá. D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).**

Consejero Ponente: ***Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.***

Expediente No. 879. Actor: FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. Decisión: sentencia de única instancia.

I. LAS PARTES

Conformaron la relación procesal en este juicio las siguientes partes:

A. EL DEMANDANTE. La FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. quien por intermedio de apoderado judicial y en uso de la acción de restablecimiento del derecho pide la nulidad de dos providencias de la Administración de la Aduana de Buenaventura y de la Dirección General de Aduanas.

B. EL DEMANDADO. Es la NACION (Estado Colombiano) representada por el Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público por cuanto las autoridades aduaneras que profirieron los actos acusados pertenecen a la estructura de ese Ministerio.

El auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al Sr. Director General de Aduanas, quien no intervino en el proceso.

II. LA CUESTION CONTENCIOSA

A. Los planteamientos del demandante

El actor presentó su demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con las siguientes pretensiones y fundamentos:

1. ***Las Pretensiones***

Se pide en la demanda que la Jurisdicción contencioso administrativa declare en sentencia definitiva que:

1o. "Son nulos los autos Nos. 182 del 4 de febrero de 1987 proferido por el Administrador de la Aduana de Buenaventura con el cual rechazó el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 1553 del 1 de diciembre de 1986 por la cual se impuso una multa a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA y el 312 del 7 de octubre, dictado por la Dirección General de Aduanas por el cual confirmó el número 182 de la fecha arriba citada".

2o. "Que como consecuencia de tal declaratoria de nulidad se restablece el derecho y se ordene que los recursos de reposición y de apelación interpuestos por la Empresa que representó ante el Administrador de la Aduana de Buenaventura son procedentes e igualmente era de recibo el Recurso de Queja".

2. ***Los hechos***

El demandante relata como hechos la naturaleza y funciones de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. y describe la actuación administrativa que, en síntesis, fue esta:

1o. La Administración de la Aduana de Buenaventura le impuso a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. una multa por un valor de $80.044.oo ya que no entregó la totalidad de una mercancía (ácido acético) que había transportado en la motonave "Tama Caribbean" operada bajo su responsabilidad.

2o. Contra esa providencia la FLOTA interpuso los recursos de reposición y de apelación, los que fueron rechazados por la Administración de Buenaventura por cuanto la empresa transportadora no "acreditó el pago para garantizar el cumplimiento de la decisión que recurre" de acuerdo con el requisito del artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

3o. Mediante apoderado, LA FLOTA MERCANTE interpuso el recurso de queja contra el auto No. 182 de 1987 ante la Dirección General de Aduanas.

La FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. sostuvo en su defensa que la mercancía había sido entregada en su totalidad y recibida sin observaciones en el puerto de Buenaventura y que, además, el Decreto 2666 de 1984 (artículo 323) norma especial aplicable a este caso (Estatuto Aduanero) no exigía el pago ni la garantía para la procedencia de los recursos.

El Director General de Aduanas tramitó la queja y decidió que la actuación del Administrador de Buenaventura estaba ajustada a derecho y correctamente respaldada en el artículo 52 del Código, régimen común aplicable ante el vacío legislativo que en esta materia se observa en el Estatuto Aduanero.

3. ***Los fundamentos de derecho***

El discurso jurídico del actor se orienta a sostener que la exigencia del pago de la multa o de la constitución de una garantía es inaplicable en este caso porque su régimen es el contenido en el especial Estatuto Aduanero adoptado por el Gobierno Nacional en virtud del Decreto 2666 de 1984. Allí, en sus artículos 316 y 323 figura la obligación de "solve et repete" tan solo para la procedencia de los recursos que versen sobre las liquidaciones oficiales de los impuestos arancelarios y de importación o de aquellas que originen cuentas adicionales a favor del Tesoro en razón de sumas dejadas de cobrar en el momento de la nacionalización de mercancías, más no cuando se trata de multas como la decretada en contra de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A.

Para complementar su argumento indica el demandante que el Decreto 2666 de 1984 fue expedido con posterioridad al Código Contencioso Administrativo y debe ser aplicado al tenor de lo dispuesto en las reglas de interpretacion de la ley adoptadas por las Leyes 57 y 153, las cuales ordenan aplicar de preferencia tanto las leyes posteriores como las especiales en asuntos como estos.

Todo lo anterior se expone para que esta Jurisdicción anule los autos que negaron los recursos, ordene a la Administración que los conceda y tramite y que, por lo tanto, resuelva el fondo del asunto que planteó la FLOTA MERCANTE en

la reposición y la apelación formuladas contra la resolución No. 1553 del 8 de enero de 1987 originaria de la Administración de la Aduana de Buenaventura. En estos términos quedan planteados por el actor la nulidad y el restablecimiento del derecho.

B. **Los planteamientos del demandado**

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público actuó en el proceso por intermedio de apoderada judicial y sostuvo que los recursos previstos por el Estatuto Aduanero son los mismos que el Código Contencioso Administrativo consagró puesto que así se lee en el texto del artículo 316 del Decreto 2666 que, "señala contra qué actos se pueden interponer los recursos de ley y en los numerales 4) señala "la providencia que decrete sanciones" y 6) "cualquier otro acto que de conformidad con el Código Contencioso Administrativo sea susceptible de recursos". Dice el Ministerio, finalmente, que el Decreto 2666 de 1984 no determina en esta materia un régimen especial y que si en su contenido existen vacíos como en el caso de la multa por faltantes de mercancías, es necesario acudir al régimen general del Código Contencioso Administrativo.

III. LA ACTUACION PROCESAL

La actuación se distinguió por estas particularidades:

1o. Este proceso se inició ante el Tribunal Contencioso de Cundinamarca, cuya Sección Tercera estimó que como la acción se dirigía no contra la resolución que imponía la multa sino contra los actos que negaron los recursos contra ella y estas últimas providencias carecían en sí mismas de cuantía, la competencia correspondía al Consejo de Estado según lo dispuesto por el artículo No. 128 No. 3º del Decreto 1º de 1984.

2o. Recibido el expediente en el Consejo de Estado, la Sala Unitaria decidió admitir la demanda y darle el trámite del juicio ordinario de única instancia, por considerar que el asunto no tenía cuantía.

3o. El despacho ordenó a la Dirección General de Aduanas el envío de los antecedentes de los actos demandados. La solicitud se hizo mediante oficio No. 561 del 9 de agosto de 1988 de la Secretaría de la Sección. En oficio 16573 del 1o. de diciembre de 1988, la Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas, Sra. MARIA ELSY RODRIGUEZ PORTELA contestó diciendo que los antecedentes se encontraban en la Administración de la Aduana de Buenaventura y le indica al Consejo de Estado que debe pedirlos a tal dependencia aduanera. Los antecedentes no fueron enviados al proceso.

Ante esa situación la Sala estima que la funcionaria de la Aduana incumplió sus deberes puesto que la Administración de la Aduana de Buenaventura hace parte de la Dirección General de Aduanas y del Ministerio de Hacienda y Crédito Públi-

co; por lo tanto, para acatar lo ordenado por el Despacho, el Director General de Aduanas o su funcionaria de la Oficina Jurídica han debido dirigirse a su subalterno de Buenaventura para que les hiciera llegar los antecedentes respectivos. Ni el Consejo de Estado ni los jueces de la República tienen porqué establecer, para estos efectos, diferencias entre los funcionarios y dependencias de una misma entidad u organismo oficial. Basta dirigirse, como ocurrió en este caso con el Oficio 561 de 1988, al Jefe responsable de la oficina pública, para que él con los medios, controles y jerarquía que le confiere la ley, suministre a la Justicia los documentos, actuaciones y demás antecedentes requeridos para el normal desarrollo del proceso.

Otra cosa sería si la petición del Despacho se hubiera dirigido a una organismo o entidad sobre la cual el director de Aduanas no tuviera injerencia ni control alguno. Pero en este caso, los antecedentes reposan en su mismo organismo y en poder de un funcionario subalterno del director. Así las cosas, el oficio 16573 del 1o. de diciembre de 1988, de la Jefe de la División Legal de la Dirección General de Aduanas es un desacato a una orden judicial que deberá ser conocido por la Procuraduría General de la Nación para que inicie las investigaciones pertinentes (Artículo 207, No. 6 del C.C.A.). Es de recordar que para los funcionarios públicos responsables de la defensa de los intereses de la Nación su gestión se inicia con el envío de los antecedentes que respaldan y explican la actuación de la Administración y pueden justificar la expedición de los actos demandados.

4o. Las partes no presentaron alegatos de conclusión en la oportunidad correspondiente.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Al conceptuar por primera vez sobre este asunto, el Sr. Fiscal de la Corporación estimó que al proceso debía incorporarse la resolución 1553 del 1o. de diciembre de 1986, en cuya virtud se impuso la multa a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., porque en su sentir el texto de esa resolución y el análisis de su naturaleza son indispensables para conocer si a la luz del derecho la multa debía o no ser cancelada o garantizada por el recurrente para la procedencia de su petición y aun para poder acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Sala Unitaria no atendió favorablemente esa petición del Sr. Agente del Ministerio Público por encontrar que la nulidad de los actos demandados depende de su confrontación con el procedimiento gubernativo establecido por el Decreto 2666 de 1984 y no con la providencia que impuso la multa.

En su concepto de fondo el Sr. Fiscal pide se denieguen las súplicas de la demanda porque:

1o. El artículo 323 del Decreto 2666 de 1984 (en el texto del concepto se cita erradamente el artículo 223 de ese decreto) es inaplicable el caso en cuestión porque este precepto trata una hipótesis distinta consistente en la garantía para poder re-

currir las liquidaciones o cuentas adicionales ocasionados por importaciones o exportaciones y, "además, dispone que no será necesario tal garantía cuando "no se hubiere concedido el levante, quedando la mercancía pendiente de la decisión final, o el recurrente sea una entidad oficial. (Fl. 81)".

2o. "Ante el vacío de la norma antes citada, lógico es que hay que aplicar la del Código Administrativo, en vista de que el artículo 223 (sic) se refiere a materia diferente...". El cumplimiento del artículo 52 del C.C.A. es obligatorio en este caso, por lo cual la Administración de la Aduana de Buenaventura obró conforme a derecho.

La fiscalía acoge, como se aprecia, las explicaciones de la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para decidir esta contención la Sala se permite hacer unas observaciones previas sobre el mecanismo de la vía gubernativa y los actos que en ella se producen en relación con el ejercicio de las acciones contenciosas y el agotamiento del presupuesto procesal implícito en ese trámite de autocontrol ejecutivo. Tales consideraciones son imprescindibles para abordar el problema que, desde la óptica procesal, se halla en el caso que ocupa ahora a esta Jurisdicción.

A. **Del autocontrol de la vía gubernativa**

De manera general los controles en la actividad del Aparato Estatal garantizan la gestión de los funcionarios y la producción de derecho positivo en un todo acordes con el orden jurídico superior. Una clase de esos controles tienen, pues, como objeto la conducta de los funcionarios y entregan a instituciones como la procuraduría, la contraloría, las cámaras legislativas y la más alta jurisdicción la competencia para investigar si esas personas revestidas de autoridad obraron conforme a las prescripciones legales y constitucionales. Su actuación concluye con la definición de responsabilidades personales y la imposición de sanciones individuales a quienes desconocieron la ley.

Otra clase de controles operan frente a la producción normativa, la expedición de actos jurídicos, negocios o hechos realizados a propósito de la gestión pública. El control podrá, entonces, eliminar del orden jurídico la norma o el contrato que contradigan el orden superior y, si es el caso, responsabilizar al Estado para que indemnice a quien resultare lesionado injusta o ilegalmente por la accion oficial.

Los controles, así observados, aseguran el normal funcionamiento de las instituciones y guardan el orden fundamental sobre el cual reposa la vida política y civil de la sociedad.

Si entráramos a estudiar los controles desde el punto de vista de su naturaleza y operatividad jurídicas, tendríamos que mirar su ejercicio en el interior de las estructuras estatales donde están adscritos. Unos de ellos son, como lo explica algún sector de la doctrina, *horizontales* porque actúan recíprocamente entre las distintas ramas del poder público. (Cfr. LOEWENSTEIN K. *Teoría de la constitución*. Barcelona. Ariel, 1974; MORTATI, C. *Instituzioni di diritto pubblico*. Pavoda. CEDAM 1976 y RAMIREZ, M. (Ed). *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*. Barcelona. Labor. 1978 Terceras Jornadas Internacionales de Ciencia Política y Derecho Constitucional). En ellos la tesis de los pesos y contrapesos que expresa en último término la no confusión de competencias o la separación de poderes es el fundamento de su efectividad. Un acto del Poder Público no adquirirá su vida jurídica sino con la colaboración de las autoridades que con su concurso de voluntades lo engendran y con el examen favorable del órgano de control que haya establecido la ley y la constitución. Es el ejemplo clásico de la sanción de la ley por parte del Ejecutivo y del estudio de su constitucionalidad por la Corte Suprema cuando el proyecto es objetado por el Jefe del Estado. En muchos de estos casos el control se confunde con la misma elaboración del acto jurídico, lo cual significa que sin la presencia del control, el acto no nace ni integra el orden jurídico. (Cfr. CAPPELLETTI, M. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. México. UNAM. 1970). Otra actuación del control horizontal se expresa en la producción de dos actos jurídicos distintos pero que uno de ellos, el del control, supone la producción de los efectos y la operatividad del primero. Por ejemplo, cuando ciertos contratos están sometidos a la aprobación de una instancia administrativa o jurisdiccional distinta a quien es competente para suscribirlos a nombre del Estado.

Al lado de los controles horizontales la doctrina distingue los verticales que funcionan vertebrados por el principio jerárquico según el cual una instancia superior puede revisar la actuación del inferior para revocarla, modificarla o aclararla. El doble grado de jurisdicción garantiza el examen por un funcionario de superiores competencia y categoría, de todo el asunto tratado por el primer grado. En esta hipótesis del control, el acto jurídico únicamente adquiere esa categoría cuanto ha sufrido la acción del control. Ejemplo: cuando la consulta al superior es obligatoria para ciertos actos administrativos. O, en otras situaciones, cuando el control se ejerce a ruego de los interesados y estos no lo ponen en marcha o el control actúa y encuentra ajustado a derecho el acto sometido a él.

Uno de los controles verticales más importantes en nuestro derecho interno es el llamado de la *vía gubernativa*. Es realmente un autocontrol puesto que tanto el inferior que produce el acto como el superior que lo controla por la vía del recurso, hacen parte del mismo organismo o entidad. No existe allí, como en los controles horizontales la acción de dos instancias independientes que operan gracias a la teoría de los pesos y contrapesos en un sistema de separación de poderes. Realmente el autocontrol de la vía gubernativa permite que la Administración revea sus propios actos, a iniciativa de los interesados, para que pueda revocarlos, modificarlos o aclararlos. El sujeto activo, o sea, la entidad o el organismo donde se

produjo el acto es uno solo, en cuyo interior aparecen dos instancias de control jerárquico.

Ese control, en cuyo fondo subyace el principio de doble grado de jurisdicción, nos presenta un superior que tiene la total y absoluta competencia tanto en el conocimiento de los hechos como del derecho aplicable a un caso concreto. Su determinación hace parte esencialmente del acto de primera instancia, si es que lo adiciona o modifica, o constituye la decisión total de la Administración si se trata de una revocación total del expedido en la primera instancia. Igual principio opera cuando se trata de actos susceptibles únicamente de reposición o cuando éste es despachado favorablemente al recurrente.

De tal manera todos y cada uno de los actos y providencias que hacen parte del trámite de la vía gubernativa deben apreciarse en su integridad y no separadamente, porque el autocontrol no está repartido entre autoridades de distintas ramas, sino entre instancias de un mismo organismo o entidad. El producto de las actuaciones administrativas como son los actos que les ponen fin y aquellas providencias dictadas a propósito del ejercicio de los recursos ordinarios de la vía gubernativa (reposición, apelación y queja) hacen parte de un mismo concepto jurídico material; la decisión de la Administración, sujeta, ella sí, a un control horizontal, el de las acciones contencioso-administrativas que son del dominio de la jurisdicción del Estado.

Existe una situación particular de obligatoria explicación. Cuando la decisión del superior es contraria a la del inferior, puede demandarse ante la jurisdicción la nulidad de la segunda, con el ruego, eso sí, de dejar en firme y vigente la primera de ellas, porque en eso consistiría el restablecimiento del derecho. Pero en todo caso, cuando las determinaciones adoptadas por la Administración, vale decir: a) la providencia que pone fin a la actuación, b) la providencia que resuelve el recurso de reposición, c) la providencia que que desata la apelación y, d) si se da la hipótesis, las decisiones que por razones formales rechazan los recursos, tienen el mismo contenido pues las segundas ratifican a la primera, es necesario hablar de una determinación integral de la Administración dentro de la operación y ejercicio del autocontrol de la vía gubernativa. De ahí que el Código Contencioso obligue al demandante a atacar todos esos proveídos que conforman la decisión total. Es una determinación compleja que únicamente puede apreciarse si se examinan todas y cada una de las providencias administrativas. Una de ellas sola no tiene la virtualidad de ser un acto administrativo íntegro con efectos jurídicos, ante todo para la procedencia del control jurisdiccional.

Se trata de una modalidad específica del autocontrol de la vía gubernativa en cuanto la ley lo considera como un presupuesto procesal sin el cual la relación no se traba. La ley establece un doble juego de garantías: a) para el interesado, porque le concede el uso del doble grado de jurisdicción que abre el examen por el superior del asunto con plena competencia y, b) para la Administración, porque le permite rever sus propios actos y evitar decisiones contrarias a derecho que, de una parte,

repugnan a los fines del Estado y, de otra, le pueden causar graves costos en materia de indemnizaciones.

El deber de agotar previamente la vía gubernativa es la conclusión de las reglas anotadas. La obligación aparece en el antiguo Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1941), en el Decreto Extraordinario 1 de 1984 que lo sustituyó y en las modificaciones que le introdujo el Decreto extraordinario 2304 de 1989. (Cfr. art. 135). El artículo 138 del nuevo estatuto contencioso en la redacción del Decreto 1 de 1984 y en la nueva del 2304 de 1989 tienen iguales principios. Así se ha estimado, además, por la jurisprudencia colombiana.

B. **De las pretensiones del actor**

El actor en este proceso ha separado los actos que hicieron parte del autocontrol de la vía gubernativa de la resolución inicial que impuso la multa y contra la cual se formularon los recursos. Bien apreciados los autos de la Administración de la Aduana de Buenaventura y de la Dirección General de Aduanas nos indican que:

1o. Ambos ratifican por razones formales la resolución No. 1553 de 1986, mediante la cual se impuso la multa a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. La confirmación obedece a que el recurrente no utilizó debidamente los recursos de la vía gubernativa al incumplir una condición prescrita en el artículo 52 del C.C.A.

2o. La decisión de la Administración está integrada, en consecuencia, por la resolución que aplicó la multa más los autos Nos. 182 de febrero 4 de 1987 de la Administración de la Aduana de Buenaventura y 312 del 7 de octubre del mismo año.

3o. El Actor ha debido someter al juicio contencioso administrativo tanto la primera resolución de la multa como los autos de la Administración de Buenaventura y de la Dirección General de Aduanas. Todos ellos conforman la determinación integral de esa dependencia del Ministerio de Hacienda.

4o. El examen de la jurisdicción se orientaría, si así se hubiera propuesto por el demandante, a establecer: Primero: la procedencia de los recursos con o sin el pago o garantía de la multa y, Segundo: la legalidad de la resolución que impuso la multa. El primer análisis sería pertinente para conocer si se agotó correctamente la vía gubernativa en cuanto presupuesto procesal que permitía abrir este control jurisdiccional. El segundo, sería el examen de fondo sobre la providencia que puso fin a la actuación con la imposición de la multa a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. por el hecho en ella indicado de no entregar la totalidad de la mercancía que transportó en una motonave sometida a su operación y control.

Ese campo de acción de la vía jurisdiccional se abrió en el momento en que se tramitó el recurso de queja como requisito para ocurrir a esta competencia judicial.

5o. Los actos demandados, en sí mismos, no están sujetos a un control jurisdiccional independiente del acto principal que puso fin a la actuación administrativa porque ellos demuestran el incumplimiento del presupuesto procesal llamado agotamiento de la vía gubernativa y, como ha quedado establecido, hacen parte integral de la determinación de la Aduana. Para romper esta dificultad era necesario procesalmente, atacar tanto la Resolución 1553 de 1986 que impuso la multa como los autos 182 y 312 de la Administración de la Aduana de Buenaventura y de la Dirección General de Aduanas.

Una mirada a las reglas procesales nos enseña que los actos dictados en el transcurso de la vía gubernativa integran la decisión administrativa, objeto ella sí de manera total de las acciones contenciosas en esta Jurisdicción.

No se ejerció, pues correctamente, desde la óptica de lo procesal administrativo, las acciones contra la determinación integral de la Dirección General de Aduanas por lo cual la decisión jurisdiccional no puede ser de mérito.

En consecuencia, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Declárase inhibido para conocer de las súplicas en este juicio.

2o. Envíese copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación para que inicie la investigación por el desacato a que se refiere su parte motiva.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Simón Rodríguez Rodríguez,Presidente de la Sección; *Pablo J. Cáceres Corrales*, Consejero de Estado; *Libardo Rodríguez Rodríguez*,Consejero de Estado; *Rodrigo Vieira Puerta*, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

Estando vigentes las normas que prohíben a los departamentos y municipios imponer gravámenes "de ninguna clase o denominación" a la producción primaria, agrícola o ganadera, ni a los establecimientos, actividades o elementos destinados a la misma, ni "al tránsito de productos alimenticios de primera necesidad", y dentro de esos productos la misma ley señala la carne y la leche en primerísimo lugar, resulta palmariamente violatorio de normas superiores el Acuerdo demandado.

CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 1º del Acuerdo No. 19 de 1995 (mayo 15) del Concejo Municipal de Cali.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Bogotá D.E., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia. Expediente No. 1257. ASUNTOS MUNICIPALES Actor: ALBERTO MONTOYA MONTOYA.

Se entra a resolver por medio de este fallo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Municipio de Cali en el proceso de la referencia, contra la sentencia dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca el 31 de mayo de 1989.

LA ACCION

Obrando en su propio nombre, el Dr. Alberto Montoya Montoya solicitó ante el Tribunal ya citado la declaración de nulidad del artículo primero del Acuerdo No. 19 del 15 de mayo de 1985. "Por el cual se fija el valor que se cobrará por

concepto del servicio de Control Sanitario de Alimentos que presta la Secretaría de Salud Pública Municipal" emanado del Concejo Municipal de Cali y cuyo texto dice:

"*ARTICULO PRIMERO:* La Secretaría de Salud Pública Municipal cobrará, por concepto de la prestación del servicio de control sanitario de alimentos, la suma de un peso ($1.oo) por cada kilo de carne y derivados que se inspeccionen; y la suma de cincuenta centavos ($0.50) por cada litro de alimento que se inspeccione.

"*PARAGRAFO PRIMERO:* Los valores que se cobren de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se harán únicamente respecto de los alimentos que se vayan a consumir en el Municipio de Cali y sean inspeccionados por la autoridad sanitaria competente. En consecuencia, no se podrán cobrar dichos valores sobre los alimentos en tránsito.

"*PARAGRAFO SEGUNDO:* De conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 del Decreto Extraordinario 1469 de 1979, los dineros que se recauden en los términos del presente artículo ingresarán al presupuesto de la Corporación para Programas Especiales de Salud (Corpes)".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal *a-quo*, en providencia del 31 de mayo de 1989, después de transcribir los hechos de la demanda en los que se relata una serie de acciones administrativas de las autoridades del Municipio de Cali tendientes a la imposición de tarifas al control sanitario de la carne, hace una serie de consideraciones sobre el carácter meramente administrativo, no de estirpe legislativa, de los concejos municipales al compartir con el Alcalde la gestión de administrar el Municipio. Hace también alusión al principio de la centralización política y la descentralización administrativa advirtiendo que este último concepto no puede confundirse con la autonomía que surge o se practica en el régimen federal siendo la potestad tributaria una de las notas características de éste último.

Sobre el caso *sub-iuris*, invoca el Tribunal la vigencia del artículo 1º de la Ley 20 de 1946 que prohíbe a los Departamentos y Municipios "imponer o cobrar gravámenes de cualquier clase o denominación a la producción y tránsito de los artículos alimenticios de primera necesidad que determine el Ministerio de Economía Nacional...", así como también el artículo 2º del Decreto 887 de 1946 que define como artículos de primera necesidad "la leche, la carne, el arroz, el azúcar...", concluyendo el Tribunal de primera instancia, con apoyo en sentencia del Consejo de Estado en procesos similares, que "tanto el artículo 1º, como los parágrafos del Acuerdo No. 019 del 15 de mayo de 1985, expedido por el Concejo Municipal de Cali, se encuentran en contradicción con esas normas ya que imponen un gravamen, cualquiera que sea la denominación que se le pretenda dar, sobre artículos que la ley, norma de superior jerarquía de los acuerdos y límite constitucional de los

mismos en materia de gravamen de toda especie, prohibió expresamente afectar tributariamente de cualquier manera". En concordancia con lo dicho, el Tribunal accede a la súplica de la demanda declarando la nulidad del artículo cuestionado.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección Primera de la Sala de la contencioso Administrativo, al intervenir en lo de su oficio, comparte "las premisas consignadas por el fallador de primera instancia, así como su decisión final" pues "la entidad edilicia de la ciudad de Cali, al querer gravar con un impuesto, productos de primera necesidad, como son la carne y sus derivados, fue más allá de lo que la Ley le permitía".

Manifiesta el señor Fiscal Primero de la Corporación, en acápite separado, que la fotocopia del acto acusado que se acompañó a la demanda, carece de la constancia de su publicación lo que podría conducir a un fallo inhibitorio a pesar de que fue expedido con anterioridad a la Ley 57 de 1985 dejando dicho planteamiento a discreción del Consejero Ponente.

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

Al sustentar el recurso, la apoderada del Municipio de Cali defiende la expedición del Acuerdo 19 de 1985 alegando que éste se ajusta totalmente al artículo 197 de la Constitución y a la Ley 4a. de 1913 en cuanto a las atribuciones de los Concejos para votar e imponer contribuciones "dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas y reglamentar su recaudo e inversión". En apoyo a su tesis, cita también la Ley 9a. de 1979 sobre el control sanitario, decretos extraordinarios departamentales y ordenanzas.

LA SALA CONSIDERA

Insistente, con una obstinación que ya se traduce en desacato, ha sido la acción de las autoridades administrativas de Cali -Alcaldía y Concejo Municipal- tendiente a imponer, contra todas las posibilidades legales y constitucionales, el cobro de determinadas sumas de dinero por la "prestación del servicio de control sanitario" a la carne y otros alimentos. La mera lectura de los hechos de esta demanda, que no fueron controvertidos por la contraparte, da la impresión del ánimo elusivo de los protagonistas de los hechos administrativos demandados al querer imponer, a todo trance, los gravámenes aludidos no obstante los reiterados pronunciamientos de las autoridades en lo contencioso administrativo sobre lo injurídico de su proceder. Se patentiza, además, la flagrante violación por parte de dichas autoridades a los artículos 158 y 159 del Código Contencioso Administrativo.

Como en varias ocasiones esta Corporación se ha pronunciado sobre el mismo tema, y concretamente, sobre el caso bajo examen en definiciones cuyo sentido y

obligatoriedad parecen haber sido ineficaces para las autoridades comprometidas en el mismo, esta Sala reitera una vez más que, estando vigente las normas que prohíben a los Departamentos y Municipios imponer gravámenes "*de ninguna clase o denominación*" a la producción primaria, agrícola o ganadera, ni a los establecimientos, *actividades* o elementos destinados a la misma, ni "*al tránsito de productos alimenticios de primera necesidad*", y que dentro de esos productos la misma ley señala la carne y la leche en primerísimo lugar, resulta palmariamente violatorio de esas normas superiores el Acuerdo demandado.

Es la misma apoderada del Municipio de Cali en su libelo de alzada quien acepta que cuando el Consejo de Estado declaró exequibles los artículos del Decreto 84 de 1964, quedaron vigentes las prohibiciones que establecía la Ley 29 de 1963 sobre las "actividades relacionadas con la producción primaria, agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios".

Por otra parte, no dejan de ser sofismas meramente distractivos las apreciaciones que la distinguida profesional hace sobre diferentes acepciones e interpretaciones que el término "impuesto" tiene tanto en el lenguaje común como en los textos legales ya que analizando la demanda, aún en forma prolija, bien se anota que no es dicha modalidad tributaria el "quid" de la cuestión debatida sino que, por el contrario, las normas prohibitivas que fundamentan la queja son concretas al referirse a la imposición de "gravámenes de ninguna clase o denominación". No son tampoco de recibo, por inconsecuentes, las citaciones que se hacen de normas diversas que, según la apelante, facultan a las autoridades municipales para imponer las cargas que defiende ya que en esas normas se dice expresamente que dichas autorizaciones se harán "de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas", además algunas de esas disposiciones son inferiores en categoría a las señaladas como violadas; tal es el caso de los Decretos Extraordinarios Departamentales 410 Bis de 1982, 1416 de 1983 y la Ordenanza 9E de 1980. Al decir las primeras que las imposiciones tributarias por parte de los municipios se harán de conformidad a la ley y al imponerlas se viola la ley, es obvia su nulidad; y al ser las segundas inferiores a la ley, no puede fundamentarse en ellas derecho que pretenda ser igual o superior a ésta.

No se incurrirá pues en desgaste inoficioso de jurisprudencia sobre un tema que está suficientemente claro y expresamente definido por esta Corporación en las sentencias y pronunciamientos citados en el expediente.

Por lo que respecta a la inquietud sometida a consideración del señor Agente del Ministerio Público, en relación con la inobservancia del requisito de la constancia de publicación, en el texto del acto acusado aducido en el proceso, estima la Sala que el prenombrado condicionamiento, si bien es formalidad cimentada en el conocimiento de la voluntad administrativa formalmente expresada, también lo es que ella no participa en la esencia del acto, de su validez intrínseca que en el fondo, para el caso sub-examine no incidiría en forma determinante en el acto acusado, máxime si como concretamente lo puntualiza el señor Fiscal colaborador,

la normación expresa sobre la exigencia de publicación de los actos administrativos, que lo es la Ley 57 de 1985, no había iniciado, para entonces, su ámbito de validez temporal.

Por lo anterior, 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. CONFIRMASE la sentencia apelada.

2o. ADVIERTASE Al señor Alcalde de Cali, como al Concejo de esa Municipalidad, sobre la necesidad de observar el contenido de los artículos 158 y 159 del ordenamiento Procesal Administrativo, so pena de las sanciones legales.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACCION DE NULIDAD/ CADUCIDAD

El texto del artículo 136 del C.C.A. fue modificado en relación con la caducidad de las acciones de nulidad por el artículo 23 del D.L. 2304 de 1989, en el sentido de eliminar la parte que se refería al ejercicio de la acción "después de su publicación (del acto), si necesita de este re-quisito para entrar a regir". De tal manera que según el texto actual, la acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo "a partir de la expedición del acto".

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA POR CUANTIA

Por tratarse de una acción de nulidad de un acto administrativo de carácter municipal, el proceso será de competencia del Tribunal Administrativo de Norte de Santander en única instancia o primera instancia, según el presupuesto anual ordinario del Municipio de Ocaña no exceda de 50 millones de pesos o que exceda de tal cantidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Bogotá. D.E., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1367. Actor: Elías Jaimes Castillo.

Resuelve la Sala el recurso de *apelación* propuesto por el actor contra el proveído de 20 de octubre de 1989 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dispuso "RECHAZAR IN LIMINE la demanda de nulidad del Decreto No. 041 de junio 30 de 1989, expedido por el señor Alcalde del Municipio de Ocaña Norte de Santander".

EL ACTO ACUSADO

A folios 10 y 11 del expediente aparece en copia el acto acusado en acción popular anulatoria, que lo es en el Decreto No. 041 de junio 30 de 1989, expedido por el Alcalde Popular de Ocaña, N. de Santander, mediante "la (sic) cual se reglamenta y se establece (sic) causales de caducidad en las licencias de funcionamiento". Esta copia presenta al final una constancia de la Secretaría Privada de la Alcaldía Popular de Ocaña sobre su autenticidad sobre su vigencia, a los 25 días del mes de julio de 1989.

LA PROVIDENCIA APELADA

La providencia del *a-quo* materia de apelación obra a folios 16 a 19 del informativo para adoptar el "rechazo *in limine*" de la demanda se fundamenta en estas consideraciones:

Como el acto acusado dice en su artículo 4º que "comienza a regir a partir de la fecha de su expedición", el demandante expresa que el Decreto está en ostensible y directa contradicción con el art. 43 del C.C.A. y con el artículo 1º de la Ley 57 de 1985, además de invadir áreas de competencia exclusiva del legislador ordinario y por esto viola también al artículo 76-1 de la C.N. y el artículo 73 del C.C.A. Expresa el *a-quo* que conforme al artículo 43 del C.C.A., "el requisito de la PUBLICACION del acto administrativo de carácter general como el aquí acusado, (es necesario) a efecto de hacer operante su exigibilidad y su oponibilidad a los administrados como a la propia administración". Tal "trascendental exigencia (de su publicación) según consta en el expediente hasta ahora no se ha cumplido y su incumplimiento se infiere del propio texto del decreto demandado", que según el artículo 4º rige desde su expedición. Considera igualmente el *a-quo* que "Las condiciones en que se encuentra el decreto objeto de la demanda a parte (sic) de que lo hacen ineficaz le quita (sic) la posibilidad de ser controlable por la vía jurisdiccional y concretamente por la llamada acción popular que es la que aquí se ha invocado, sin que por ende sea dable resolver sobre la Suspensión provisional, como lo tiene definido el Honorable Consejo de Estado en auto del 6 de junio de 1986 de la Sección Primera del que fue ponente el Dr. GUILLERMO BENAVIDES MELO", del cual auto el Tribunal de origen transcribe algunos apartes. Dice además el *a-quo* que por ser el Consejo de Estado uniforme y constante en su jurisprudencia sobre el particular, ello le releva de hacer mayores comentarios al respecto.

RAZONES DEL APELANTE

A folios 21 a 23 aparece el memorial sustentatorio de la apelación propuesta por el actor, en donde éste expresa en síntesis lo siguiente:

"En constancia de la Secretaría de la Alcaldía de Ocaña, que se encuentra en el reverso del precitado decreto, se expresa que éste "está en vigencia". Precisamente, el hecho ilegal de que se haya dispuesto su vigencia desde la expedición y se haya hecho caso omiso de la promulgación (...) es uno de los argumentos centrales de la demanda". Expresa el recurrente que la providencia recurrida hace nugatoria la acción de nulidad, implica que se renuncia al deber legal de administrar justicia y que la administración pública quedaría sin juez, con lo cual para evitar el control judicial de los actos administrativos de contenido general le bastaría al funcionario ponerlos en vigencia sin publicarlos. Cita una sentencia de 3 de octubre de 1968 del Consejo de Estado, en donde se critica tal conducta administrativa de aplicar un acto general sin haberlo publicado, lo cual según dicha sentencia constituye una "pervertida costumbre, cada día más extensa". En el mismo sentido transcribe apartes de una sentencia con ponencia del H. Consejero de Estado doctor Simón Rodríguez R., de fecha 7 de octubre de 1986, en la cual se expresa que "Es tiempo ya de que los administradores de la cosa pública vayan adquiriendo conciencia de que sus actuaciones deben ser conocidas para que así puedan entrar en vigor. Es que a espaldas de la comunidad no pueden tomarse determinaciones que la afecten, ya que es requisito de lógica elemental saber que existen para cumplirlas y también para defender a los ciudadanos sus intereses si fuere el caso".

CONSIDERACIONES

Es cierto que el Consejo de Estado en diversas ocasiones, entre ellas las providencias del 6 de junio de 1986 y del 25 de septiembre de 1987 citadas por el *a-quo*, de las que fue ponente el Consejero doctor Guillermo Benavides Melo, ha considerado que existía falta de jurisdicción para conocer de las demandas de nulidad de actos administrativos generales que no habían sido publicados.

La anterior orientación, aunque por sí misma criticable en cuanto permitía, como lo expresa el actor en su escrito de sustentación del recurso, que para evitar el control judicial de los actos administrativos de contenido general le bastaría al funcionario ponerlos en vigencia sin publicarlos, quedando así dichos actos sin juez, se explicaba por dos circunstancias:

1a. El artículo 136 del C.C.A., al referirse a la caducidad de las acciones de nulidad, expresaba que dichas acciones podían ejercitarse en cualquier tiempo "a partir de la expedición del acto o después de su publicación, si necesita de este requisito para entrar a regir". Y como de conformidad con el artículo 43 del C.C.A. y la Ley 57 de 1985 la publicación de los actos administrativos generales se convirtió sin duda ninguna en condición necesaria para que fueran obligatorios, ello implicaba que estos actos eran de aquellos a los cuales se aplicaba la citada disposición del artículo 136 del C.C.A., es decir, que la acción de nulidad frente a ellos solo podía ejercitarse "a partir de su publicación".

2a. El artículo 19 del C.C.A. expresaba y expresa que "a la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su *publica-*

ción, notificación y ejecución, si son del caso" (Subraya la Sala). Y como en relación con los actos administrativos generales "es del caso" su publicación y, además, el artículo 136 sólo permitía el ejercicio de la accion de nulidad "después de su publicación", la consecuencia necesaria era la "falta de jurisdicción" cuando el acto no había sido publicado.

Sin embargo, la Sala hace notar que el texto del artículo 136 del C.C.A. fue modificado en relación con la caducidad de las acciones de nulidad por el artículo 23 del Decreto Ley 2304 de 1989, en el sentido de eliminar precisamente la parte que se refería al ejercicio de la acción "después de su publicación (del acto), si necesita de este requisito para entrar a regir".

De tal manera que según el texto actual, la acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo "a partir de la expedición del acto". Por lo mismo, la Sala considera que el artículo 139 del C.C.A. puede ser interpretado válidamente en el sentido de que, en relación con los actos administrativos generales, el requisito que "es del caso", puede ser la constancia de su "ejecución" cuando el acto no ha sido publicado, con mayor razón si se tiene en cuenta que el mismo artículo, en su inciso cuarto, prevé que "cuando el acto no ha sido publicado... se expresará así en la demanda bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la misma".

Lógicamente, lo anterior no obsta para que continúe vigente en todo caso la obligación a cargo de la autoridad correspondiente de publicar los actos administrativos generales y la imposibilidad de ejecutarlos mientras dicha obligación no se haya cumplido, de conformidad con lo previsto en los artículos 43 del C.C.A., la Ley 57 de 1985 y el artículo 379 del Código de Régimen Municipal.

Frente a las consideraciones anteriores, en el caso sub-judice se tiene:

El Alcalde de Ocaña expidió el Decreto No. 041 del 30 de junio de 1989, "mediante la (sic) cual se reglamente y se establece (sic) causales de caducidad de las licencias de funcionamiento", según texto que en copia autenticada por la Secretaría Privada de la Alcaldía aparece a folios 10 y 11 del expediente y que es el objeto de la acción de nulidad instaurada.

En los hechos 5 y 6 de la demanda, el actor afirma que el decreto citado y demandado no ha sido publicado.

En la constancia de autenticación del decreto, que aparece al folio 11 v., con fecha 25 de julio de 1989, se certifica que dicho decreto "esta vigente", lo cual hace presumir a la Sala que se está aplicando o ejecutando actualmente.

Por consiguiente, con base en las apreciaciones anteriores, la Sala considera que se encuentra cumplida la exigencia prevista en el artículo 139 del C.C.A. sobre acompañamiento de una copia auténtica del acto acusado, con la constancia de su

ejecución, y que por lo mismo, no se presenta en este caso la falta de jurisdicción, por lo cual el auto apelado debe ser revocado.

Como consecuencia de la revocatoria de la providencia apelada la demanda debería ser admitida y procederse al estudio de la solicitud de suspensión provisional, si no fuera porque aquella adolece de una formalidad que impide su admisión inmediata y que obliga a la Sala a ordenar su corrección dentro del término legal.

Consiste el defecto en que, por tratarse de una accion de nulidad de un acto administrativo de carácter municipal, el proceso será de competencia del Tribunal Administrativo del Norte de Santander en única o primera instancia, según que el presupuesto anual ordinario del Municipio de Ocaña no exceda de cincuenta millones de pesos ($50'000.000.oo) (única instancia) o que exceda tal cantidad (primera instancia), y en el presente evento tal presupuesto deberá referirse al ejercicio fiscal del 1o. de enero al 31 de diciembre de 1989, toda vez que la demanda se presentó el 10 de agosto de ese año (fl. 9 vto.), según lo previsto en los artículos 131-1 y 132-2 del C.C.A., en los términos del artículo 2º del Decreto 597 de 1988.

Y como en este caso no se trata simplemente de la "estimación razonada de la cuantía" a que hace referencia el numeral 6) del artículo 137 del C.C.A., sino de una cuantía cierta que no depende de la simple afirmación o estimación del demandante, como la contenida en el capítulo sobre COMPETENCIA de su escrito de demanda, aquel deberá probar dicha cuantía para efectos de la admisión de la demanda.

Además, como de autos surge que el Alcalde del Municipio de Ocaña ha puesto en ejecución del decreto demandado sin haber dado cumplimiento a la publicación exigida en los artículos 43 del C.C.A., la Ley 57 de 1985 y el artículo 379 del Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986) lo cual puede constituir una falta disciplinaria, la Sala ordenará que se compulsen las copias correspondientes para que sean remitidas a la autoridad pertinente, a fin de que se adelante la respectiva investigación disciplinaria.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. REVOCAR el auto de 20 de octubre de 1989, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Norte de Santander dispuso "RECHAZAR IN LIMINE la demanda de nulidad del Decreto No. 041 de junio 30 de 1989, expedido por el señor Alcalde del Municipio de Ocaña Norte de Santander".

2o. INADMITIR la demanda de nulidad presentada por el ciudadano ELIAS JAIMES CASTILLO contra el Decreto No. 041 de junio 30 de 1989, expedido por el Alcalde del Municipio de Ocaña, por no incluir la prueba sobre la cuantía del

presupuesto anual ordinario del Municipio de Ocaña. El demandante deberá corregir la demanda en el término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación del auto que ordene obedecer lo resuelto por el superior, a fin de subsanar el defecto mencionado.

3o. El Tribunal de origen compulsará las copias correspondientes para que la autoridad competente inicie la investigación disciplinaria por la posible infracción legal a que se refiere la parte motiva de esta providencia.

4o. Previas las anotaciones de rigor, en firme esta providencia devuélvase al *a-quo* el expediente de la referencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha tres (3) de mayo de mil novecientos noventa.

Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

MINISTERIO DE AGRICULTURA-Funciones/**COMISION DE MERCADEO EXTERIOR**-Funciones

Las funciones asignadas a la Comisión se contraen al mercadeo exterior de grasas y aceites combustibles y en relación con su organización, manejo y regulación. Luego sí constituye la Comisión de Mercadeo Exterior centro de imputación de actividades administrativas. Sus funciones atañen a la faceta de mercadeo exterior, razón por la cual deberán excluirse las tareas de importación que en varias de las disposiciones de la resolución acusada se encomiendan ilegalmente a la Comisión.

DECLARA LA NULIDAD de la Resolución 070 de 1982 (marzo 1o.) del Ministerio de Agricultura, en relación con lo siguiente: La expresión "comercio exterior" del artículo 1º debe entenderse en el sentido de excluir el concepto de "importaciones".
De la expresión "importación" del literal a) del artículo 2º.
De las expresiones "importación" y "teniendo en cuenta, para tal efecto el cumplimiento de las cuotas de absorción de las materias primas oleoginosas nacionales" del literal b) del artículo 2º.
Del literal c) del artículo 2º.

Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 888. Actor: FERNANDO LONDOÑO HOYOS.

El abogado y ciudadano FERNANDO LONDOÑO HOYOS en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A. ocurre ante esta Corporación para impetrar de ella la nulidad de la Resolución No. 070 de 1o. de marzo

de 1982, expedida por el Ministerio de Agricultura, por medio de la cual se crea la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles.

Cita el actor como normas violadas por el acto administrativo acusado, los artículos 20, 63 y 65 de la Constitución Nacional, los Decretos 133 de 1976, 152 de 1976, 444 de 1967 y 151 de 1976.

EL ACTO ACUSADO

Se trata de la Resolución No. 070 de 1o. de marzo de 1982 por medio de la cual se crea la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles, expedida por el Ministerio de Agricultura en ejercicio de las facultades legales que le otorga los artículos 3º numerales 10 y 4 del Decreto Ley 133 de 1976.

La parte considerativa de la resolución acusada es del siguiente tenor literal:

"Que en cumplimiento de sus obligaciones debe el Ministerio establecer los mecanismos encargados de aplicar políticas adecuadas en el manejo y control del mercadeo exterior de aceites y grasas comestibles;

Que para lograr el propósito anterior y conseguir el desarrollo del subsector agropecuario dedicado a la producción de materias primas para aceite y grasas comestibles se requiere organizar mecanismos administrativos facultados para regular el volumen de importaciones de aceites y grasas de manera tal que se armonicen en las necesidades de abastecimiento de la industria procesadora con los intereses de los productores de materias primas del país;

Que tanto el Comité de Coordinación Ejecutiva del Sector Agropecuario como el Consejo Directivo de Comercio Exterior, dieron su visto bueno para la creación de la Comisión, tal como se establece de las Actas Nos. 003 y 002 de enero 27 y febrero 9 de 1982, respectivamente".

Y la parte resolutiva de ella reza así:

"RESUELVE

Artículo 1º. Dependiente del Ministerio de Agricultura funcionará la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestible encargada de organizar el manejo del comercio exterior de estos productos y de promover el incremento de la producción de las materias primas nacionales que se utilizan en su elaboración.

Artículo 2º. Para lograr los objetivos anteriores, la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles tendrá las siguientes funciones:

a) Preparar los estudios necesarios en materia de oferta, demanda y comercialización de aceites y grasas comestibles y proponer al Consejo Directivo de

Comercio Exterior, a través del Ministerio de Agricultura y del INCOMEX los cupos globales de importación o exportación de tales productos.

b) Establecer los parámetros que se utilizarán para las asignaciones individuales de importación o exportación de aceites y grasas comestibles y presentar la distribución respectiva al INCOMEX, teniendo en cuenta, para tal efecto, el cumplimiento de las cuotas de absorción de las materias primas oleaginosas nacionales.

c) Llevar el registro de los importadores y exportadores.

d) Establecer mecanismos de coordinación e información entre el Ministerio de Agricultura y el Instituto Colombiano de Comercio Exterior.

e) Evaluar, en el área de su competencia, la ejecución de las políticas y planes adoptados por el Ministerio de Agricultura y proponer los correctivos del caso.

f) Expedir sus propios reglamentos de funcionamiento.

Artículo 3º. La comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles se compondrá de los siguientes miembros:

- El Ministro de Agricultura o el Viceministro, quien la presidirá.

- El Director o el Subdirector de Importaciones del INCOMEX.

- Un miembro de la Junta de Importaciones del INCOMEX.

- El Presidente de la Sociedad de Agricultores de Colombia, SAC, o de su delegado y dos representantes de los agricultores.

- El Presidente de la Federación Nacional de Fabricantes de Grasas y Aceites Comestibles, FEDEGRASAS, o su delegado.

- El Presidente de la Asociación Colombiana de Fabricantes de Grasas y Aceites Comestibles, COLDEACEITES, o su delegado.

- Dos representantes de los productores de aceites y grasas comestibles que no se encuentren afiliados a FEDEGRASAS o COLDEACEITES, designados por el Ministro de Agricultura de la lista que ellos le presenten.

Artículo 4º. La Comisión designara un Secretario Ejecutivo con las funciones que le asigne el reglamento.

Artículo 5º. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Concreta el actor su acusación contra la Resolución 070 de 1982 en tres cargos que denomina "causales de nulidad" y que expone de la siguiente manera:

"*CAUSAL PRIMERA* Las grasas y aceites comestibles son productos industriales cuya disciplina compete al Ministerio de Desarrollo Económico."

Partiendo de la premisa de que no obstante la materia prima de que se sirven el aceite y las grasas comestibles es de origen agrario, a partir de aquella se desarrolla un proceso de transformación, separación y purificación para obtener el producto final que "por haber sido sometido a ese conjunto de operaciones materiales ejecutadas para la obtención, ejecución o transporte de uno o varios productos naturales constituyen objeto de una industria, siempre de acuerdo a las definiciones de la Real Academia de la Lengua."

Luego para fines de competencia entre los Ministerios se radica la que se comenta en el Ministerio de Desarrollo Económico al tenor de los preceptuados en el literal c) del artículo 1º del Decreto Ley 152 de 1976. Y no en el Ministerio de Agricultura. En el Estatuto Orgánico de éste (artículo 3º numeral 10 y 4º del Decreto 133 de 1976), se habla de "... mercadeo exterior de productos agropecuarios" y sólo a ellos se remite su órbita de comprensión y no a los industriales, cual es el caso de los aceites y grasas comestibles.

"*CAUSAL SEGUNDA*. La comisión creada por la Resolución 070 jamás podrá tener facultades regulatorias ni administrativas".

Al respecto expresa el actor lo siguiente:

a) El artículo 3º de la Resolución acusada dispone que la Comisión está compuesta por tres (3) funcionarios públicos -el Ministro de Agricultura, el Director del INCOMEX y un miembro de la Junta de Importaciones- y por siete (7) particulares, representantes de los gremios de producción quienes actúan en función de las representaciones de grupo que ostentan.

Una comisión así integrada no puede ejercer actos de administración o imperio. La posibilidad de que esto pueda ocurrir la eliminan los artículos 20, 63 y 65 de la Constitución Nacional.

b) Lo que quiso el Decreto 133 de 1976 fue crear una Comisión de consulta y concertación, un centro de opinión utilizable por el gobierno para el ejercicio de autoridad y en ningún caso un órgano de administración, cual es lo consagrado en la resolución 070.

En efecto, el artículo 4º del Decreto comentado previene que "para regular el mercado exterior de productos agropecuarios, el Ministerio podrá integrar Comisiones con la *función primordial de recomendar la política de precios y establecer*

normas sobre calidad de los productos" (el subrayado es del texto). Así, "recomendar la política de precios" es función eminentemente consultiva y las normas de calidad son reglas técnicas y no reglas jurídicas.

c) En el artículo 2º literal a) de la resolución se le confirió a la Comisión la facultad de "proponer al Consejo Directivo de Comercio Exterior a través del Ministerio de Agricultura y del INCOMEX los grupos globales de importación de tales productos" más ello está reservado por el Decreto 133 de 1976 (artículo 3º ordinal 9) al propio Ministerio.

Del mismo modo en el literal b) del citado artículo 2º de la Resolución se le entrega a la Comisión el encargo de establecer parámetros para que los particulares puedan importar y exportar ciertos bienes, lo cual constituye una función pública, ejercida en parte por el legislador y en el resto por el Instituto de Comercio Exterior.

"CAUSAL TERCERA. Usurpación de competencia y violación Directa".

Con fundamento en los artículos 1º literal b) del Decreto 152 de 1976, artículo 1º del Decreto 151 de 1976 y el artículo 77 del Decreto 444 de 1967, concordados ellos, considera el actor que la Resolución 70 de 1982 expedida por el Ministerio de Agricultura usurpó unas competencias tanto al Ministerio de Desarrollo Económico como al INCOMEX, encargados éstos según las normas aludidas de reglar y orientar conjuntamente el mercado exterior, e independien-temente algunas de las funciones que en el acto acusado se ejercen como propias del Ministerio de Agricultura, como es la de llevar el registro de exportadores que compete al INCOMEX.

Confrontando el artículo 2º literal b) de la Resolución 070 de 1982 con los artículos 70 del Decreto 444 de 1967, 4º y 78 de la Ley 151 de 1976, surge la violación por el primer texto de los siguientes porque "la decisión de las solicitudes de licencia de importación es competencia exclusiva de la Junta de Importaciones del INCOMEX y así mismo es competencia de este Instituto la certificación del cumplimiento de las cuotas de absorción" y no de la Comisión (artículo 78 mencionado). Es aquel instituto y no la Comisión quien debe llevar el registro de importadores y exportadores, al tenor del artículo 50 del Decreto 444 de 1967.

Concluye el actor en su alegato de conclusión, con lo siguiente, que es una síntesis de sus cargos:

> *"No solamente la norma acusada pretende regular productos industriales que escapan a su imperio, sino que le asigna la ejecución de funciones administrativas y como tales públicas a una Comisión mayoritariamente compuesta por personas privadas en su carácter de tales. Nuevamente se vulnera otro principio fundamental del estado de Derecho como es la división entre la función pública y la actividad privada, que se traduce en que solamente podrán ejercer atribución de su competencia expresamente por la Ley y pre-*

via asunción por parte de quien vaya a ocupar el cargo de su calidad de funcionario del Estado con el Juramento de rigor".

"Pero ahí no para la secuencia de vicios de la Resolución acusada. Porque además usurpa funciones que la ley ha atribuido a otras entidades del Estado como lo son el mismo Ministerio, el INCOMEX, la Junta de Importaciones y la Superintendencia de Industria y Comercio, poniéndolas todas ellas en cabeza de la Comisión que se crea. Es así como le asigna atribuciones para presentar cupos globales de importación que compete determinar al Ministerio de Agricultura, para establecer parámetros para decidir importaciones individuales que han sido ya determinadas por la ley, para decidir las importaciones individuales que pueden realizarse que compete decidir a la Junta de Importaciones y para verificar el cumplimiento de las cuotas de absorción que es atribución de la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras".

"Para redondear este cuadro de ilegalidades se pretende fundamentar la norma en una disposición legal que autoriza la creación de Comisión cuya razón de ser es la recomendación de política de precios y la determinación de normas técnicas de calidad, sin siquiera hacer mención de estas funciones en parte alguna de su texto".

"Todo lo anterior se puede reducir en un vicio de nulidad que es la incompetencia del Ministerio para dictar esa Resolución, que presenta todos los matices que se sintetizan en esta recapitulación".

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

El Ministerio de Agricultura, que se hizo parte y dio contestación a la demanda, defiende por medio del apoderado de la entidad la legalidad del acto que se impugna, para lo cual hace hincapié en el ejercicio de las atribuciones otorgadas por los artículos 3º y 4º del Decreto 133 de 1976 los cuales permiten a la entidad demandada fijar las cuotas de absorción obligatorias de materias primas de producción nacional, así como el correspondiente otorgamiento de licencias de importación atinentes con la misma materia prima.

También considera la parte impugnadora de la demanda que la integración de la Comisión creada por el acto demandado obedece a una necesidad imperiosa de concertar y distribuir equitativamente la participación de quienes deben opinar sobre el tópico de aceites y grasas comestibles, como para el caso se hizo entre dignatarios del Gobierno y representantes gremiales; en el primer caso, como defensores de los consumidores; y en el segundo, integrado por productores de materias primas y fabricantes de productos agropecuarios, conocedores directos de la oferta, demanda y comercialización de los productos intermedios y finales.

Para desvirtuar los cargos de la demanda la parte impugnadora razona así:

1. Frente al primer cargo se expresa en la contestación de la demanda:

"(...) Dentro del esquema de transformación del Sector Agropecuario, con el objeto de lograr un mayor crecimiento y desarrollo y generar al mismo tiempo un flujo de divisas más significativas en el proceso de intercambio se prevé como meta a corto y mediano plazo la adopción de mecanismos a través de los cuales se puede lograr un proceso de tecnificación superior.

"En este orden de ideas se contempla la posibilidad de adoptar una alternativa que en orden de ventajas comparativas, dada la misma vocación que tiene el país hacia el sector agropecuario pueda generar factores positivos.

"Esa alternativa de solución, consideramos, se plantea en el desarrollo de la agroindustria, que como tal es una actividad económica que genera mayor valor agregado a los productos provenientes del sector agropecuario, previa transformación, preservación y conservación de los mismos hasta dejarlos en una etapa final de comercialización. Es así, como en el país encontramos agroindustrias de significativa importancia como el azúcar, el algodón, los aceites y grasas comestibles, el cacao, la panela, productos cárnicos, etc., en los cuales, en su proceso productivo se requiere del aporte de la industria para llegar a un producto final, pero esa participación de la técnica, no debe desligar la responsabilidad que al Ministerio de Agricultura le compete en cada una de esas etapas de evolución o transformación del producto."

"La función del Ministerio de Agricultura no se limita a cumplir con la fase inicial de *producción de materias primas*, sino que las actividades que se enmarcan dentro del Ministerio de Agricultura como políticas agropecuarias, CUBREN TODO EL PROCESO: producción, transformación y comercialización.

"Así lo ha entendido el legislador al establecer que le corresponde al Ministerio de Agricultura la adopción de la política en materia agropecuaria y en lo relativo al aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables; lo cual significa optimizar al máximo los beneficios que se derivan de una actividad agropecuaria que se delinie sobre políticas macro-económicas.

"En consecuencia, en nuestro criterio no existe causal de violación alguna de las normas orgánicas de los Ministerio de Desarrollo Económico y de Agricultura (Decretos 152 y 133 de 1976), pues debe tenerse en cuenta que todos los productos del sector agropecuario requieren de un proceso de transformación industrial y es tal vez esa razón un principio de desarrollo que el país de tiempo atrás exige como cambio estructural a fin de obtener del sector agropecuario una relación de progreso más generosa para las inversiones en ese sector."

2. En cuanto hace relación con la segunda causal o grupo de cargos contra el acto acusado, la apoderada del Ministerio de Agricultura expresa:

"(...) Tal como quedó consignado en la parte considerativa de la Resolución 070 de 1982, el Comité de Coordinación Ejecutiva del sector Agropecuario mediante Acta No. 003 del 27 de enero de 1982, y el Consejo Directivo de Comercio Exterior, como consta en el acta No. 002 del 9 de febrero del mismo año; (sic) autorizaron con su visto bueno la creación de la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles, dando cumplimiento al precepto legal anteriormente citado.

...

"Con esta conformación, en la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles, se le está dando representación a los tres sectores que intervienen en la política de oleaginosas en el país; productores, industria y gobierno, como representante de los consumidores. (sic).

"Las decisiones en materia de importaciones de aceites crudos y semillas oleaginosas se establece de acuerdo a un balance que previamente elabora la Unidad de Agricultura de la Oficina de Planeamiento del sector agropecuario con base en el cual se establece el faltante en grasas y semillas en el país, previo análisis que se efectúa de la producción, existencia y consumo interno.

"Lo anterior posibilita al Ministerio de Agricultura para fijar un cupo global a importar semestral o anualmente.

"El legislador en el artículo 3º del Decreto 133 de 1976, entre las funciones que le asigna al Ministerio de Agricultura prevé en el numeral 9º la de: "Señalar cupos globales de importación y exportación de productos o insumos agropecuarios.

"De otro lado, el artículo 11 del Decreto 151 de 1976, establece que corresponde a la Junta de Importaciones aprobar total o parcialmente, aplazar o improbar las solicitudes para importar bienes comprendidos en la lista de licencia previa o en la de prohibida importación en los casos señalados en el artículo 73 del Decreto 444 de 1967."

"Con lo anterior, queda desvirtuada la Segunda Causal de violacion expuesta por el demandante al pretender afirmar que la Comision de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestible desarrolla facultades regulatorias y administrativas."

3. Por último, frente a la tercera causal invocada por la demanda, la parte impugnadora expone:

"(...) Con igual fundamento me propongo manifestarle al Honorable Consejo de Estado, que la enumeración que trae el artículo de las entidades gubernamentales con las cuales el INCOMEX coordinará la política de comercio exterior, no es taxativa, sino enunciativa, tal es así que el Decreto 133 de 1976

por el cual se reestructura el sector Agropecuario, en su artículo 3º numeral 9º señala como función del Ministerio de Agricultura, la fijación de cupos globales de importación y exportación de productos e insumos agropecuarios; sin que por ello se pueda afirmar que se está violando el Decreto 151 de 1976; todo lo contrario la función que se le asigna al Ministerio de Agricultura en el numeral 9º del artículo 3º, tiene además, como soporte legal al Decreto 151 de 1976, que dentro de la expresión "entidades gubernamentales que desarrollen labores complementarias", da total cabida al Ministerio de Agricultura entre otros."

"Además se debe destacar que el Ministerio de Agricultura a través de la Comisión de Aceites y Grasas Comestibles y con una política de concertación, previo análisis de la situación de abastecimiento interno lo que hace es por medio del Ministro de Agricultura presentar un estudio al Consejo Directivo de Comercio Exterior, en donde con base en los parámetros anteriormente descritos fija un cupo de importación global en forma semestral o anual, no solamente en materia de aceites y grasa comestible, sino en todos los productos en donde el país es deficitario y requiere de una programación de importación que garantice en forma oportuna el abastecimiento interno y que le permita a la Junta de Importaciones, programar en forma eficiente los recursos de que dispone para el año en vigencia.

"En tales circunstancias en el Ministerio de Agricultura el que presenta todos los años un programa de importación de alimentos del IDEMA y es el Consejo Directivo de Comercio Exterior el que aumenta o disminuye el cupo global de importación de acuerdo con los recursos en divisas existentes en el país.

"En otros casos el Consejo Directivo de Comercio Exterior adiciona por productos los cupos de importaciones ya autorizados previo análisis que hace de la situación de abastecimiento interno que afronta el país como consecuencia de una disminución en la producción interna causada por inundaciones o por fuertes veranos, todo ello se motiva en una solicitud que haga el Ministerio de Agricultura y con base en un análisis pormenorizado de la situación existente en relación al producto en mención.

"Ni el Ministerio de Agricultura, ni la Comisión de Aceites y Grasas tiene injerencia alguna en la aprobación o negación de licencias de importación, esta es una función que le compete como tal a la Junta de Importaciones.

"De otra parte la fijación de cuotas de absorción de materias primas agropecuarios nacionales corresponde, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º numeral 7 del Decreto Ley 133 de 1976, a los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Económico. La citada norma a la letra dice: "El Ministerio de Agricultura cumplirá las siguientes funciones: ... 7.- Fijar de acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Económico, cuotas de absorción obligatorias de las materias primas de producción nacional..." El Decreto Ley 152 de 1976, que regula la estructura y atribuciones del ministerio de Desarrollo Econó-

mico, en su artículo 1º literal i), establece que corresponde a este último Ministerio "fijar, en unión del Ministerio de Agricultura *en los asuntos de su competencia...*" las referidas cuotas de absorción obligatorias de materias primas nacionales, de tal manera que ha de entenderse que cuando el Ministerio de Desarrollo fija, conjuntamente con el de Agricultura, cuotas de absorción obligatoria en los asuntos de la competencia de este último, lo hace sin la intervención de ningún otro organismo y de conformidad con las competencias especiales atribuidas al Ministerio de Agricultura por el Decreto 133 de 1976, que es su estatuto orgánico. En el texto comentado del Decreto Ley 152 de 1976, la expresión "... y del Departamento Nacional de Planeación ..." es disyuntiva y no copulativa. Ello quiere decir que el Ministerio de Desarrollo Económico debe fijar con el Departamento Nacional de Planeación las cuotas de absorción obligatoria de materias primas nacionales, cuando el primero no lo haga conjuntamente con el de Agricultura en las materias que son de competencia de este último. En otras palabras, el artículo 1º literal i) del Decreto 152 de 1976, no modifica lo preceptuado por el numeral 7º del artículo 3º del Decreto Ley 133 de 1976, sino que antes bien, aclara que las cuotas de absorción de materias primas agropecuarias, deben ser fijadas por el Ministerio de Agricultura, conjuntamente con el de Desarrollo; y que las que se refieran a materia prima no agropecuarias deben fijarse por el Ministerio de Desarrollo en unión con el Departamento Nacional de Planeación".

"Lo anterior obedece a la necesidad de racionalizar un mercado, disciplinario, tener un control sobre la oferta y la demanda, darle vitalidad a una política de protección al productor nacional y encauzar el otorgamiento de unas importaciones que desde luego, se convierte en un incentivo o en un estímulo al industrial internamente, por su diferencia en precios (precio interno - precio externo) hacia aquellas empresas que realmente están laborando en el país.

"El Sub-sector de aceites y grasas lo constituyen más o menos unas treinta y una empresas de las cuales no todas están funcionando y con la recomendación individual del cupo de importación lo que buscamos es que el Estado asigne un cupo de materias primas en aceites crudos importados a aquellas empresas que tienen presencia en el mercado y no contribuir con la asignación de importaciones a empresas que no están operando.

"De otra parte, cabe anotar que el Ministerio de Agricultura sí tiene injerencia en la política de precios de los aceites y grasas, en tal sentido la industria se ha sometido a un control de precios que le ha fijado el Ministerio de Agricultura (Decreto 133 de 1976, artículo tercero, numeral 8), y cuando por cualquier circunstancia la industria incrementa de manera exorbitante los precios de aceites y grasas el Ministerio de Agricultura plantea en la Comisión de Aceites y Grasas la posibilidad de solicitarle al Consejo Directivo de Comercio Exterior la importación de aceites líquidos refinados para ser distribuidos por el IDEMA a fin de regular la política de precios en el mercado interno.

"Con la presentación que acabamos de hacer, se observa que el demandante acomodó la interpretación de las normas para llegar a conclusiones que no se compadecen con el espíritu que se tuvo al expedir la Resolución 070 de 1982, que efectivamente lo asigna a la Comisión de Aceites y Grasas Comestibles tareas de opinión, consejo y consulta."

En el alegato de conclusión la demandada expone sus argumentos, reiterando los de la contestación de la demanda, en estos párrafos que la Sala transcribe:

"(...) 1o. La existencia de los organismos consultivos o coordinadores dentro de la Administración Nacional, está contemplada en el inciso 4º del artículo 1º del Decreto Extraordinario 1050 de 1968. Allí se expresa que tales entes "funcionarán con carácter permanente o temporal, y con representantes de varias entidades estatales y, *si fuere el caso, del sector privado,* los que la Ley o el Gobierno determine" (lo subrayado no es del texto)".

"Por su parte el artículo 11 *ibídem*, agrega: " Las unidades ministeriales que cumplen funciones de asesoría o coordinación se denominan oficinas o Comités, y *Consejos cuando incluyen personas ajenas al Ministerio*".

"En desarrollo de estos preceptos, el artículo 47 del Decreto Extraordinario 2420 de 1968, por el cual se restructuró el sector agropecuario estableció la creación de la Comisión de Mercadeo Exterior al decir: "Para regular el mercado exterior de productos agropecuarios, el Instituto de Mercadeo Agropecuario integrará comisiones, cuya función primordial será efectuar las labores de consecución y mantenimiento de mercados externos de acuerdo con las delegaciones que para el efecto le haga el IDEMA, y hacer recomendaciones relativas a normas sobre calidad de los productos y precios de exportación de los mismos.

"Parágrafo 1o.: "Cada comisión de Mercadeo Exterior... estará integrada por siete (7) miembros, cinco (5) de los cuales serán representantes de los exportadores y productores del artículo o artículos respectivos...".

"Posteriormente, en el año de 1976, con la expedición del Decreto Extraordinario 133 de 1976, en su artículo 4º, se traslada, la facultad arriba citada, del Idema, al Ministerio al ordenar: "Para regular el mercadeo exterior de productos agropecuarios, el Ministerio podrá integrar comisiones con la función primordial de recomendar la política de precios y establecer normas sobre calidad de los productos.

"Parágrafo 1o. Cada comisión de mercadeo tendrá su Director Ejecutivo y estará integrada por el Ministro de Agricultura o su delegado, quien la presidirá, por los demás miembros que se señalen en el correspondiente acto constitutivo, *en el cual se dará representación a los gremios de la producción...*" (lo subrayado no es del texto).

"De la lectura de estas disposiciones no puede concluirse cosa diferente a que la creación de la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles es plenamente legal, ya que no sólo está autorizada por los decretos que organizan al sector Agropecuario, sino también por las normas que en forma general determinan la reorganización y funcionamiento de la Administración Nacional, y, además, a que por orden expresa, en ella deben tener representación los gremios, ya sea de los productos de materias primas, así como de los fabricantes, quienes por ser conocedores directos de la oferta, demanda y comercialización de los productos pueden prestar una valiosa colaboración.

"O sea, que con la expedición de la norma acusada, lejos de incurrirse en una violación al Decreto 133 de 1976, lo que se llevó a cabo fue su desarrollo y cumplida ejecución.

2o. Como se expresó en el memorial de contestación de la demanda, las funciones del Ministerio de Agricultura en desarrollo de la adopción de la política de materia agropecuaria no pueden circunscribirse a la fase inicial de la producción de materias primas, sino que deben cubrir todo el proceso de producción, transformación y comercialización. Así se ha previsto en los numerales 5º y 6º del artículo 3º del Decreto 133 de 1976, al fijársele a la entidad, entre sus atribuciones las de: dictar normas de carácter general en materia de asistencia técnica, calidad, utilización y comercialización de productos o insumos agropecuarios y, recomendar a los organismos competentes del Estado las medidas que fueron aconsejables para fomentar la producción y la distribución de productos agropecuarios.

3o. "El Ministerio de Agricultura sí tiene ingerencia en la política de Comercio Internacional.

"Al respecto, observamos lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 21 de abril de 1988, expediente No. 1747, donde expresa "El artículo 3º ordinal 9o. del Decreto 133 de 1976 facultó al Ministerio de Agricultura para "señalar cupos globales de importación y exportación de productos o insumos agropecuarios", expresando que el Incomex está obligado a condicionar la aprobación de licencia de importación y exportación de productos o insumos agropecuarios así como sus prórrogas, a los cupos que periódicamente fije el Ministerio.

"Se trata de una disposición que, a juicio de la Corte encaja perfectamente dentro del concepto de dirección general de la economía consagrado en el artículo 32 de la Constitución, una de cuyas manifestaciones primordiales consiste según la misma norma constitucional, en la intervención por mandato de la ley (el Decreto 133 de 1976 es una ley desde el punto de vista material)" "*en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes ... para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral* (subraya la Corte)".

"Pero además, los Ministerio son unidades coordinadoras y orientadoras de la política estatal, en las materias de sus respectivas competencias, de modo que la fijación de cupos globales de importación y exportación, según las circunstancias que afectan el mercado y la economía nacional, para obtener efectos tales como la regulación de precios, aseguramiento del consumo interno, el equilibrio de la balanza comercial, la protección de la producción nacional y muchos otros, es la función elemental dentro de las que competen a los despachos ministeriales, en especial al de Agricultura teniendo en cuenta los asuntos propios de la política a su cargo y era natural que se le incluyera en un decreto llamado a desarrollar la facultad legislativa de reestructurar los ministerios (Ley 28 de 1974).

...

"Las personas a quienes el gobierno designa como miembros de juntas, consejos o comisiones, no tienen por ese solo hecho el carácter de empleados oficiales, sino de simples auxiliares de la administración, así lo prevé el artículo 5º del Decreto Extraordinario 1950 de 1973 y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Su nombramiento, remoción y responsabilidades, se rigen por normas diferentes de las existentes para los empleados oficiales al servicio del estado. Por lo tanto, los particulares integrantes de la comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles, en ningún momento pueden ser calificados como empleados del Estado y, si no tienen tal calidad mal puede afirmarse que con la creación del citado organismo se haya incurrido en violacion a los artículos 20, 63 y 65 de la Constitución Política, normas éstas que reglamentan lo referente a las Ramas del Poder Público y a sus servidores."

EL CONCEPTO FISCAL

Sobre el particular discurre del siguiente modo:

"El sector agropecuario fue reestructurado por medio del Decreto 133 de enero de 1976. Este Decreto dispuso, por medio del numeral 10 de su artículo 3º asignar la organización y el manejo del mercado exterior de productos agropecuarios, entre otros, *a las comisiones de mercadeo exterior*, las que según el mismo Decreto tendrán la función primordial de recomendar la política de precios y establecer normas sobre calidad de los productos. Enseguida se dispuso sobre los miembros que deberán integrarla pudiendo después en el acto constitutivo de la misma, señalar los demás.

"De todas maneras establecer que la integrará el Ministro de agricultura o su Delegado, quien la presidirá, ordenándose que se dará representación a todos los gremios de la producción. Y fue concretamente en la sesión No. 02 de febrero 9 de 1982 del Consejo Directivo de Comercio Exterior integrado entre otros por los Ministros de Desarrollo, de Hacienda, de Agricultura, Director

del Incomex donde se acordó *recoger y aprobar* la creación de la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles. Si, como se constata, fue el Decreto que reestructuró al Ministerio de Agricultura el que creó un organismo para el manejo de su mercado exterior de *productos agropecuarios*, cómo no iba a ser el mismo Ministerio el que produjera el acto constitutivo de su "Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles"?

"Por otra parte, son claras las funciones otorgadas a la Comisión en cuanto a que deberá encargarse de acuerdo con su decreto generador -el No. 133 de 1976- de la "organización y manejo" del mercado exterior de productos agropecuarios. El acta que creó la comisión dice como su objetivo es "asegurar la absorción de la producción nacional de materias primas oleaginosas y racionalizar la asignación de cupos individuales de importación."

"Conforme a lo anterior no se observa ni usurpación de competencia entre Ministerios, ni falta de actividades regulatorias o administrativas por estar ellas autorizadas y también, por cuanto es clara la disposición de que de ella deberán formar parte o mejor "se dará representación a los gremios de producción", obviamente de los productores del sector agropecuario. Lo contrario sería dejar por fuera partes interesadas y constituiría denegación de oportunidades a los gremios de origen particular que desempeñan labor primordial y ameritan su representatividad, como son la Sac, Fedegrasas, Coldeaceites y otros representantes desafiliados".

No existiendo causal que anulice la actuación surtida, se entra a considerar el fondo de la litis planteada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se examinarán los cargos en contra del acto acusado en el mismo orden de su formulación.

PRIMER CARGO.

Acerca de la glosa que se le hace a la Resolución 070 cuestionada, relacionada con la incompetencia del Ministerio de Agricultura para proveer sobre asuntos agropecuarios y la competencia que en cambio para ello se afirma la tiene el Ministerio de Desarrollo, observa la Sala lo siguiente:

Resulta muy simplista y arcaico el enfoque de la demanda al considerar, con apoyo en definición del Diccionario de la Lengua Española, que la actividad que cae dentro de la órbita de acción del Ministerio de Agricultura, cuando se habla en el Decreto 133 de 1976 de que corresponde a éste.

"La adopción de la política en materia "agropecuaria" (artículo 1º) es la que tiene que ver con el sector primario de la economía relacionado con la obtención de materias primas o productos naturales sin transformar.

El Ministerio de Agricultura precisamente y dentro de la repartición de funciones entre los Ministerios se dedica específicamente a atender la cuestión agropecuaria, que incluye la agrícola en su sentido más amplio y no en el restringido que le atribuye la demanda, y que comprende naturalmente la agroindustria o industrialización de la agricultura que tiene que ver con la producción, transformación y comercialización de los productos agrarios.

No se concibe que Colombia se haya quedado rezagada de los ingentes cambios tecnológicos sufridos en el sector de la agricultura. "En los últimos lustros -afirma la Enciclopedia Práctica de la Economía Tomo 7 página 42, año 1983- la agricultura ha experimentado una transformación como resultado de las nuevas tecnologías. Primero tuvo lugar la sustitución de fuerza humana y manual por las máquinas. Después, la modernización del sistema de transporte por tierra mar y aire. Posteriormente la química aplicada a la agricultura ha permitido atacar las enfermedades de los animales y las plantas y ha proporcionado nutrientes, aditivos y herbicidas. Finalmente, la introducción de la genética ha mejorado el proceso de selección, crecimiento y desarrollo de las plantas y de los animales utilizados en la agroindustria.

"La industrialización de la agricultura ha generado un nuevo sistema de producción agropecuario que se base en la explotación económica del campo en colaboración con las industrias que procesan o transforman los productos agrícolas para producir alimentos o materias primas para otras industrias (textil, construcción, etc).

"Los alimentos que consume toda la población, en los países donde opera el sistema agroindustrial expuesto, se adquieren en los detallistas, que constituyen el último eslabón de la cadena y que se conoce como sector de la distribución.

"El tipo de empresas que forma parte de eslabones de la cadena productiva comercial se denomina *agroindustrial*.

"Las Empresas que proporcionan a la agricultura sus medios de producción o lo que se denominan IMPUTS agrícolas, han adquirido una gran importancia con el desarrollo económico. Son las empresas de piensos, semillas, equipo y maquinaria, así como las de distribución, transporte, energía, envases y productos químicos utilizados para mejorar la producción agropecuaria.

"Las empresas agroindustriales forman parte del sistema agroindustrial nacional e internacional que proporciona alimentos y fibras naturales a la población.

"Con el desarrollo económico se ha incrementado el comercio internacional de productos agrarios, que, a su vez, se ha hecho más complejo y más interdependiente. La población del mundo está formada en un 60% por agricultores que en su mayoría no son de carácter comercial. Por otro lado, los países desarrollados, que poseen solo el 30% de la población mundial, producen el 60% de los alimentos que se consumen en el mundo".

Obsérvese dentro del mismo orden de razonamiento que el Decreto 133 de 1976 "por el cual se reestructura el Sector Agropecuario" no es ni siquiera en su misma expresión escrita restringido al referirse a la cuestión agrícola, pues véase que, por ejemplo en el artículo 3º numeral 8º le señala al Ministerio de Agricultura la atribución de determinar la "política de precios de los *productos* o insumos agropecuarios". El número 10 habla de asignar al IDEMA, la organización y el manejo del mercado exterior de *productos* agropecuarios... etc. La palabra "*producto*" debe entonces entenderse en su sentido amplio sin hacer la distinción que pretende el actor entre los que se encuentran en su estado natural y éstos cuando han sido transformados industrialmente. De lo contrario se desconocería principio elemental de hermenéutica jurídica.

Del mismo modo nótese que entre los establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado adscritos los primeros y vinculados los segundos, al Ministerio de Agricultura se halla una gran variedad que satisface diferentes necesidades del sector agropecuario, que no necesariamente tienen que ver con la obtención natural de los productos de la tierra, así: el Banco Cafetero, el Instituto de Mercadeo Agropecuario, Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, el Instituto Colombiano Agropecuario, la Empresa de Comercialización de Productos Perecederos -Empocer S.A.-, el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, el Instituto Colombiano de Reforma Agraria.

De todo lo cual se concluye que el aspecto de los aceites y grasas comestibles sí está comprendida dentro de la órbita de asuntos de competencia del Ministerio de Agricultura.

SEGUNDO Y TERCER CARGOS.

Relativos a las atribuciones de la Comisión de Mercadeo Exterior de Aceites y Grasas Comestibles.

El acto administrativo demandado es la Resolución 070 de 1982 expedida por el Ministerio de Agricultura, por medio de la cual se crea dicha Comisión.

A. La autorización legal para crear dicha Comisión está provista en el Decreto Ley 133 de 1976, reestructural del sector Agropecuario, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 28 de 1974, así:

"Artículo TERCERO. El Ministerio de Agricultura cumplirá las siguientes funciones:

1o. Asignar la *organización y manejo del mercado exterior* de productos agropecuarios al Idema, a otros organismos especializados, o a las Comisiones de Mercadeo Exterior de que trata el artículo siguiente previo concepto del Comité de Coordinación Ejecutiva del Sector Agropecuario y con el visto bueno del Consejo Directivo de Comercio Exterior.(se subraya).

"Artículo CUARTO. Para regular el mercadeo exterior de productos agropecuarios, el Ministerio podrá integrar comisiones con la función primordial de recomendar la política de precios, y establecer normas sobre calidad de productos.

PARAGRAFO 1o. Cada Comisión de Mercadeo Exterior tendrá su Director Ejecutivo y estará integrada por el Ministro de Agricultura o su delegado, quien la presidirá, por los demás miembros que se señalen en el correspondiente acto constitutivo, en el cual se dará representación a los gremios de la producción.

PARAGRAFO 2o. Las decisiones de las comisiones de mercadeo exterior requerirán para su validez, el voto favorable del Ministro de Agricultura o su delegado". (se subraya).

Las normas anteriores evidencian que las funciones asignadas a la Comisión se contraen al *mercadeo exterior* de grasas y aceites comestibles y en relación con su organización, manejo y regulación. Luego sí constituye ella centro de imputación de actividades administrativas, contrariamente a lo sostenido en la demanda.

Mas se repite, sus funciones atañen a la faceta de mercadeo exterior, razón por la cual deberán excluirse las tareas de *importación* que en varias de las disposiciones de la Resolución 070 se encomiendan ilegalmente a la Comisión, así:

1. En el artículo 1º se le da la atribución de organizar el manejo del "Comercio Exterior". Más como éste está integrado según el Decreto 444 de 1967 por los factores de exportación e importación, habrá de anularse esa expresión en cuanto abarque las importaciones.

Del artículo 2º, literal a) se anulará el vocablo "importación" relacionado con los cupos globales de los productos objeto de regulación por la Comisión.

II. En cuanto hace el literal b) del artículo 2º hay lo siguiente.

Cuando a la Comisión se le atribuye la función de determinar los "parámetros que se utilizaran para las asignaciones individuales de importación" en el literal mencionado, se arroga la competencia que ya viene dada al Instituto Colombiano de Comercio Exterior a través del Consejo Directivo de Comercio Exterior y la Junta de importaciones en el Decreto 444 de 1967, artículo

77, que en forma minuciosa y en 8 literales (a a h) señala los criterios que debe tener en cuenta dicho Instituto "al estudiar la licencia (de importación) con el objeto de aprobar, improbar o reducir su cuantía." (se pone entre paréntesis).

Habrá por lo tanto de anularse la palabra "*importación*" del mencionado literal b).

También correrá la suerte de anulación la oración final del literal b) que dice que debe tenerse en cuenta "el cumplimiento de las cuotas de absorción de las materias primas oleaginosas nacionales" porque la cuestión relacionada con cuotas de absorción cae en el campo de las importaciones ajeno, como se dijo, a las funciones de la Comisión.

Aunque resulte innecesario hacer el siguiente comentario, la Sala manifiesta que la forma general como está redactada la oración referida no permite afirmar indubitablemente que la verificación de la observancia de las antedichas cuotas se le haya atribuido a la Comisión. Con todo se invalidará por las razones anotadas en el párrafo precedente.

III. Respecto del literal c) del artículo 2º sobre la facultad asignada a la Comisión de llevar el registro de importadores y exportadores también se anulará.

En efecto: dentro del mismo orden de razonamiento anterior, la materia de las importaciones escapa a la esfera de actividades de la Comisión; y en cuanto hace al registro de exportadores, es ésta última función confiada específicamente al Incomex por el Decreto 444 de 1967, artículo 50, así que no puede apropiársela la Comisión.

B. Debe responderse por último a la glosa sobre que la integración de la Comisión cuenta con representantes de los gremios privados de la producción, que ello está previsto en el artículo 4º, paragrafo 1º del Decreto 133 de 1976, antes transcrito, en armonía con el artículo 1º inciso 4º del Decreto 1050 de 1968.

Además de conformidad con el parágrafo 2º del mismo artículo 4º la validez de las decisiones que se toman en el seno de tal comisión se subordinan al "voto favorable del Ministro de Agricultura o de su delegado."

Entonces, aunque haya miembros en la Comisión de extracción del sector privado, la voz cantante y sonante y el voto decisorio en las deliberaciones que en la misma se adopten los tiene el Ministro de Agricultura, como cabeza responsable y director que es de la actividad agropecuaria dentro del contexto de la administración pública nacional.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la Repúbli-

ca de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él.

F A L L A:

1o. DECLARASE la nulidad de la Resolución No. 070 del 1o. de marzo de 1982 expedida por el señor Ministro de Agricultura y en relación con lo siguiente:

La expresión "comercio exterior" del artículo 1º debe entenderse en el sentido de excluir el concepto de "importaciones".

De la expresión "importación" del literal a) del artículo 2º.

De las expresiones "importación" y "teniendo en cuenta, para tal efecto, el cumplimiento de las cuotas de absorción de las materias primas oleoginosas nacionales" del literal b) del artículo 2º del literal c) del artículo 2º.

2o. Mantiénese dicha resolución en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente sentencia fue discutida en varias sesiones y aprobada en la del tres de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO/ ACUERDO DE CARTAGENA/ DERECHO COMUNITARIO

El Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria, implicando tal afirmación que una norma nacional que aparentemente lo contradiga queda supeditada a él. La interpretación prejudicial que dentro de las prácticas del derecho internacional "deberán" tenerse en cuenta los principios de libre consentimiento y de la buena fé y la norma *"pacta sum servanda"*, universalmente reconocidos, significa y traduce el postulado jurídico de lo que se conoce como derecho comunitario, como expresión que es, a su vez de una especie de autolimitación estatal. Empero, ese contenido preceptual, en el caso *"sub-lite"* no ha sido desconocido, ni por su forma ni por su objeto, como que la disposición reglamentaria enmarca su previsión y efectos, ni se advierte como por el señalado objeto de la reserva establecida para actividades de inversionistas nacionales, pueda generar quebranto o entrar en contradicción con la misma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., once (11) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1068. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: MANUEL PACHON MUÑOZ.

Procede la Sala a decidir la solicitud de nulidad de los artículos 2, 24 y 26 del Decreto 1265 de 1987 que, en ejercicio de la acción de nulidad y en escrito de 2 de noviembre de 1988, instaurará el Dr. Manuel Pachón Muñoz.

ACTOS ACUSADOS

Materia de enjuiciamiento, en el presente proceso, lo constituye, como se ha anotado el Decreto Reglamentario 1265 de 10 de julio de 1987 expedido por el señor Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por los ordinales 3 y 20 del artículo 120 de la Constitución Nacional y "Por el cual se reglamenta la decisión número 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y se dictan otras disposiciones", cuestionamiento el formulado, que gravita sobre el artículo 2º en la parte que en texto de la demanda se destaca: "...salvo en las siguientes actividades reservadas para inversionistas nacionales: los servicios públicos, las comunicaciones en todos los campos y por cualquier medio, la programación de televisión, la distribución y exhibición de películas, el transporte interno de pasajeros excepto el de carácter turístico y la construcción de vivienda".

El parágrafo primero del artículo 24: "Lo dispuesto en este artículo no se aplica a las actividades reservadas a que se refiere el artículo 2 del presente decreto".

El artículo 26 *ibídem:* "La participación de inversionistas extranjeros en entidades financieras se regirá por las normas vigentes y las que sustituyen, modifiquen o adicionen".

NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE TRANSGRESION

Como normas de rango superior que el accionante estima quebrantadas por el ordenamiento decretal precitado, cita e invoca: Artículo 120-3 de la Constitución Nacional. Artículo 120-20 de la Carta. Artículo 5º del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado por la Ley 17 de 1980. Artículos 1, 3 y 17 de la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Artículo 2º, inciso 1º de la Ley 8a. de 1973.

IMPUGNACION

En escrito del 21 de abril de 1989, el ente demandado a través de apoderado especial, impugnó la demanda incoada, formulando oposición a las pretensiones del libelo.

CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público, en su concepto de fondo, estima que "...entre las normas demandadas y las que se pretenden violadas, existe una especie de concurrencia y casi analogía que no presentan la violaciones que pretende el actor, razón por la cual tampoco deberían prosperar las nulidades propuestas".

HECHOS

Como antecedentes constitutivos de la *causa petendi*, se consignan en el escrito demandatorio, los siguientes:

Primero. "El Presidente de la República en ejercicio de las facultades preveídas en el artículo 120, 3) y 20) de la Constitución Nacional dictó el Decreto 1265 de 1987, por el cual se reglamenta la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y se dictan otras disposiciones".

Segundo. "En el Decreto Reglamentario 1265 de 1987 se incluyen las tres disposiciones acusadas, esto es, los artículos 2º parágrafo primero del artículo 24 y 26".

Tercero. "Las facultades otorgadas en los ordinales 3 y 20 de la Constitución Nacional no facultan al Presidente a reglamentar la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en la forma como lo hizo, pues las normas reglamentarias contrarían las definiciones de los artículos referentes a inversionistas extranjeros, inversión extranjera, empresa nacional y empresa mixta.".

Cuarto. "Las disposiciones acusadas contrarían abiertamente varias normas superiores de derecho y en particular el artículo 17 de la Decisión 220 en concordancia con el 1o. ibidem, que no establecen sectores reservados para el inversionista nacional".

CONSIDERACIONES

Objetivo cardinal de las consideraciones de la Sala, es el de examinar, mediante un análisis comparativo, si, como lo denuncia el accionante, el decreto acusado es violatorio de las normas superiores indicadas en el libelo.

En primer lugar, manifiesta el actor que el acto acusado transgrede el artículo 120 de la Constitución Política en sus numerales 3 y 20. Este artículo, dice que "Corresponde al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa:

"1. ...

"2. ...

"3. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes;

"...

"20. Dirigir las relaciones diplomáticas y comerciales con los demás Estados y entidades de derecho Internacional, nombrar los agentes y diplomáticos,

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

recibir los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso".

El aserto de vulneración del canon constitucional 120, en la especificidad contenida en los numerales 3 y 20, preinsertos, solo es posible advertirlo, como resultado a su vez de la transgresión de las normas legales o mandamientos de orden superior a ellas; hipótesis que entonces plasmaría en la realidad jurídico-positiva, el desbordamiento de la potestad reglamentaria, así como la desviación y quebranto de la facultad para el manejo de las relaciones con lo organismos internacionales.

En el caso *sub-examine*, estima la Sala que esos mandamientos de naturaleza legal, como las disposiciones comunitarias, no han sido incididas en forma antijurídica por el ejercicio de aquella potestad si se considera, como adelante se precisará, que el decreto enjuiciado no introduce reglas diferentes a las establecidas por el derecho comunitario, y no lo transgrede, se anota, porque la disposición decretal cuestionada al reservar actividades para inversionistas nacionales en sectores de la economía, no excluye la operatividad ni el reconocimiento de la empresa nacional a la cual se refiere el artículo 17 de la Decisión 220, punto nuclear a la acusación en el presente proceso.

Y en modo alguno quebranta el ordinal 20 del predicado canon constitucional porque, en verdad, no se advierte conexión o relación alguna entre el decreto materia de acusación y esa precisa facultad que el Código Político señala al Presidente de la República, relación de causalidad, que se agota en el nudo concepto del nulidiscente, cuando, en el acápite pertinente del libelo expone:

"El ordinal 20 del Art. 120 de la Constitución faculta al Presidente de la República para manejar las relaciones con los organismos internacionales, y en desarrollo de dicha facultad el inciso primero del artículo 2 de la Ley 8 de 1973 dispuso que le corresponde al gobierno:

"Dirigir las relaciones con la Comisión y la Junta, lo mismo que con otros organismos del Acuerdo Subregional Andino".

"Esta facultad de amolda a lo dispuesto en el Artículo 120, 20 de la Carta, pero lo que no se puede hacer es que en ejercicio de la facultad de dirigir las relaciones con la Comisión se tomen medidas que contraríen las normas emanadas de la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, pues en dicho supuesto se estaría ejerciendo la facultad de dirigir las relaciones de la Comisión con desviación de las facultades propias del funcionario que profirió el acto".

La posición argumental que precede, no suministra elemento de juicio válido para fundar jurídicamente el desacato y el desvío de funciones que se expone como premisa de la pretensión de nulidad. No se adivina cómo, en forma clara y directa, pueda surgir la transgresión que se advera por ese solo aspecto de la función de

dirigir las relaciones con la Comisión y la Junta lo mismo que con otros organismos del Acuerdo Sub-regional Andino, si el aserto como en el caso sub-análisis, no se respalda con una proposición fundada clara y concreta de un padecimiento que se consume en la órbita de una personal deducción.

Resulta de obviedad meridiana que si la facultad del ordinal 20 del artículo 120 de la Carta, como se ha puntualizado, en su ejercicio no deviene en transgresión o no es posible afirmar el mérito que por él, por su ejercicio, se predice por el actor, la Ley 8a. de 1973, en el mandamiento invocado, tampoco ha sido desacatado.

En cuanto al artículo 5º del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, se comenzará su estudio con la cita del texto mismo:

> "Los países miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.
>
> "Se compromete, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación.".

Dice el actor que lo anterior no es otra cosa que la reiteración del principio de la preeminencia del derecho comunitario y que sin esa preeminencia no se lograrían sus fines y propósitos. En la interpretacion prejudicial solicitada por esta Sección al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, al referirse al artículo 5 en mención, dice que "el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria en todos los Países Miembros". "Asímismo ha de recordarse que, según jurisprudencia de este Tribunal, son características inherentes al ordenamiento del Pacto Andino su identidad y autonomía propias, que constituye un derecho común, forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales sin que puedan oponerse a él medida (sic) o actos unilaterales de los Países Miembros".

Se colige, de lo transcrito, que la interpretación del alto Tribunal Internacional concuerda con lo afirmado por el demandante en cuanto a la preeminencia del derecho comunitario y, de ahí, que se afirme igualmente que el Acuerdo de Cartagena es imperativo, de aplicación obligatoria, implicando tal afirmación que una norma nacional que aparentemente lo contradiga queda supeditada a él. No es otro el espíritu de la interpretación teleológica como método funcional en la valoración de las normas comunitarias que busca, con las realizaciones conjuntas, el logro de objetivos comunes. Dicho por otra parte, la interpretación prejudicial, que dentro de las prácticas del derecho internacional "deberán tenerse en cuenta los principios de libre consentimiento y de la buena fé y la norma *pacta sum servanda,* universalmente reconocidos, y apoyando su afirmación en la misma convención cuando señala que "Todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fé" (artículo 26). y establece que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del cumplimiento de un tratado ...." (artículo 27). Ello, en verdad, significa y traduce el postulado jurídico de lo

que se conoce como derecho comunitario, como expresión que es, a su vez de una especie de autolimitación estatal. Empero, ese contenido preceptual, en el caso *sub-lite* no ha sido desconocido, ni por su forma ni por su objeto, como que la disposición reglamentaria, como se deduce de la interpretación hecha por el Tribunal de Justicia de Cartagena, enmarca su previsión y efectos, sin implicar desmedro a la supradicha disposición, ni se advierte cómo por el señalado objeto, de la reserva establecida para actividades de inversionistas nacionales, pueda generar quebranto o entrar en contradicción con la misma.

Finalmente, con relación a los artículos 1, 3 y 17 de la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, tenemos:

El artículo 1º define lo que para los efectos del Régimen del Acuerdo se entiende por Inversión Extranjera Directa, Inversionista Nacional, Inversionista Subregional, Inversionista Extranjero, Empresa Nacional, Empresa Mixta, Empresa Extranjera, Reinversión, País Receptor, Comisión, Junta, País Miembro.

En dos puntos se puede resumir lo que la Sala estima pertinente expresar sobre el ataque presunto a esta norma por parte del Decreto acusado: a) El artículo 1º solamente hace una serie de definiciones sobre la nomenclatura del régimen en el que se basa el Acuerdo de Cartagena. No se ve cómo el decreto que está reglamentando la Decisión 220 a dicho Acuerdo viola dichas definiciones sobre las cuales no entra a hacer disposición alguna que las contraríe o modifique. b) El actor, al hacer la transcripción de algunas de esas definiciones (folios 13, 14, 15 y 16) no dice por qué el artículo 2º (parcialmente) el parágrafo primero del artículo 24 y el artículo 26 del Decreto 1265 de 1987, infringen el artículo 1º de la Decisión 220 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y tal deducción no le compete a la Sala hacerla de oficio. No es procedente por consiguiente, la nulidad de dicho artículo.

El texto de los artículos 3 y 17 de la Decisión 220 es del siguiente tenor:

"Artículo 3. Los países Miembros no autorizarán inversión extranjera directa en actividades que consideren adecuadamente atendidas por las empresas existentes".

"Artículo 17. Cada País Miembro podrá reservar sectores de actividad económica para las empresas nacionales, públicas o privadas, y determinará si se admite en ellos la participación de empresas mixtas".

En su libelo acusatorio, manifiesta el actor que "como por arte de magia, después de principiar el artículo 2 del Decreto Reglamentario 1265 así: "Podrán establecerse empresas extranjeras..." a renglón seguido reserva actividades a inversionistas nacionales, como si el concepto opuesto a empresa extranjera, fuera inversionista nacional y no empresa mixta o empresa nacional". En el Decreto 1265, dice el accionante, se confunden los conceptos de empresa nacional y de inversionista nacional, haciendo seguidamente una serie de disquisiciones en torno a lo establecido en la Decisión 220 y a lo prescrito en el Decreto demandado.

No será necesario el profundizar en elaboradas teorías interpretativas a fin de dilucidar el verdadero sentido del decreto parcialmente demandado en nulidad ni su conformidad o disconformidad con las normas que le son superiores. Las precisiones pertinentes están ya dadas por el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena en la interpretación prejudicial que imploró esta Sección a solicitud muy enfática del mismo demandante, quien no se limitó a sugerir su procedencia sino que consignó en el memorial de demanda la manera de solicitarla, las normas que serían objeto de la misma, el contenido de la interpretación, la identificación del proceso, el informe que se debía adjuntar y, lo que es más transcendente, el alcance de tal interpretación. A este respecto, manifiesta el actor (folio 29):

> "Como quiera que la sentencia que dicte el Consejo es un proceso de única instancia y en consecuencia no es susceptible de recurso alguno, en el derecho interno se deberá suspender el fallo, hasta que se disponga la interpretación prejudicial, según lo dispone el artículo 28 del Tratado, y que obligatoriamente debe pedir el Consejo y seguirla, pues su papel se limita a aplicar las normas de derecho de la integración a los hechos, ya que la interpretación le corresponde al Tribunal del Acuerdo de Cartagena".

Las actividades reservadas para inversionistas nacionales establecidas en el Decreto 1265 de 1987, se justifican solamente por la necesidad de mantener un mínimun de facultades, una esfera reservada de la acción estatal en la que se pueda mantener la independencia elemental de toda democracia organizada y un campo en el que se desarrolle, sin cortapisas de influencia externa, los principios y las obligaciones principales del Estado entre ellas los servicios públicos, los programas de construcción de vivienda, la propiedad y el control de los canales de comunicación radial y televisiva y el transporte interno de pasajeros.

Es por ello, que la sutileza que se quiere ver con ciertas expresiones que, definidas como ya vimos en el artículo primero de la Decisión 220, no puede prestarse a equívocas interpretaciones que pretendan dar al traste con el buen espíritu que la norma gubernamental que ocupa el banquillo acusatorio en este proceso conlleva. Está avalada esta concepción de la Sala, por la interpretación del Alto Tribunal requerido cuyo concepto, en forma afortunada lo acepta de antemano el demandante, debemos acatar. En efecto, dice así la sentencia internacional a folio 15 de su texto (97 del expediente):

> "2.6 Los conceptos de inversionista y de empresa no son excluyentes entre sí sino complementarios. El *inversionista* es la persona natural o jurídica que aporta capital a una empresa. En sentido general, *la empresa*, como organización de los diversos factores de la producción, es la unidad económica a la cual concurren medios personales, materiales e inmateriales con el fin de producir bienes o servicios. El artículo 1 de la Decisión 220 determina quienes pueden ser inversionistas nacionales. En primer lugar, puede serlo el Estado, ya sea directamente por uno de sus órganos, o por intermedio de entes descentralizados con personalidad jurídica de derecho público, o por medio de

algunas de las formas societarias previstas por el derecho privado. Además pueden serlo las personas naturales que sean nacionales de uno de los Países Miembros, las personas jurídicas nacionales que no persiguen fines de lucro, las empresas nacionales definidas en el artículo 1, las personas naturales extranjeras que cumplan las condiciones exigidas en dicho artículo 1 y, por último, las inversiones propiedad de inversionistas subregionales que reúnan las condiciones exigidas por el mismo artículo 1 de la citada Decisión.".

La conclusión de la sentencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, es aún más expresiva y directa sobre la no contrariedad con el espíritu del Acuerdo de Cartagena por parte del Decreto demandado:

"b) El artículo 3º de la Decisión 220 autoriza a los Países Miembros para prohibir la inversión extranjera directa en actividades que consideren adecuadamente atendidas por las empresas existentes. Esta norma deja en libertad a cada País Miembro para determinar, según su criterio, si una actividad está adecuadamente atendida y para escoger el medio jurídico que exprese esa decisión".

Expuesto lo anterior, 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, después de haber consultado la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y escuchado el concepto del señor Agente del Ministerio Público y estando de acuerdo con ambas interpretaciones,

FALLA:

SE NIEGAN las súplicas de la demanda.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO GENERAL/ ACTO PARTICULAR/ PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA/ PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La aplicación del principio de legalidad basado en la jerarquía normativa implica que cuando una autoridad dicta un acto general y ella misma es la encargada de sus aplicaciones individuales, aunque aparentemente esos actos tienen la misma jerarquía, por su origen, debe entenderse que los actos de aplicación individual están sometidos al acto general en el cual se fundamentan, sin perjuicio de que la misma autoridad pueda modificar en cualquier momento el acto general. Pero mientras éste se encuentre vigente, deberá cumplirlo en los casos de aplicación individual. Lo contrario conllevaría a una concepción absurda de la jerarquía normativa y a un desconocimiento de la seguridad jurídica que para los individuos debe resultar del ejercicio de las facultades de reglamentación por parte de las autoridades.

FALLO INHIBITORIO-Improcedencia/ **SUSTRACCION DE MATERIA**-Improcedencia

El efecto retroactivo propio de los fallos de la jurisdicción contencioso administrativa hace necesario un pronunciamiento aún en relación con actos derogados pero que estuvieron vigentes, ya que en caso de ilegalidad ésta ha podido producir efectos que serán, en consecuencia, también ilegales y que, por lo mismo, además del interés de la legalidad en abstracto, pueden dar lugar a controversias o situaciones que interesen al particular o particulares afectados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 154. Actor: Norwich Colombiana S.A.

La sociedad nacional Norwich Colombiana S.A. acude a esta Corporación en acción de restablecimiento del derecho que presuntamente reputa conculcado y demanda la nulidad de las Resoluciones números 13455 de 10 de septiembre de 1985 (parcialmente) y 16588 de 5 de noviembre de 1985, ambas expedidas por el Ministerio de Salud.

I. PRETENSIONES DE LA ACTORA

El objeto del litigio lo plantea la actora en las siguientes pretensiones que aparecen a folios 29 y 30 del expediente:

a) Que se declaren nulos el artículo 1º de la Resolución 13455 de 1985 "en lo que se refiere a la fijación de precios de los productos Macrodantina 50 mg. y Macrodantina 100 mg." y la Resolución 16588 de 1985, proferidas por el Ministerio de Salud, que aparecen en copias autenticadas a folios 3 a 6 del expediente.

b) Que a título de restablecimiento del derecho el Consejo de Estado fije los "precios reales de los productos Macrodantina 50 mg. y Macrodantina 100 mg. siguiendo el procedimiento establecido por la Resolución No. 6376 de 1980 expedida por el Ministerio de Salud y con base en lo dictaminado por los peritos".

c) Subsidiariamente, en el evento de que esta Corporación no pueda fijar el precio real de los productos, que se ordene al Ministerio de Salud "fijarlos dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta (sic) sentencia, con base en los precios que en este juicio se determinen según el dictamen pericial".

d) "Como segunda petición subsidiaria" y en defecto de la solicitud indicada en el literal c) que antecede, se ordene al Ministerio de Salud fijar el precio de los productos "dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, con base en la aplicación de las reglas del artículo 3º y siguientes de la Resolución 6376/80".

II. LOS HECHOS DE LA DEMANDA

La actora señala estos *Hechos* en su escrito de demanda, como fundamento de la misma:

1. La entidad demandante es la fabricante en Colombia de los productos Macrodantina 50 mg. y Macrodantina 100 mg.

2. Como fabricante autorizada, la actora venía fabricando esos productos "bajo la presentación comercial de sistema de empaque en foil de aluminio".

3. El 15 de enero de 1985 Minsalud autorizó el cambio de presentación comercial de los dos productos, de foil de aluminio, por "frascos plásticos, conservando la cantidad de 40 cápsulas por frasco".

4. Al autorizar Minsalud el cambio de presentación comercial de productos, la sociedad actora solicitó a Minsalud "la fijación de un nuevo precio máximo al público para los productos en las nuevas presentaciones comerciales de frascos plásticos securitainer por 40 cápsulas".

5. Tal solicitud se hizo con base en el artículo 33 de la Resolución 6376 de 1980 de Minsalud, que para el caso "implica la obtención de un nuevo precio".

6. Según el procedimiento de tal Resolución 6376/80, la actora presentó los documentos respectivos, según los cuales lo nuevos precios que debería fijar Minsalud era: Para Macrodantina 50 mg., frasco por 40 cápsulas: $446.oo; y para Macrodantina 100 mg., frasco por 40 cápsulas: $ 706.oo.

7. Mediante la Resolución 13455/85, que es uno de los actos demandados, minsalud fijó estos precios, que "*no eran nuevos precios* sino los mismos a los que se venían vendiendo los productos bajo su antigua presentación comercial; para Macrodantina 50 mg., frasco por 40 cápsulas: $297,30 y para Macrodantina 100 mg., frasco por 40 cápsulas: 453,10.

8. Notificada al actor tal Resolución 13455/85 el 17 de septiembre de 1985, interpuso reposición para que se revocara y en su lugar se fijaran nuevos precios a los productos conforme a los análisis de costos de producción que presentó, con aplicación de lo ordenado por la resolución 6376/80.

9. Por la resolución 16588/85, también aquí acusada, se confirmó la resolución impugnada (la 13455) por considerar Minsalud que el cambio de envase y empaque de cajas a frascos "no conlleva ninguna modificación sustancial de producto". Esta resolución 16588 se notificó a la actora el 12 de noviembre de 1985, con lo que se agotó la vía gubernativa.

III. NORMAS PRESUNTIVAMENTE VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

En el capítulo correspondiente de su escrito de demanda (fls. 34 a 43), el actor fundamenta sus pretensiones en una serie de normas legales y consideraciones, que pueden resumirse en la presunta violación de los artículos 1º, 3º y 33 de la Resolución No. 6376 de 1980, expedida por el Ministro de Salud y "por la cual se establece el procedimiento para fijar y revisar los precios de los medicamentos", por las siguientes razones:

1. Que a través de la citada Resolución, el Ministerio de Salud estableció una política general para la fijación y revisión de los precios de los medicamentos, de acuerdo con su artículo 1º.

2. Que el artículo 3º señala el procedimiento que debe cumplirse para fijar el precio de un medicamento.

3. Que, de acuerdo con la misma resolución, existen unos casos en los cuales *hay lugar a fijación de precios por primera vez* (artículo 6º) otros en que *hay lugar a fijación de nuevos precios* (artículo 33) y otros en que *no hay lugar a fijación de nuevos precios* (artículo 32).

4. Que entre los casos en que hay lugar a fijación de nuevos precios está el de CAMBIO DE PRESENTACION COMERCIAL DEL PRODUCTO.

5. Que como Norwich Colombiana S.A. obtuvo autorización para efectuar un cambio en las presentaciones comerciales de sus productos Macrodantina 50 y 100 mg. y presentó al Ministerio de Salud todos los documentos necesarios, el Ministerio debía fijar nuevos precios a dichos productos, aplicando el procedimiento y la fórmula matemática contenida en el artículo 3º de la Resolución 6376 de 1980.

6. Que como el Ministerio no fijó nuevos precios sino que mediante las resoluciones acusadas se limitó a mantener los precios que venían rigiendo, por considerar que *el cambio de envase y empaque de cajas a frascos no conlleva ninguna modificación sustancial del producto,* con lo cual estableció una nueva condición no señalada en la Resolución 6376, violó esta última en sus artículos 1º, 3º, y 33.

7. Que las normas acusadas, que hacen parte de las Resoluciones Nos. 13455 de septiembre 10 de 1985 y 16588 de noviembre 5 de 1985 estaban sometidas a la Resolución No. 6376 de 1980, por tratarse de actos individuales, mientras que la última resolución citada es un acto administrativo general, es decir, creador de situaciones objetivas o reglamentarias, en el cual se fundamentan las primeras.

8. Que al expedirse las resoluciones acusadas contrariando la resolución 6376 de 1980, que constituye su fundamento y marco general, se configura la causal de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., consistente en la expedición de los actos acusados con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiera.

IV. LA ACTUACION SURTIDA

De conformidad con las normas correspondientes establecidas en el C.C.A., al proceso de la referencia se le dio el trámite asignado al procedimiento ordinario

y, en consecuencia, como aparece en autos, en el caso *sub-judice* grosso modo consta:

Por providencia de 21 de marzo de 1986 (fl. 50), se admitió la demanda y se dispuso la prosecución procesal pertinente.

Conforme a providencia de 27 de junio de 1986, que obra a folios 55-56, se decretaron las pruebas solicitadas por la actora (oficios, certificaciones, nuevo requerimiento sobre los antecedentes administrativos correspondientes, escogencia de peritos para el dictamen pericial decretado y aplazamiento para decidir acerca de la inspección judicial pedida).

Del folio 68 al 169 aparecen los respectivos antecedentes administrativos remitidos por la Dirección de Vigilancia y Control del Ministerio de Salud.

Por proveído de 19 de septiembre de 1986, visible al folio 171, se designaron los expertos para rendir el dictamen pericial ordenado, quienes tomaron posesión de su cargo conforme a las respectivas actas que obran a folios 174 y 175. Por auto de 2 de diciembre de 1986 (folio 177), se dispuso que los peritos deberían rendir su experticia dentro del término allí indicado.

El dictamen pericial conjunto y suscrito por los dos peritos posesionados previamente, aparece a los folios 180 a 188.

Mediante providencia de 17 de marzo de 1987 (folio 190), se ordenó dar traslado del dictamen pericial a las partes.

Por considerar innecesario el decreto de la inspección judicial, dado el dictamen pericial y su consonancia con la petición de la actora, por auto de 12 de junio de 1987, (folio 197), no se ordenó la práctica de dicha inspección judicial.

Para que formularan sus alegatos de conclusión por escrito, mediante auto de 28 de julio de 1987 (fl. 199), se ordenó dar el traslado de ley a las partes.

A folios 200 a 210 corre el alegato conclusivo del mandatario judicial de la parte demandante. La parte demandada guardó silencio.

Mediante proveído de 22 de septiembre de 1987, que figura al folio 213, del Despacho del Consejero Ponente ordenó dar el traslado legal pertinente al colaborador del Ministerio Público para que emitiera su concepto de fondo.

En su concepto de fondo, el Fiscal Primero de la Corporación propone fallo inhibitorio, pero si no fuere pertinente su formulación, presenta su vista de fondo a folios 215 a 218.

Con base en las consideraciones que presenta el Fiscal Primero en su concepto, por auto de 26 de enero de 1988 (folio 220), se ordenó oficiar al Ministerio de Salud para que informara al Despacho si los precios fijados a los productos médicos

por los actos acusados se encontraban o no en vigencia. El Ministerio de Salud respondió con la documentación que aparece a folios 225 a 236.

Ante la documentación enviada por Minsalud a que se acaba de hacer referencia, por auto de 9 de septiembre de 1988 (folio 238) se ordenó remitir el expediente al Fiscal Primero "para que manifieste lo que juzgue pertinente, frente a su concepto de folios 215 a 218, dado que las resoluciones requeridas a Minsalud ya obran en autos (...) y dicho Ministerio señala nuevos precios para los medicamentos de que trata este proceso, conforme se expresa al folio 229".

El Fiscal Primero conceptúa, a folios 240-241, que se ha de proferir fallo inhibitorio, pero dice que si no se acogiere su pedimiento, se remite a lo que planteó en su concepto anterior.

V. CONSIDERACIONES

La Sala considera necesario resaltar los siguientes aspectos fácticos y jurídicos que resultan de las pruebas del expediente y que le permitirán llegar a las conclusiones conducentes a la solución del litigio planteada en el presente proceso.

1o. Mediante la Resolución No. 6376 de 1980, el Ministerio de Salud estableció el procedimiento para fijar y revisar los precios de los medicamentos, con fundamento en el artículo 2º del Decreto Ley 149 de 1976 (folios 11 a 21 v.)

2o. De acuerdo con la Resolución No. 13788 de 28 de septiembre de 1984 (folios 235 y 235 v.) y según lo certifica el Director de Vigilancia y control del Ministerio de Salud (véase oficio No. 28676 que obra a folios 68 y 69), el Ministerio había autorizado los siguientes precios máximos de venta al público para los siguientes medicamentos del Laboratorio Norwich Colombiana S.A.

MACRODANTINA	CAPSULAS	50 mg. caja X 40 (foil)	$ 297.30
MACRODANTINA	CAPSULAS	100 mg. caja X 40 (foil)	$ 453.10

3o. El 15 de enero de 1985, la Jefe de la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos del Ministerio de Salud, previa solicitud de los interesados, autorizó el cambio de sistema de empaque de los productos Macrodantina 50 mg. y Macrodantina 100 mg., para que en lugar de ser empacados en foil de aluminio, se empacarán en frascos plásticos aunque conservando la cantidad de 40 cápsulas (véase folios 7, 8 y 69).

4o. El artículo 33 de la Resolución 6376 de 1980 ordena expresamente que "el cambio de presentación comercial o cambio en la concentración de principios activos en un producto farmacéutico, implica la obtención de un nuevo precio, el cual se fijará de acuerdo con las normas establecidas". Las normas establecidas para la fijación de precios están contenidas en la misma Resolución, entre las cuales vale la pena mencionar el artículo 3º que precisa el procedimiento que debe seguirse

y los artículos 23 y 24 que indican los documentos que deben adjuntarse a la solicitud correspondiente.

5o. Con fundamento en las autorizaciones para el cambio del sistema de empaque de foil de aluminio a frascos plásticos, la sociedad demandante procedió a solicitar al Ministerio la fijación de nuevo precio máximo al público para los productos mencionados, de acuerdo con la documentación que aparece a folios 79 a 160, aportada por el mismo Ministerio, mediante oficio 28677 de agosto de 1986 (folio 161).

6o. De acuerdo con los documentos presentados y con la conclusión del dictamen pericial practicado oportunamente, que aparece a folios 180 a 188 del expediente y que se encuentra en firme por no haber sido objetado, "una vez seguido el procedimiento establecido en el artículo 3º de la Resolución 6376 de 1980 del Ministerio de Salud, en concordancia con los artículos 4º y 5º de la misma Resolución y aplicado a la documentación presentada por Norwich Colombiana S.A. se obtuvieron los siguientes precios"

"Para Macrodantina de 50 mg. $ 446

"Para Macrodantina de 100 mg. $ 706".

7o. Por medio de la Resolución No. 13455 del 10 de septiembre de 1985(que es uno de los actos acusados), el Ministerio de Salud resolvió la solicitud de fijación de nuevos precios para los productos mencionados, en cuyo artículo primero fijo los siguientes precios, que eran los mismos que venían rigiendo:

Para MACRODANTINA CAPSULAS 5O mg. frasco X 40 (foil) $ 297.30

Para MACRODANTINA CAPSULAS 100 mg. frasco X 40 (foil) $ 453.10

Para fijar estos precios, según uno de los considerandos de la resolución, el Ministerio se basó en recomendación del Comité Asesor de Política de Precios de Medicamentos, contenida en el Acta No. 133 del 5 de agosto de 1985 (folio 89).

8o. Ante recurso de reposición interpuesto por la sociedad actora, mediante la Resolución No. 16588 de 5 de noviembre de 1986, el Ministerio confirmó la resolución anterior, para lo cual se fundamentó en que "el cambio de envase y empaque de cajas a frascos no conlleva ninguna modificación sustancial del producto", según la recomendación del Comité de Precios contenida en el Acta No. 135 del 7 de octubre de 1985 (folios 100 y 101).

9o. Los anteriores precios estuvieron vigentes hasta el 14 de marzo de 1986, fecha en que el Ministerio expidió la Resolución No. 03048, según consta en el oficio 29676 que aparece al folio 68 del expediente.

De acuerdo con lo anterior, la Sala llega a las siguientes

VI. CONCLUSIONES

1a. Para la fijación de nuevos precios, al momento de expedir las resoluciones acusadas el Ministro de Salud estaba sometido a la Resolución No. 6376 de 1980 que, aunque expedida por él mismo, constituía el marco general para el ejercicio de esa facultad en cada caso concreto o individual. En efecto, la aplicación del principio de legalidad basado en la jerarquía normativa implica que cuando la autoridad dicta un acto general y ella misma es la encargada de sus aplicaciones individuales, aunque aparentemente esos actos tienen la misma jerarquía por su origen, debe entenderse que los actos de aplicación individual están sometidos al acto general en el cual se fundamentan, sin perjuicio de que la misma autoridad pueda modificar en cualquier momento el acto general. Pero, mientras éste se encuentre vigente, deberá cumplirlo en los casos de aplicación individual. Lo contrario conllevaría a una concepción absurda de la jerarquía normativa y a un desconocimiento de la seguridad jurídica que para los individuos debe resultar del ejercicio de las facultades de reglamentación por parte de las autoridades. Lo anterior es, además, consecuencia lógica de la clasificación de los actos administrativos de acuerdo con su contenido, según la cual aquellos pueden ser generales, individuales y actos-condición, de tal manera que los primeros son los que establecen las pautas a que deben someterse los demás, como resultado de un desarrollo progresivo y jerárquico del ordenamiento jurídico.

2a. En el caso *sub-judice*, al expedir los actos acusados, es decir, las resoluciones 13455 y 16588 de 1985, el Ministro de Salud violó la Resolución 6376 de 1980, específicamente sus artículos 1º, 3º y 33, por varios razones:

a) Porque a pesar de haber autorizado el cambio de sistema de empaque de los productos citados, se fundamentó en consideraciones extrañas a la reglamentación, como la referente a que dicho cambio "no conlleva ninguna modificación sustancial del producto".

b) Porque sin ninguna razón válida desconoció que el cambio de envase y empaque de foil de aluminio a frascos plásticos, implica el cambio de presentación comercial, que constituye, a su vez una de las situaciones que dá lugar a la fijación de un nuevo precio, según lo prevé expresamente el artículo 33 de la Resolución violada.

En relación con este aspecto, la Sala hace notar que dentro del análisis de costos que aparece a folios 70 y 71 del expediente, el funcionario encargado por el Ministerio para dicho análisis hace una serie de consideraciones e inconveniencia si dicho cambio se considerase como cambio de presentación comercial, las cuales obviamente, no son procedentes cuando se trata de la aplicación de las normas jurídicas vigentes. Dichas consideraciones de inconveniencia podían y pueden servir de fundamento al Ministro de Salud para modificar la reglamentación pero no para dejar de aplicarla.

De otra parte, otro funcionario del mismo Ministerio, como es el director de Vigilancia y Control, sí reconoce que se estaba frente a un cambio de presentación comercial, al expresar en el oficio No. 28676 que aparece a folios 68 y 69 que "todos los cambios de presentación comercial, incluyendo el del caso que nos ocupa (foil de aluminio a frasco plástico), se autorizan en la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos...".

c) Porque, por lo mismo, al expedir las resoluciones acusadas, el Ministro de Salud desconoció el artículo 3º de la Resolución 6376 de 1980 al no aplicar el procedimiento previsto en dicha norma para la fijación de los precios, como quedó demostrado con el dictamen pericial practicado dentro del proceso, a pesar de darse la circunstancia prevista legalmente para ello, y a pesar también de que la sociedad actora cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 23 para la solicitud y trámite de fijación o revisión de precios.

Para llegar a esta conclusión la Sala acoge el dictamen pericial citado, teniendo en cuenta que reúne los requisitos del artículo 241 del C. de P.C., habida cuenta de su firmeza, precisión y clara y sólida fundamentación.

3a. En relación con el planteamiento del señor Fiscal de la Corporación, en el sentido de que debería producirse un fallo inhibitorio por cuanto las posteriores modificaciones de los actos acusados los han dejado sin vigencia y ello haría que cualquier pronunciamiento de fondo sería inicuo, la Sala no comparte esa apreciación por considerar que el efecto retroactivo propio de los fallos de la jurisdicción contencioso Administrativa hace necesario un pronunciamiento aún en relación con actos derogados pero que estuvieron vigentes, ya que en caso de ilegalidad esta ha podido producir efectos que serán, en consecuencia, también ilegales y que, por lo mismo, además del interés de la legalidad en abstracto, pueden dar lugar a controversias o situaciones que interesen al particular o particulares afectados.

En mérito de las consideraciones precedentes, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Declárase la nulidad del artículo primero de la Resolución No. 13455 de septiembre 10 de 1985, en lo que se refiere a la fijación de precios de los productos Macrodantina 50 mg y Macrodantina 100 mg., y la Resolución No. 16588 de noviembre 5 de 1985, por la cual no se repone la anterior, ambas proferidas por el Ministro de Salud.

Segundo. A título de restablecimiento del derecho violado por las Resoluciones a cuya nulidad se refiere el punto anterior, declárase que a partir del 10 de septiembre de 1985, fecha de expedición de la primera de las resoluciones deman-

de septiembre de 1985, fecha de expedición de la primera de las resoluciones demandadas, y hasta que hubieren sido modificados, los precios máximos de venta al público para los medicamentos que se detallan a continuación elaborados por los Laboratorios Norwich Colombiana S.A., son los siguientes:

MACRODANTINA 50 mg. Frasco x 40 cápsulas $ 446.oo

MACRODANTINA 100 mg. Frasco x 40 cápsulas $ 706.oo

Tercero. Comuníquese esta decisión al Ministro de Salud, con remisión de un copia del fallo.

Cuarto. En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diez de mayo de mil novecientos noventa.

Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ALCALDE-Funciones/**CONCEJO MUNICIPAL** -Funciones/ **PRESUPUESTO DE RENTAS MUNICIPAL/ SUSPENSION PROVISIONAL**

La controversia que pueda surgir sobre si la fecha real de representación del proyecto al Concejo y sobre si la aprobación del proyecto equivale o no a su expedición, no son posibles de resolver en una decisión de suspensión provisional sino en el fallo de fondo.

El envío del proyecto de acuerdo sobre presupuesto de rentas y gastos del municipio, para sanción del alcalde en fecha próxima (28 de diciembre) a la iniciación del período fiscal, viola de manera manifiesta normas superiores.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 329 de 1989 (diciembre 27) dictado por el alcalde de Armenia y "por medio del cual se adopta el presupuesto de captación y demanda económica del municipio de Armenia para la vigencia fiscal... de 1990".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1442. Actor: Javier Ocampo Cano.

Procede la Sala a decidir de plano el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Armenia contra el auto del Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 13 de febrero de 1990, en cuanto decretó la suspensión provisional del Decreto 329 de diciembre 27 de 1989, dictado por el Alcalde de Armenia y "por medio del cual se adopta el presupuesto de captación y demanda económica del Municipio de Armenia para la vigencia fiscal comprendida entre el primero (1o.) de enero y

el treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa (1990) y se dictan otras disposiciones".

I. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En el escrito de demanda (Punto V.- folios. 28 a 30 del Cuaderno No. 1), el actor solicita y sustenta de modo expreso que se decrete la suspensión provisional del auto acusado, por considerar que existe manifiesta infracción de la siguientes disposiciones legales por parte de dicho acto, por las razones que se indican de manera resumida para cada una de ellas:

PRIMER CARGO. Violación del artículo 43 del C.C.A. y del artículo 1º de la Ley 57 de 1985, porque tales normas condicionan la obligatoriedad de los actos administrativos a su íntegra publicación y el acto acusado sólo se publicó parcialmente.

SEGUNDO CARGO. Violación del numeral 5 del artículo 197 de la Constitución Nacional, porque el Alcalde de la ciudad de Armenia adoptó por decreto un presupuesto no aprobado por el Concejo Municipal, no obstante que el Cabildo había aprobado dentro de las sesiones ordinarias el proyecto presentado.

TERCER CARGO. Violación del artículo 113 del Decreto 1333 de 1986, porque el Alcalde al recibir del Concejo de Acuerdo 023 de 1989, en lugar de cumplir la obligación legal de sancionarlo u objetarlo, expidió el Decreto 329 de 1989, donde dispuso sobre la materia de que trata el acuerdo, burlando así la voluntad del Concejo Municipal.

CUARTO CARGO. Violación del artículo 51 de la Ley 38 de 1989, aplicable a los municipios por mandato del artículo 264 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 94 de la misma Ley 38 de 1989, por cuanto:

- El Alcalde adoptó un presupuesto no aprobado por el Concejo, bajo el erróneo supuesto de que dicha corporación no expidió oportunamente el presupuesto para 1990, a pesar de que este último sí fue aprobado el 9 de diciembre de 1989, dentro del término legal señalado en el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986.

- Si el Consejo Municipal no hubiera aprobado el presupuesto dentro del término legal, lo que autoriza la norma es la repetición del presupuesto y no la adopción del presentado por el Gobierno.

QUINTO CARGO. Violación del artículo 78 del Decreto Municipal 065 de 1985, "si se aceptara que fuere aplicable al Municipio de Armenia", porque ninguno de los supuestos previstos en esa norma para la adopción del presupuesto presentado por el gobierno se dio en relación con el acto acusado, ya que el presupuesto fue aprobado por el Concejo dentro del término legal y el gobierno no presentó el

proyecto el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre sino el día 29 de noviembre de 1989.

II. EL AUTO APELADO

El Tribunal decretó la suspensión provisional solicitada, con fundamento en la siguiente consideración:

Que el numeral 5º del artículo 197 de la Constitución faculta al Concejo para expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del Municipio, con base en el proyecto presentado por el Alcalde. Como está probado en el expediente que dicho organismo aprobó el proyecto presentado por el ejecutivo, en sesiones del 7, 8 y 9 de diciembre, "al Alcalde le correspondía esperar a que llegar a su despacho dicho acto, para hacer uso de las facultades que la ley otorga, como son: objetarlo o sancionarlo, pero en ningún momento disponer lo que señaló en el decreto atacado, cosa que solo podía hacer en el caso de haber presentado oportunamente el proyecto de presupuesto al concejo, sin ser aprobado por éste en forma oportuna".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del Municipio de Armenia, fundamenta el recurso interpuesto en los siguientes argumentos (folios 7 a 12 del Cuaderno No. 2):

1o. Que el Alcalde presentó al Concejo el proyecto de presupuesto para el año de 1990, el 1o. de noviembre de 1989, como lo comprueba la copia auténtica que anexa del oficio sin número de esa fecha, en el cual aparece la constancia de recibido en la misma fecha, a las 5.50 p.m., con firma y sello de la Secretaría del Consejo Municipal, con lo cual se cumplió la primera parte del artículo 266 del Decreto 1333 de 1986, que dice: "En el primer día de las sesiones ordinarias del mes de noviembre, el Alcalde presentará al Concejo el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia próxima".

2o. Que el Consejo aprobó el presupuesto en las sesiones de los días 7, 8 y 9 de diciembre de 1989, pero lo expidió el 28 de diciembre, ya que la expedición se produce cuando se remite, se envía o se extiende por escrito un documento, según el análisis que con apoyo en algunos diccionarios hace el apelante sobre el significado de la palabra *expedir*. Por lo anterior, no se cumplió la segunda parte del artículo 266 del Decreto 1333 de 1986, ya citado, que dice: "El acuerdo correspondiente deberá ser expedido por el Concejo Municipal durante las sesiones de noviembre de cada año, incluido el período de prórroga", el cual, según el artículo 79 del mismo decreto va hasta los diez primeros días del mes de diciembre.

3o. Que como el Consejo envió el presunto el 28 de diciembre de 1989, estaba por fuera del término y era imposible que el Alcalde lo rechazara o impugnara dentro del término de cinco días que para las objeciones fija el artículo 113 del

Decreto 1333 de 1986, pues el presupuesto debía empezar a regir el 1o. de enero de 1990.

4o. Que como el Alcalde envió el proyecto de presupuesto el 1o. de noviembre y el Consejo no lo expidió dentro del término legal (antes del 10 de diciembre), de conformidad con el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 78 del Código Fiscal de Armenia (Decreto Extraordinario No. 065 de 1985) el Alcalde estaba autorizado para poner en vigencia el presentado por el gobierno municipal.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para que proceda la institución excepcional de la suspensión provisional de los actos administrativos, de conformidad con el artículo 152 del C.C.A. y en tratándose de la acción de simple nulidad como en el caso presente, se requiere:

a) Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

b) Que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

En el caso *sub-judice*, como quedó consignado en el punto I de este proveído, el actor solicitó y sustentó la suspensión provisional de modo expreso en la demanda.

En relación con la posible infracción manifiesta de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión, la Sala encuentra lo siguiente:

1o. A pesar de la certificación presentada por el demandante en el sentido de que el Alcalde presentó al Concejo el proyecto de presupuesto para 1990 el 29 de noviembre de 1989 y no el 1o. de ese mes, como lo prevé el artículo 266 del Decreto 1333 de 1986, aparece en el expediente el documento que obra a folio 17 Cdno. 2, presentado por el apoderado del Municipio, que prueba lo contrario, es decir, que el Alcalde sí presentó el proyecto de presupuesto el día 1o. de noviembre de 1989.

2o. Como consta en las Actas Nos. 022, 023 y 024 de diciembre 7, 8 y 9 de 1989, respectivamente, que aparecen a folios 3 a 12 del Cdno. 1, el Consejo Municipal de Armenia le dio aprobación al proyecto de acuerdo de presupuesto para el año de 1990 dentro del término que establece el ya citado artículo 266 del Decreto 1333 de 1986.

3o. En consecuencia, no es evidente que el Alcalde haya presentado el proyecto de presupuesto para 1990 por fuera del término establecido por la ley, ni que el Concejo haya expedido dicho presupuesto por fuera de los términos vigentes para ello. La controversia que pueda surgir sobre la fecha real de presentación del proyecto al Concejo y sobre si la aprobación del proyecto equivale o no a su

expedición, no son posibles de resolver en una decisión de suspensión provisional sino en el fallo de fondo con el cual terminará el proceso.

4o. De conformidad con lo anterior y de acuerdo con los artículos 111, 112 y 113 del Decreto 1333 de 1986, lo que procedía una vez aprobado en tercer debate el proyecto de acuerdo, era pasarlo al Alcalde para su sanción y publicación, pudiendo éste objetarlo dentro de los términos indicados en el último de los artículos citados.

5o. Según se desprende de la certificación expedida por el Secretario del Consejo, que aparece al folio 15 del Cdno. 1 y es aceptado por el apoderado del Municipio, el proyecto fue enviado al alcalde para su sanción solo el 28 de diciembre. Teniendo en cuenta que la ley no establece un término preciso para el envío al Alcalde de los proyectos aprobados, la demora en hacerlo podría implicar una falta disciplinaria por parte del responsable de dicho envío, si se probare su negligencia y más aún si esa demora tuviera por finalidad impedir al Alcalde objetar el proyecto ante la inminente iniciación del período fiscal, pero no le permitía a este último desconocer que el proyecto que él había enviado había surtido el trámite legal y había sido aprobado en último debate el 9 de diciembre.

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala considere que con la expedición del decreto demandado se violaron de manera manifiesta las normas superiores a que se refieren los cargos segundo, tercero y cuarto de la solicitud de suspensión provisional.

En efecto, frente al numeral 5 del artículo 197 de la Constitución Nacional y al artículo 113 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), al Consejo Municipal le corresponde "expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del municipio, con base en el proyecto presentado por el alcalde", y este último "dispone del término de cinco días para devolver con objeciones un proyecto que no conste de más de veinte artículos y de ocho días cuando el proyecto pase de ese número de artículos. Además "si el alcalde una vez transcurridos los términos indicados, no hubiere devuelto el proyecto objetado, deberá sancionarlo y promulgarlo" y "si el Concejo se pusiese en receso dentro de esos términos, el alcalde está en la obligación de publicar el proyecto sancionado u objetado, dentro de los seis días siguientes a aquel en que el concejo haya cerrado sus sesiones".

De otra parte, si bien es cierto que la atribución conferida al Concejo por el numeral 5 del artículo 197 de la Constitución debe ejercerse conforme a la ley, esta última a través del artículo 51 de la Ley 38 de 1989, aplicable a los municipios por mandato del artículo 34 de la misma ley, regula un situación en la cual el Alcalde puede repetir el presupuesto anterior, cuando el proyecto ha sido presentado en tiempo pero no ha sido aprobado oportunamente por la corporación correspondiente, de los documentos públicos aducidos con la solicitud de suspensión provisional y con el recurso resulta que en el caso *sub-judice* no se presentó tal situación, por lo que eran de obligatorio cumplimiento los principios establecidos en los citados

numeral 5 del artículo 197 de la Constitución y artículo 113 del Decreto 1333 de 1986, sin referencia a otras normas.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que según lo previsto por el artículo 152 del C.C.A. "basta que haya manifiesta infracción de *una de las disposiciones invocadas*" (subraya la Sala) para que proceda la suspensión provisional, no es necesario entrar al análisis de los demás cargos para confirmar el auto apelado.

En mérito de lo expuesto la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

RESUELVE:

1o. CONFIRMAR el auto del Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 13 de febrero de 1990, objeto del recurso de apelación.

2o. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor para lo pertinente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha diecisiete de mayo de mil novecientos noventa.

*Pablo J. Cáceres Corrales,*Ausente con excusa legal; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Simón Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRALORIA DISTRITAL -Funciones/ **DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA/ CONTROL FISCAL**

La Contraloría Distrital carece de potestad para imponer a la administración una conducta distinta al seguimiento de unas reglas contables, de la forma de rendir unos informes para el registro de la deuda y para la vigilancia misma de los recaudos y pagos. Tampoco puede señalar el aparato administrativo políticas o criterios de empleo y aprovechamiento financiero de los dineros públicos, ni asignarle a las juntas directivas atribuciones en esa materia ni en otra distinta. El control fiscal se inicia cuando la administración ha expresado su voluntad en una providencia que decreta un pago a cargo del tesoro público.

CONFIRMA LA NULIDAD de los siguientes artículos de la Resolución 25 de 1984 (abril 27) dictada por el Contralor de Bogotá: del artículo 2º la frase "Previa aprobación de la junta directiva de la entidad inversora"; artículo 6º artículo 7º; del artículo 8º la frase del literal a) que dice "cuyo capital pagado sea o exceda de cien millones de pesos" y la totalidad de los literales b) y c); del artículo 9º las frases: "los límites o cuantías establecidas en el artículo 8º de..." y "pero en todos los casos se...".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.*

Referencia: Expediente No. 951. Actor: CLARA INES DIMIAN BARRERA. Decisión: Sentencia de segunda instancia.

I. LAS PARTES

El 4 de julio de 1984 la ciudadana CLARA INES DIMIAN BARRERA demandó al Distrito Especial de Bogotá y pidió a esta Jurisdicción Contencioso-Administrativa se declarara la NULIDAD de la Resolución No. 25 del 27 de abril de 1984, dictada por el Contralor de Bogotá. Las partes que conformaron la relación procesal fueron:

I. DEMANDANTE: La Sra. CLARA INES DIMIAN BARRERA, ciudadana colombiana y abogada titulada quien ejerció la acción de simple nulidad y actuó en su propio nombre.

II. DEMANDADO: El DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, entidad territorial representada en este proceso por la Contraloría y la Personería distritales. Ambos organismos de Bogotá impugnaron la demanda y formularon el recurso de reposición contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

El auto admisorio de la demanda fue notificado al Alcalde Mayor de Bogotá y al Contralor de este Distrito.

II. LA CUESTION CONTENCIOSA

A. Los planteamientos del actor

En uso de la acción de nulidad la mencionada ciudadana propuso y sostuvo en su demanda lo siguiente:

1. *La pretensión*

La demandante pide "se declare judicialmente la nulidad de la Resolución 25 dictada por el Señor Contralor del Distrito Especial de Bogotá el día 27 de abril de 1984", "por la cual se dictan unas disposiciones sobre inversión y colocación de fondos del Distrito Especial de Bogotá y sus Entidades Descentralizadas".

La resolución demandada contiene reglas sobre el manejo financiero y mejor aprovechamiento de los fondos públicos del Distrito Especial de Bogotá; reglas a seguir por la Tesorería para los gastos de esos dineros; requisitos a cumplir por la Administración para obtener las autorizaciones fiscales de la Contraloría en la inversión, reinversión y colocación de los fondos del Distrito; oportunidad de las autorizaciones particulares que expiden las Juntas Directivas de las entidades inversionistas con el mismo objeto; condiciones en cuanto a la naturaleza de las instituciones bancarias y financieras en donde se afecten las inversiones; intereses a percibir por el Tesoro de Bogotá; cuantías, plazos y limitaciones de las inversiones; prescripciones especiales para los fondos del Servicio de Salud de Bogotá y del Fondo Educativo Regional FER en el sentido de mantener sus depósitos en

bancos oficiales; instrucciones a los auditores y revisores fiscales destacados por la Contraloría en las entidades y organismos distritales y derogatoria de la Resolución 37 de 1982.

El acto demandado dispuso regir a partir de la fecha de su publicación. Sin embargo, aparece en el expediente demostrado que el Contralor Distrital no ordenó su publicación en los medios oficiales y se limitó a divulgar la resolución 25 de 1984 mediante el envío de copias a las dependencias oficiales del Distrito.

2. ***Los fundamentos de la demanda***

El respaldo de las pretensiones de la actora se concretan en razonamientos de puro derecho sin que existan, fuera de la prueba de la no publicación de la resolución atacada y del derecho distrital aplicable, hecho que justifiquen el alegato.

La fundamentación jurídica consiste en sostener que la Resolución reglamentaria 25 de 1984 del Contralor de Bogotá, viola el artículo 190 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 41 y 42 del Decreto Extraordinario 3133 de 1968, los artículos 1º y 2º del Acuerdo 13 de 1975 originario del Concejo de Bogotá y los artículos 126, 128, 519, 523 y 538 del Código Fiscal de Bogotá adoptado mediante Acuerdo No. 9 de 1976 del Concejo Distrital.

La argumentación de la demandante se concreta en sostener que el Contralor de Bogotá mediante la Resolución 25 de 1984 reguló los aspectos *administrativos* de la colocación e inversión de los fondos públicos de Bogotá, excediendo la competencia que las normas ya referidas le adscriben a ese organismo. Sus funciones, en concepto de la Actora, "están limitadas a la *vigilancia y el control fiscal,* por esta razón no existe norma alguna que faculte al Contralor Distrital para intervenir en la reglamentación de la colocación y manejo de las inversiones que el Tesorero Distrital efectúe con los dineros del distrito". El radio de acción de la Contraloría figura delimitado en los artículos 190 de la Constitución y en el Decreto 3133 de 1968 con los desarrollos que para el distrito expidió el Concejo mediante los acuerdos indicados arriba. Tal delimitación es precisa al remitir a ese Control una potestad de vigilancia sobre las gestiones puramente fiscales, excluyendo toda función e injerencia administrativa.

Agrega, como un segundo argumento, que "la facultad de señalar las entidades financieras y los tipos de inversión que el Tesoro Distrital debe colocar los dineros del Tesoro Distrital es una función de carácter eminentemente administrativo y está reservada por la ley al tesorero Distrital" por especial determinación de los artículos 126 y 128 del Código Fiscal de Bogotá. Cfr. Folios. 2 a 6 del cuaderno.

En síntesis: el razonamiento de la demanda tacha de incompetente al contralor, en el caso de la providencia impugnada, por dos motivos: 1o. *materialmente* su competencia se restringe al campo del control fiscal y no a la gestión propiamente administrativa y 2o. *orgánicamente*, la atribución que ha ejercido con la resolución

25 de 1984 pertenece al Tesorero del Distrito y no al Contralor según las normas del Concejo de Bogotá.

3. ***La petición de suspensión provisional***

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la suspensión provisional solicitada porque no aparecían en el expediente las normas distritales que resultaban quebrantadas ostensiblemente de acuerdo con la sustentación de la demandante.

B. La actuación del demandado

En defensa del acto demandado acudió la Personería de Bogotá. La Contraloría Distrital designó apoderado judicial pero únicamente intervino en el proceso para interponer el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. La tesis de la Personería consiste en señalar que el contenido de la resolución demandada es un desarrollo adecuado y correcto de la vigilancia de la gestión fiscal que la constitución, la ley y los acuerdos del Concejo de Bogotá le atribuyen al Contralor distrital y que el artículo 571 del Acuerdo 9 de 1976 le asigna al mismo funcionario la potestad de reglamentar las atribuciones de los auditores y revisores fiscales y de "determinar los procedimientos que deben emplear en el ejercicio de sus funciones".

III. LA PRIMERA INSTANCIA

La demanda fue tramitada bajo las reglas del juicio ordinario de dos instancias por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su sentencia del 10 de febrero de 1988 el Tribunal acogió, con leves modificaciones, las tesis de la demanda y el Sr. Agente del Ministerio Público quien indicó en su concepto que la Contraloría únicamente ejerce las funciones de vigilante de la gestión fiscal y su atribución administrativa se reduce a dictar las órdenes y reglas necesarias para su propia organización. Indica, recordando genéricamente decisiones del Consejo de Estado, que "dentro de las funciones administrativas inherentes a su organización, tiene competencia la Contraloría para expedir las reglamentaciones *internas* necesarias para su funcionamiento, pero sin que ello implique que tal poder, sin que pueda tal actividad constituirse en pretexto, para invadir las órbitas de la Administración activa".

La sentencia adopta, pues, como criterio para juzgar la legalidad de la Resolución 25 de 1984, la competencia fiscal del contralor y la pertenencia de la atribución administrativa a las autoridades distritales. En tal dirección, la sentencia analiza en detalle el contenido de la resolución demandada y establece en cada uno de sus artículos si el contralor invadió la órbita administrativa de las entidades sometidas a su vigilancia o, simplemente, dispuso reglas destinadas a darle efectividad al control e instrucciones orgánicas e internas a su dependencia.

Al encontrar que parte de la Resolución 25 de 1984 invade la competencia de la Administración, el Tribunal declara su nulidad así:

1. *Artículo 2º que dice:*"La inversión, reinversión y colocación de fondos del Distrito Especial y de sus Entidades Descentralizadas deberá ser autorizada por el Contralor Distrital previa aprobación de la Junta directiva de la entidad inversora y concepto financiero favorable emitido por el Auditor o Revisor Fiscal respectivo".

"El concepto financiero se emitirá con base en el flujo de fondos que cubra el período durante el cual se mantendrá la inversión, el Acuerdo de Gastos vigente, el Balance de Prueba y el informe de Ejecución Presupuestal cortados al final del mes anterior a aquel en que se hace la solicitud de inversión".

"El estudio financiero comprobará que la inversión no impida la atención inmediata de las obligaciones exigibles a su cargo ni la oportuna utilización de los recursos para el destino que se les ha fijado en el presupuesto".

En este artículo se declaró nula la frase "previa aprobación de la Junta directiva de la Entidad inversora".

2. *El artículo 6º que dice:*"Los plazos de las inversiones no podrán ser superiores a un (1) año y cuando el período solicitado cubra parte de la siguiente vigencia fiscal, se autorizarán únicamente por tres (3) meses".

Este artículo se anuló en su totalidad.

3. *El artículo 7º que dice:*"No se podrán realizar inversiones en instituciones privadas en condiciones de seguridad, convertibiliad y rentabilidad que resulten inferiores a las realizadas o realizables por entidades oficiales".

Este artículo se anuló en su totalidad.

4. *El artículo 8º que dice:*"La autorización del Contralor se impartirá teniendo en cuenta las siguientes reglas:

"a) El Distrito Especial y sus Entidades Descentralizadas solo podrán colocar o invertir fondos en Bancos, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Corporaciones Financieras, Compañías de Financiamiento Comercial, Sociedades Fiduciarias cuyo capital pagado sea o exceda de CIEN MILLONES DE PESOS ($100.000.oo)".

"b) El total de las inversiones de cada entidad en un mismo establecimiento de crédito no podrá exceder de la décima parte del capital pagado más la reserva legal de dicho establecimiento".

"c) El valor de la inversión de cada entidad en un mismo establecimiento privado no podrá ser superior al 15% del valor de las inversiones totales en esta-

blecimientos privados. Esta cuantía se determinará sumando las inversiones existentes con los nuevos valores solicitados, excluyendo las efectuadas en establecimientos oficiales".

De este artículo fue declarada nula la frase del literal a) que dice: "cuyo capital pagado sea o exceda de Cien Millones de Pesos" y la totalidad de los literales b) y c).

5. *El artículo 9º que dice:*"Los límites o cuantías establecidas en el artículo 8º de la presente resolución no serán aplicables a las inversiones efectuadas en bancos oficiales o en cuentas o papeles del Banco de la República, pero en todos los casos se requerirá autorización previa del Contralor".

De este artículo quedaron nulas las frases:

"Los límites o cuantías establecidas en el artículo 8º de...", y

"pero en todos los casos se...". El artículo quedó así según la sentencia:

"Las inversiones efectuadas en bancos oficiales o en cuentas o papeles del Banco de la República, requerirán autorización previa del Contralor".

Las demás súplicas de la demanda fueron denegadas.

IV. LA SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a la Sala decidir la apelación interpuesta por el abogado de la Personería distrital.

A. Las apelaciones y su fundamentación

La abogada de la Contraloría Distrital interpuso el recurso de apelación en memorial que obra a folio 112, pero no dio sustento alguno a su inconformidad.

El apoderado judicial de la Personería formuló igual recurso, lo sustentó y alegó en la oportunidad de las conclusiones. Este es el recurso que la Sala entra a conocer y a desatar.

La argumentación del apelante tiene dos aspectos:

a) Una reiteración literal de los argumentos expuestos en la primera instancia para defender el acto acusado, para lo cual transcribe en un solo memorial lo redactado en escritos anteriores. El alegato de conclusiones es la copia de la contestación de la demanda que aparece a folios 52 a 59 del expediente (cuaderno No. 1). Su contenido es el ya mencionado arriba, es decir, que la legalidad de la resolución reposa en el contenido de sus disposiciones que son un claro ejercicio del control fiscal, previo y perceptivo, y una precisión de los procedimientos que deben

seguir las oficinas "en lo concerniente al recaudo, consignación, traspaso y desembolso de fondos y valores", según lo permiten lo acuerdos 13 y 9 de 1976 originarios del Concejo de Bogotá.

b) Una tacha a la sentencia que, según el apelante, parte de la distinción entre las funciones administrativas y las de control fiscal sin precisar con apoyo en un marco conceptual y jurídico sólido cual es el criterio aplicable a esa separación conceptual y cual es el contenido y naturaleza de cada una de ellas. De ahí resulta plenamente legal la resolución del Contralor porque si este funcionario tiene atribuciones de vigilancia, ellas se pueden expresar de varias maneras, ante todo en actos y providencias, las cuales necesariamente imponen conductas positivas a las autoridades y a los funcionarios de la Contraloría. Esto último es lo que puede apreciarse, falsamente, como la usurpación de funciones administrativas. La sentencia se sustenta en semejante error por lo cual debe ser revocada en el fallo del Adquem.

B. El concepto del Ministerio Público

El Sr. Agente del Ministerio Público, después de transcribir parte de los escritos del apelante encuentra que sus razones son suficientes para revocar el fallo del Tribunal, con excepción de aquella parte del artículo segundo que ordena la "previa aprobación de la Junta Directiva de la Entidad inversora" porque esa prescripción no es un desarrollo de la función contralora sino una invasión de la "órbita administrativa de las entidades vigiladas, en función que le es propia a sus estatutos o reglamentos internos".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Al entrar a decidir este recurso la Sala se ve precisada a explicar el alcance, la naturaleza y el contenido del control fiscal en el Distrito Especial de Bogotá con el fin de obtener un elemento teórico-jurídico que le permita examinar la legalidad de la resolución juzgada en este proceso y, por lo tanto, la adecuación de la sentencia apelada al orden jurídico aplicable a esta contención. Tal ordenamiento está integrado por las reglas constitucionales, artículo 190, entre otros, por el Decreto 3133 de 1968 y por los acuerdos distritales citados por el actor.

El constitucionalismo moderno creó, al mismo tiempo que el principio de la organización del aparato estatal (división de poderes), los mecanismos para que cada uno de sus órganos o instancias observen las órdenes fundamentales y la legislación superior que los gobierna. Los controles sobre la normatividad y el funcionamiento de la administración revelan los fines del Poder Público y tienen bajo su responsabilidad la preservación del Estado de derecho, el sistema de libertades y los atributos esenciales del individuo. De ahí que los principios que vertebran su estructura y su operatividad sean de orden público y que su correcto funcionamiento sea indispensable para la existencia misma del sistema político-jurídico correspondiente.

Uno de los controles de mayor contenido histórico, porque se engendró en la lucha por la preeminencia política del parlamento en medio de la crisis del proceso absolutista, es el que tiene por objeto vigilar el gasto público. La aparición de las constituciones y el origen legal de las atribuciones del Poder Público, delimitaron sus contornos formales y sus aspectos teleológicos.

La historia del derecho político y la doctrina constitucional llaman la atención sobre la gestión de la administración para enseñar que ella debe ser subsidiada y pagada por el tesoro público abastecido por las rentas tradicionales del Estado. Los fines del poder público se consiguen mediante una verdadera escala de gestiones que suponen gastos a cancelar por los fondos oficiales. Varias etapas se encuentran desde el momento de la expedición de la ley o de la adopción de una política hasta su aplicación concreta. En ellas obra, imbricados, los distintos controles que el orden jurídico ha creado. Veamos el aspecto atinente al problema del gasto en el campo del funcionamiento del aparato administrativo.

a) La determinación de la gestión oficial pertenece al dominio de la norma general obligatoria, la cual puede revestir varias formas. Por ejemplo, una ley formal, un reglamento autónomo, una política gubernamental adoptada en el seno de los organismos ejecutivos, etc. De ahí en adelante se producen actividades acordes con los fines decretados. Esta es la gestión que debe subvencionarse con cargo al tesoro público.

b) Surge aquí una primera distinción: la autoridad que realiza la gestión y la autoridad que paga: el gestor y el pagador. El primero compromete al segundo en la realización del pago, vale decir que ordena al tesoro satisfacer el gasto originado en su normal función ejecutora de la ley o la política general.

c) Al ordenar el pago, la autoridad ejecutora se presenta con una doble función: la propiamente gestora de la política sustantiva del poder público y la financiera ligada a las condiciones administrativas del pago que ordena, Observemos que ambas atribuciones son del resorte del organismo ejecutivo responsable de la gestión pública.

I. *La actividad gestora.* No pertenece al campo de las finanzas sino a los fines que la ley le señala a la administración mediante, como ya dijimos, políticas, planes y programas. Los controles de esta actividad pueden ser políticos, de tutela, etc. En ningún momento fiscales.

II. *Fijación de las condiciones del gasto.* El conjunto de reglas financieras (con sus alcances, condicionamientos y delimitaciones) que debe observar la autoridad gestora, tienen origen en la *ley, en las ordenanzas y en los acuerdos municipales.* Tal es el sentido de los artículos constitucionales: 76, Nos., 4º, 9º, 11o, 13o, 14o, 16o, 20o. y 22o; 78, No. 5º; el Título XIX, y el XVIII para la administración departamental y municipal. En esas normas figura tanto la conformación de las rentas públicas como su destino y empleo mediante reglas financieras y presupuestales de obligatorio cumplimiento.

El celo de la ley en ese caso llega hasta penalizar las conductas de los funcionarios y particulares que contradigan las mencionadas prescripciones.

Ahora bien, las normas financieras y presupuestales de semejante origen se complementan con las que fijan la estructura de la administración y atribuyen a ciertas instancias de los organismos y entidades la facultad de programar concretamente los gastos y de señalar, de acuerdo con los propósitos de las políticas estatales (planes y programas, desarrollos específicos, etc.) las prioridades del gasto, la mejor utilización de los recursos del tesoro público, etc.

Surge, pues, para la autoridad gestora la atribución administrativa de concretar en previsiones financieras de corte teleológico, el contenido y el fin del gasto.

Los controles en este punto son de tipo presupuestal y financiero. En el derecho comparado encontramos, generalmente, asignada esta función a los ministerios de finanzas y de hacienda. (Cfr. PUGET, H. *Les institutions administratives étrangeres*.Paris. Dalloz. 1969. pp. 170- 3). El control opera en el seno mismo de la Administración, se dirige a la fundamentación legal del pago y se radica, inicialmente, en la capacidad constitucional del jefe del Estado que en Colombia figura en el numeral 11 del artículo 120. ("Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos, y decretar su inversión con arreglo a las leyes"). Es una labor de vigilancia que en el desarrollo práctico de la función pública la ejerce, en la Nación, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En los departamentos y municipios colombianos este control interno de la administración reposa en las secretarías de hacienda.

d) El pago de la prestación debida y respaldada en una orden de la autoridad gestora tiene, a u vez, dos tipos de condicionamientos: a) los generales decretados por la ley y las reglas administrativas que mencionamos en el punto anterior y b) los requisitos contables propios de la disciplina técnica que trata, con métodos especiales, de los ingresos y los gastos. Aquí se aprecia claramente la distinción entre el ordenador y el pagador. Sobre la actividad del *pago* recae el control de cuentas por parte del instituto que la Constitución de cada país haya adoptado.

Entre nosotros el control de las *cuentas públicas* aparece en las primeras décadas de este Siglo, con la reforma financiera de 1923 (Leyes 25 y 45 de 1923) ley y después en la reforma constitucional (A.L. No. 1 de 1945, artículo 93), que recogió la doctrina ortodoxa de la moneda y la teoría bancaria de los Siglos XVIII y XIX sobre el funcionamiento del sistema monetario internacional basado en el oro. Esta tesis, cimiento de la propuesta de la conocida Misión E.W. KEMMERER, sostuvo conceptualmente que las características de tal sistema son: a) su funcionamiento es automático: su dependencia se establece tan solo con la libre acción de las leyes de la oferta y la demanda, y b) el sistema es internacional de tal manera que asegura los flujos de metálico entre los países y precios del mercado de libre concurrencia. (Cfr, AVELLA GOMEZ., M. *Pensamiento y política monetaria en Colombia. 1886-1945*. Bogotá. Contraloría General de la República. 1997. pp. 95 y ss.) este pensamiento es el que explica que la atribución de las contralorías, nacional,

departamentales y municipales sea fundamentalmente la de vigilar la gestión fiscal de la administración en cuanto a las *cuentas*. Es un control estructurado con apoyo en un sistema de información llamado contabilidad.

La limitación de la función contralora es extremadamente rígida puesto que el artículo 59 de la C. N., verdadera base constitucional de esta institución tanto para la Nación como para los departamentos y municipios (el decreto 3133 de 1968 adopta en su integridad el artículo 60 de la C.N. para Bogotá), contiene una prohibición: "La Contraloría General de la República no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización". Mediante el decreto 3133 de 1968 el legislador trasladó la naturaleza y fines del control fiscal nacional al distrital, sin agregarle ni suprimirle ninguna facultad en cuanto al contenido de su ya comentada potestad.

El control *sobre las cuentas* es, pues, el que aparece consagrado en los textos legales invocados en la demanda como transgredidos. El artículo 41 del Decreto 3133 de 1968 indica que el contralor de Bogotá lleva el registro de la deuda pública, prescribe los métodos de contabilidad, la forma de rendir cuentas, su fenecimiento y los informes sobre la gestión fiscal de los funcionarios. El desarrollo que el Acuerdo distrital 9 de 1976, Código Fiscal de Bogotá vigente en la fecha del acto acusado, hace de las reglas constitucionales y legales mantiene, como es obvio el mismo criterio:

> "*Artículo 523*. El Contralor del Distrito Especial, tendrá competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y calificación de cuentas de los funcionarios, contratantes o agentes de la Administración, encargados de recibir, recaudar, pagar, custodiar o administrar sus fondos o sus bienes, en lo relativo al examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones de cualquier naturaleza, a cargo o a favor de la Administración, derivados de la acción activa o pasiva de la Hacienda o provenientes de los depósitos de toda índole y en todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y manera de llevar las cuentas de la Administración, la formación y requisitos de los comprobantes y el examen e inspección de los libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas".

e) La gestión en esta materia de la Administración queda dicho está integrada por dos momentos: 1o. Las operaciones financieras en curso que han de estar respaldada por los criterios generales fijados por las instancias competentes sobre el aprovechamiento, el empleo y el destino de los recursos oficiales. La orden del gasto pertenece a este conjunto de acciones propias de la administración cuyo fin es el de comprometer dineros oficiales para el pago de la gestión pública, y 2o. La operación del gasto que se reflejará en un cuadro puramente contable elaborado con la técnica propia de estas disciplinas.

Esta distinción da lugar los siguientes alcances y límites:

I. *Alcance*. Se dirige a establecer la viabilidad legal del pago. para ello deberá (metodológicamente) examinar: A) si existe la orden de pago, que concreta la satisfacción de una obligación adquirida por la Administración y, por lo tanto, que concluye el trámite de las operaciones financieras. B) si el gasto se realizó de acuerdo con las reglas contables expedidas previamente por la Contraloría.

Es pertinente anotar en relación con el punto B que el contenido del control sobre el gasto esta en relación directa con la técnica contable, considerada ella como un sistema de información que ha evolucionado, como toda disciplina, creando métodos de medidas y comunicación de datos cuantitativos en términos generalmente monetarios. Por esto la disciplina contable recauda y sistematiza una información con el fin de cumplir estas funciones: a) describir resumidamente la situación financiera y el funcionamiento de la empresa desde la óptica cuantitativa. A esta labor pertenecen los estados financieros (balances), estados de operaciones (pérdidas y ganancias, resultados) y estados de flujo de fondos (origen y aplicación de fondos). b) suministrar la información cuantitativa para permitir que el control y la planificación sean posibles y eficaces. Allí se encuentran la contabilidad de costos, presupuestos, análisis de costos-volumen-beneficios, contabilidad por "áreas de responsabilidad", etc. Este esquema básico del trabajo de la contabilidad en cuanto método de información se puede transformar en lo relativo a los avances técnicos de recaudo, organización, presentación y verificación de información. Por ejemplo, hoy en día se cuenta con toda la técnica de la informática, los archivos magnéticos y computarizados que obligan a profundas modificaciones en los mecanismos de auditaje y verificación de las variables cuantitativas. Tampoco podemos olvidar que los cambios que imponen las relaciones comerciales y financieras y los intercambios cada vez más universales, así como las mismas modificaciones de las tareas del estado y del Aparato estatal, imponen, para las contabilidad del gasto público, nuevas exigencias metodológicas, mayor depuración de su gestión y mejores criterios aplicables a la parte sistémica del control. Pero, en todo caso, lo sustancial de la función no cambia porque se trata, sencillamente, de un método de información y control de los datos. Es decir, la extensión de su competencia siempre será la misma, así la modernización y el avance de los métodos hagan más eficaz el control. Lo dicho no nos deja olvidar que métodos nuevos de control distintos a éste, como los vinculados a la responsabilidad política y de gestión del funcionario, son de continuo recibo por los sistemas constitucionales contemporáneos, pero ellos pertenecen a otro dominio del derecho público que no es del caso tratar aquí.

II. *Límites*. Está impedido constitucional y legalmente de ingresar en la competencia de la autoridad gestora determinando la forma y los fines de las operaciones financieras conducentes al gasto, es decir, la Contraloría Distrital carece de potestad para imponer a la Administración una conducta distinta al

seguimiento de unas *reglas contables*, de la forma de rendir unos informes para el registro de la deuda y para la vigilancia misma de los recaudos y pagos.

Dicho de otra manera le está vedado a la contraloría dictar disposiciones dirigidas a gobernar la conducta de la Administración cuando realice las operaciones financieras y, por supuesto, a regular los procedimientos conducentes a la producción de actos y negocios jurídicos. Estas son materias del dominio de la ley, la ordenanza o el acuerdo municipal.

Tampoco puede señalar al Aparato Administrativo políticas o criterios de empleo y aprovechamiento financiero de los dineros públicos, ni asignarle a las Juntas Directivas atribuciones en esa materia ni en otra distinta. Esto es del resorte del Concejo de Bogotá, titular según la Constitución (Artículos 197 y 198), de la facultad de "ordenar, por medio de acuerdos, *lo conveniente* para la administración del distrito" y de las entidades u organismos administrativos que el mismo Consejo haya señalado en uso de sus atribuciones constitucionales y legales. Esta es una restricción derivada del principio según el cual el control no participa de los propósitos ni de la gestión de la Administración (no es coadministrador), sino que actúa cuando la decisión ya se ha tomado. De lo contrario el control desaparecería para entrar a convertirse en parte del Aparato de la Administración y partícipe de la decisión que debería controlar.

El control fiscal se inicia cuando la Administración ha expresado su voluntad en una providencia que decreta un pago a cargo del tesoro público. Desde ese momento entra con todos los instrumentos previstos en sus regulaciones contables para ejercer vigilancia que le ha adscrito la ley.

Debe quedar claro, sin embargo, que según lo indicado aquí, la Contraloría, si bien no puede expedir reglas generales distintas a la fijación de un sistema de contabilidad, a la metodología de los informes y a las instrucciones dirigidas al interior de su organización, no se ve impedida para estudiar el cumplimiento de la constitución, la ley y los acuerdos en relación con el gasto concreto e individual que ha ordenado el funcionario gestor y, en tales circunstancias, si la Contraloría encuentra que las operaciones financieras o la orden contradicen las normas, su actuación consistirá en dirigirse a la Personería, a los jueces penales o a la autoridad competente para que investigue, sancione y demande al culpable del daño al tesoro público. Pero esa obligación no pertenece al control fiscal porque es un deber común de todo funcionario que en razón del ejercicio de su cargo encuentre que se ha violentado el orden jurídico y, por lo tanto, comprometido la responsabilidad personal del funcionario culpable.

Lo expuesto indica claramente que tiene vigencia en el Distrito Especial de Bogotá la distinción entre la actividad puramente controladora del gasto y la expedición de normas para regular el conjunto de operaciones financieras conducentes

al gasto, así como la realización misma de esta actividad del pago de obligaciones y prestaciones con cargo al tesoro público.

Existe, pues, una correspondencia sustantiva entre el control fiscal nacional creado entre nosotros desde 1923 y elevado al rango constitucional en 1945, y el sistema de control fiscal distrital que la constitución y la ley (Decreto extraordinario 3133 de 1968) prescribieron para Bogotá. Su radio de acción, como lo ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado, es de tipo numérico legal y, de ninguna manera, regulador del funcionamiento del Aparato Administrativo ni de las operaciones financieras que concluyen con la orden de pago. Ahora bien, el origen contenido y significado del concepto llamado, por la jurisprudencia, *control numérico-legal,* es precisamente este que hemos descrito, explicado y ubicado en la etapa de la actuación administrativa que se inicia una vez decretado el pago. (Cfr. Concepto del 8 de noviembre de 1976. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero: Dr. MARIO LATORRE RUEDA. Consulta del Ministro de Agricultura. Anales 1976. T. XCI. p. 37; Sentencia del 5 de noviembre de 1979. Sala Contencioso-Administrativa. Sección Primera. Cons. Dr. CARLOS GALINDO PINILLA. Exp. 2896. Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Constructores; Auto del 26 de julio de 1979. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Cons. Dr. JACOBO PEREZ ESCOBAR. Exp. 3105. Actor: CAP. Anales 1979. T.XCVII; Auto de junio 9 de 1978. Sala de lo C.A. Sección Primera. Cons. Dr. CARLOS GALINDO PINILLA. Actor: Asociación Colombiana de Ingenieros Contratistas. Exp. 2896; Sentencia del 29 de agosto de 1978. Sala de lo C.A. Cons: Dr, MARIO E. PEREZ. Actor: Eduardo Mora M. Expediente 2774; Concepto del 10 de noviembre de 1986. Cons. GONZALO SUAREZ CASTAÑEDA. Radicación 070. Consulta del Ministro de Hacienda y Crédito Público; Sentencia de diciembre 2 de 1982. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera, Cons: Dr. SAMUEL BUITRAGO HURTADO. Exp. 3931. Actor: Luis Fernando Pabón; Auto del 28 de julio de 1987. Cons: Dr. GUILLERMO BENAVIDES MELO. Exp. 623. Actor: Asociación de Ingenieros Consultores Colombianos. Aico).

No está la Sala de acuerdo con el apelante y con el Sr. Agente del Ministerio Público en cuanto a la legalidad de las disposiciones anuladas por el Tribunal de Cundinamarca porque todas representan el ejercicio de atribuciones reglamentarias ajenas al control fiscal y a la adopción de métodos de contabilidad para la viabilidad del examen del uso de los dineros públicos. El artículo 2º de la Resolución 25 de 1984 demanda en este proceso adscribe una función administrativa a las Juntas Directivas de las entidades distritales que invierten dineros (esta nulidad es aceptada por el Sr. Fiscal de la Corporación); los artículos 6º y 7º regulan las condiciones de las inversiones en cuanto a su aprovechamiento y duración; el 8º en la parte anulada se refiere a las condiciones de las instituciones financieras que reciban las inversiones y al monto de ellas. Igual defecto se predica del artículo 9º de la misma resolución del Contralor de Bogotá.

Más aún, la Sala encuentra otras disposiciones de la resolución demanda incompatibles con lo dicho en esta sentencia pero, debido a la limitación de los poderes del Ad Quem, no entra a examinarlas por no haber sido objeto del recurso.

Se impone, pues la confirmación del fallo apelado.

En tal virtud, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia de primera instancia dictada en este juicio por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que el presente fallo fue discutido en las sesiones de 17 y 21 de mayo de 1990 y aprobado en la de este último día.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sección; *Pablo J. Cáceres Corrales*, Consejero de Estado; *Libardo Rodríguez Rodríguez*,Consejero de Estado; *Rodrigo Vieira Puerta*, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

COMPETENCIA/ SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION - Supresión

La ley puede variar las competencias trasladando, con las limitaciones constitucionales, el conocimiento de unos negocios a otros jueces, pero si el legislador decide terminar con ciertas acciones o con las peticiones como la suspensión provisional en prevención, acaba en ese mismo instante con la competencia del juez que antes conocía de tales asuntos. El Decreto extraordinario 2304 de 1989 suprimió tanto la institución de la suspensión provisional como la competencia del Consejo de Estado para conocer de esas solicitudes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Sala de Decisión.- Bogotá, D.E., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.*

Referencia: Expediente No. 1307. Actor: AERO TRANSPORTES ESPECIALES S.A. ASTRAL S.A. Decisión: Recurso ordinario de súplica.

I. EL RECURSO ORDINARIO DE SUPLICA

A. La providencia recurrida

Conoce la Sala del recurso ordinario de súplica formulado por el apoderado de AERO TRANSPORTES ESPECIALES S.A. ASTRAL S.A. contra el auto del 17 de noviembre de 1989 expedido por el H. Consejero ponente en este asunto, mediante el cual la Sala unitaria se declaró inhibida para efectuar un pronunciamiento de mérito sobre la solicitud de suspensión provisional en prevención de la Resolución No. 001 del 24 de enero de 1989, originaria del Sr. Comandante de la

Cuarta Brigada del Ejército Nacional, "por la cual se dispone la suspensión del permiso de operación de una aeronaves" de aquella sociedad.

Los fundamentos del auto son dos:

1o. El artículo 153 del Código Contencioso Administrativo que consagraba la suspensión provisional en prevención fue derogado íntegramente por el Decreto extraordinario No. 2304 de 1989 de tal manera que desapareció la competencia del Consejo de Estado para conocer ese tipo de solicitudes. La extinción de la competencia no es una norma de aplicación inmediata por ser de orden público, de acuerdo con la inveterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia. La providencia de la Sala Unitaria es clara, pues, al indicar que esa norma no pertenece a la sustanciación y ritualidad de los juicios.

2o. Aunque fuera procedente tramitar esa petición la sociedad interesada no acreditó uno de los requisitos formales de la suspensión provisional que reclama. Ese requisito a probar consiste en la falta de notificación del acto, porque precisamente el peticionario sostiene que el Sr. Comandante de la Cuarta Brigada ha ejecutado la resolución impugnada sin que ese trámite se haya surtido. Así las cosas, resulta doblemente improcedente la suspensión provisional en prevención.

A. **Los fundamentos del recurrente**

El recurrente, además de repetir las razones jurídica que apoyarían la suspensión provisional en prevención, es decir, la falta de notificación de la resolución, sostiene que ella es procedente porque la solicitud se presentó antes de su derogatoria. En su concepto esta determinación del legislador no es una norma de carácter procedimental sino sustantiva ya que confirió un derecho antes de su desaparición. El derecho lo explica así:

Cuando el artículo 153 estaba vigente, la "administración no tenía derecho a poner en práctica una decisión *antes* de que esta hubiese sido notificada en debida forma y como contrapartida de ese no derecho de la Administración existía la prerrogativa jurídica o privilegio del Particular en los términos del cual podría seguir gozando de su status jurídico hasta que la decisión no le fuese notificada. Es indudable que de la imponibilidad de una decisión que crea obligaciones se deriva el privilegio de poder seguir ignorándolas. La ejecución entonces de una decisión constituye, o mejor, constituía al momento de los hechos, una contra legem que vulneraba los derechos sustantivos del administrado. No puede predicarse entonces que la derogatoria del Artículo 153 es un mero fenómeno procesal" (sic).

Ese es, pues, el derecho sustantivo consagrado en la norma derogada, que, según el recurrente, mantiene su vigencia en el caso presente porque no es una regla procesal. Finalmente advierte el memorialista que su petición debe tener el trámite

legal porque fue presentada a la jurisdicción administrativa con antelación a la comentada derogatoria del artículo 153 del C.C.A.

II. LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver la súplica, la Sala hace estas observaciones y consideraciones acerca de los efectos de la derogatoria del artículo 153 del C.C.A. y de la aplicación de la institución de suspensión provisional en prevención que pide el recurrente:

A. Consideraciones sobre la argumentacion del recurrente

El apoderado judicial incurre en una evidente confusión frente al razonamiento del auto del H. Consejero Ponente. La providencia distingue entre las normas que regulan la jurisdicción y la competencia de las que gobiernan los procedimientos de cada juicio, para afirmar, con base en la ley y la jurisprudencia, que las primeras tienen aplicación general inmediata. Esta apreciación no es tratada por el recurrente, quien sostiene que la norma 153 es de carácter sustantivo y no procesal. Es decir, parte de una distinción inútil ya que de ella no se deriva cuestionamiento alguno acerca de la vigencia y aplicación de las normas de orden público sobre jurisdicción y competencia.

La Sala Unitaria jamás dijo que la tan mencionada derogatoria se trataba de una norma sobre la sustanciación y ritualidad de los juicios como lo entendió equivocadamente el apoderado judicial de ASTRAL S.A. Tal error lo condujo a una argumentación sin congruencia con el fundamento del proveído que pretende atacar. la ausencia de lógica en la crítica del razonamiento de la Sala Unitaria que hace el impugnador es suficiente para negar el recurso de súplica porque su discurso ha dejado incólume el sustento del citado auto.

Finalmente, en su exposición no desvirtúa la ausencia del requisito formal consistente en la prueba de la falta de notificación, hipótesis esencial del mecanismo que utiliza contra el acto administrativo expedido por el comandante de la Cuarta Brigada.

B. Consideraciones sobre la vigencia del Artículo 153 del C.C.A.

El recurrente dice, sin embargo, que su petición debe prosperar porque fué presentada ante jurisdicción competente en una fecha en la cual la institución que emplea estaba en pleno vigor. Frente a esta aseveración la Sala estima pertinente precisar los efectos de la derogatoria de una norma como el artículo 153 del C.C.A., con la advertencia de que esa disposición fue declarada parcialmente inconstitucional por la H. Corte Suprema de justicia mediante sentencia No. 48 del 10 de agosto de 1989, es decir, antes de su derogatoria total por el Decreto extraordinario 2304 de 1989.

1. ***La naturaleza de la suspensión provisional en prevención***

La suspensión provisional es un mecanismo que nuestra legislación vinculó a los trámites de juicios, por lo cual depende de la conformación de la relación procesal que se inicia con la utilización de la acción pertinente. Es la suspensión ordinaria y conocida por nuestros códigos administrativos desde hace muchos años.

El Decreto Extraordinario No. 1 de 1984 introdujo otra modalidad de la suspensión provisional que la denominó *en prevención* Esta procedía contra actos preparatorios o de trámite destinados a producir actos definitivos inconstitucionales o ilegales, no susceptibles de recurso alguno y contra los actos de ejecución cuando el definitivo no fue notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no fueron resueltos o cuando las autoridades impedían que se formularan los recursos. Se trataba de un instrumento judicial de emergencia frente a un abuso inminente de la autoridad que pretendía, con intención manifiesta, quebrantar el orden jurídico o, en la segunda hipótesis, ejecutar actos que no habían adquirido firmeza.

En el caso del artículo 153 la suspensión asumió una especificidad que la distinguía de la suspensión tradicional y ordinaria. Radicaba su naturaleza en que no requería de la conformación de la relación procesal para que fuera decretada. Las personas, sin necesidad de ejercitar las acciones contenciosas y sin presentar demanda alguna, podían solicitar se decretara la suspensión provisional en prevención como una especie de orden judicial que evitara el cumplimiento de actos ilegales o de providencias que no hubieran causado estado.

Es de advertir, en este punto, que actualmente con la vigencia del Decreto 2304 de 1989 tampoco se pueden cumplir ni aplicar actos administrativos no ejecutoriados (Artículo 62 del C.C.A.) Ese comportamiento por parte de la Administración ocasiona sanciones disciplinarias por mala conducta (Cfr. Artículo 76, No. 7 del C.C.A.)

Ahora bien, aquel carácter de la suspension en prevencion reconocido así por la jurisprudencia del Consejo de Estado, nos indica que era una institución que, si bien tenía alguna formalidad procesal, no pertenecía al trámite de un enjuiciamiento que concluyera con la finalización de un conflicto y una sentencia con fuerza de verdad juzgada. Vale decir, ni su iniciación ni su terminación podía ubicarse en la concepción procesal del juicio.

Era una figura próxima a otra de origen constitucional: el recurso de *Habeas corpus*, que es un medio eficaz de defensa de la libertad que opera contra todo "acto arbitrario de cualquier autoridad que tienda a restringirla". De esta manera enseña el artículo 455 del C.P.P. que "cuando una persona sea capturada con violación de las garantías constitucionales o legales, o se prolongue ilícitamente la privación de su libertad, puede invocar el derecho de *Habeas Corpus*. La petición se tramitará inmediatamente según el procedimiento que a continuación se establece". Observemos que en este caso no es necesario el entrabamiento de demanda alguna. Es

una petición dirigida al juez competente para que ordene la libertad del detenido ilegalmente.

Ambas instituciones tienen similar contenido y se apoyan en la tradición de las llamadas órdenes judiciales originadas y desarrolladas por el derecho inglés. Las órdenes judiciales se expiden a petición de los particulares con el fin de que el juez ordene a la administración realizar un acto (mandamus) a que el derecho le obliga o para prohibirle (prohibimus) un comportamiento ilegal. (Cfr. DAVID, R. *Le droit anglais*. París. PUF. 1969. PP 24 Y 84-91 y ALLEN, C.K. *Las fuentes del derecho inglés*. Madrid I. de E. P. 1969 pp. 825 y ss).

El funcionamiento en nuestro sistema jurídico de las órdenes judiciais requiere de la consagración constitucional y legal del instrumento (petición o recurso) y del juez competente, porque si bien en Inglaterra ellas operan dentro de la facultad general de lo jueces llamados a proteger las libertades mediante estos procedimientos privilegiados especiales, entre nosotros se requiere la fijación de la competencia para que semejantes recursos o solicitudes existan. La competencia no es generalizada entre los jueves del sistema continental europeo d derecho sino que depende de la definición del legislador. Tanto el mecanismo de defensa (recurso o petición) como la determinación de la competencia hacen parte de un solo concepto jurídico. Sin uno de los dos extremos la institución desaparece o, simplemente, pierde toda vigencia. Es decir, no existe recurso sin juez ni juez sin competencia. En todo caso la ley debe crear los procedimientos, recursos, etc. y señalar el tribunal competente en cada caso. La abolición del medio de defensa causa la supresión inmediata de la competencia, porque en el sistema jurídico colombiano la atribución de las competencias es de origen legal y no jurisprudencial.

La ley, en otras situaciones, puede variar las competencias trasladando, con las limitaciones constitucionales, el conocimiento de unos negocios a otros jueces, pero si el legislador decide terminar con ciertas acciones o con las peticiones como la suspensión provisional en prevención, acaba en ese mismo instante con la competencia del juez que antes conocía de tales asuntos.

Ahora bien, la definición de la competencia está ligada a una garantía de orden constitucional: el juez propio y el juez competente de que habla el artículo 26. Cuando la ley asigna las atribuciones específicas a las distintas jurisdicciones, respetando la naturaleza de cada una de ellas, compromete esa garantía, la conforma y la consagra para su eficacia. Una consecuencia de esta realidad jurídico-constitucional es la aplicación inmediata de la norma que cree, modifique o suprima las competencias judiciales. De lo contrario quedaría lesionado el sistema de derechos y libertades cuya subsistencia depende de la efectividad que el juez competente le de a raíz del uso de las acciones, recursos y demás mecanismos que la ley establece en su defensa. El orden público se define, así, en función del referido sistema de derechos y libertades.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que el Decreto extraordinario 2304 de 1989 suprimió tanto la institución de la suspensión provisional como la competencia del Consejo de Estado para conocer de esas solicitudes.

2. ***La utilización de la suspensión provisional en prevención***

La Sala advierte que aún con la derogatoria de la suspensión provisional los actos administrativos como el expedido por la cuarta Brigada del Ejército no carecen de control jurisdiccional. Desde un principio el recurrente pudo utilizar la acción contenciosa respectiva sin acudir a la petición de suspensión provisional en prevención que, de toda maneras, empleó mal puesto que no reunió las condiciones formales que el artículo 153 prescribía.

Pudo igualmente la sociedad afectada con el acto administrativo recurrirlo y ejercer en su oportunidad la acción contenciosa de restablecimiento del derecho para pedir su nulidad con base en los argumentos que así lo demostraran y, si era el caso, la suspensión provisional ordinaria. Para ello, al darse por notificado de la providencia, la interesada tenía abiertos los medios de la vía gubernativa y de la justicia contenciosa. De tal manera que si en gracia de discusión, como lo indicó el proveído de la Sala Unitaria estuviera aún vigente el artículo 153 del C.C.A. su inadecuado empleo desde el punto de vista formal y aún, del fondo de las regla procesales, tampoco le prosperaría su solicitud de suspensión provisional en prevención.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

DECIDE:

1o. Confirmar la providencia recurrida.

2o. Tener como apoderado de la sociedad AERO TRANSPORTES ESPECIALES S.A. ASTRAL S.A. al abogado, Sr. CARLOS I. FERNANDEZ HERNANDEZ, en los términos del poder que fue en él sustituido.

Cópiese, notifíquese y devúelvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la Sala de Decisión del día veintiuno de mayo de mil novecientos noventa.

Pablo J. Cáceres Corrales, Consejero de Estado; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado; *Rodrigo Vieira Puerta,* Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DANCOOP - Funciones

La función de la División de Asuntos Legales del DANCOOP, debe limitarse a conceptuar sobre la legalidad o validez del acto intraasociativo de estas sociedades y registrar tales actos con fines exclusivamente probatorios. El acto acusado, visto no por su estructura externa y formal que le da apariencia de acto de simple trámite, sino por el contenido material de sus exigencias, tomó decisiones con fundamento en disposiciones inexistentes referidas al Decreto Ley 1598 de 1963.

SE DECLARA LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en los Oficios 3-0437-R de marzo de 1981 emanado de la División de Asuntos Legales del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas. Los del Oficio de 7 de abril de 1986 suscrito por el jefe de la División de Asuntos Legales y el auto que resuelve un recurso de queja de fecha 25 de abril de 1968 suscrito por el jefe y secretario general del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.*

Referencia: Expediente No. 324. Actor: UNION COOPERATIVA NACIONAL DE AHORRO Y CREDITO - UCONAL. Decisión: Sentencia de única instancia.

I. LAS PARTES

Conformaron la relación procesal en este juicio las siguientes partes:

EL DEMANDANTE: La Unión Cooperativa Nacional de Ahorro y Crédito, Uconal, mediante apoderado debidamente reconocido, quien demandó la nulidad de tres decisiones administrativas y la suspensión de las mismas, todas ellas originadas en el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

EL DEMANDADO: La Nación (Estado Colombiano) representada por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas DANCOOP quien fue notificado a solicitud del demandante y ha intervenido en el proceso mediante diversos apoderados.

II. LA CONTENCION

A. **El planteamiento del demandante**

El demandante a través del apoderado, solicita de la Corporación:

1. ***Pretensiones***

Que se declare la nulidad de los actos acusados en cuanto a la decisiones que más adelante se detallan, y que están contenidas en los siguientes escritos:

1. Oficio 3-0437-R de 14 de marzo de 1986, emanado del Jefe de División de Asuntos Legales del DANCOOP.

2. Comunicación del 7 de abril de 1986, suscrita por el mismo Jefe de la División de Asuntos Legales del DANCOOP.

3. El auto proferido por el Jefe del Departamento Nacional de Cooperativas DANCOOP y calendado el 23 de abril de 1986, "Por medio del cual se resuelve un recurso de queja".

2. ***Hechos***

1o. La Junta directiva de UCONAL en reunión del 31 de enero de 1986, según acta No. 064 y siguiendo su propio estatuto y reglamente decide sancionar a 18 de sus cooperativas afiliadas con suspension de todos sus derechos por un año (folio 69).

2o. Las cooperativas sancionadas por UCONAL presentan una serie de denuncias ante el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, entidad que inició las investigaciones que culminaron con el oficio 3-0437-R del 14 de marzo de 1986 originario del Jefe de la División de Asuntos Legales. Dicho oficio, cuya estructura formal no es la de una resolución, circunstancia que sirvió al Jefe de la División Legal para hacer caso omiso a las formas legales de notificación, limitándose a la comunicación por envío a la Junta Directiva de la cooperativa pero que por su contenido tiene el carácter de una verdadera decisión, incorpora una cadena argumentativa mediante la cual se busca probar que UCONAL quebrantó

la Ley 24 de 1981 al aplicar tales sanciones, con base en un reglamento interno no aprobado por la sección de reglamentación y consulta del Departamento, sanciones que carecen, según el mencionado oficio, de validez alguna por tal motivo. Dicho oficio culmina entonces, con decisiones terminantes como se observa en la parte final del texto del oficio así: "... La División de Asuntos Legales manifiesta que *imprueba* el acta No. 064 de la reunión llevada a cabo el 31 de enero de 1986 por la Junta de Directores de UCONAL en lo referente a las sanciones adoptadas, *imprueba* las resoluciones 039, 040, 041, 042, 043, 044, 045, 046, 047, 048, 049, 050, 051, 052, 053, 054, 055, 056 del 31 de enero de 1986, expedidas por la Junta de Directores, *declara* que las (18) entidades cooperativas socias de "UCONAL de que trata el presente pronunciamiento, conservan para todos los efectos legales el pleno ejercicio de sus derechos y obligaciones que le otorgan la ley y las disposiciones estatutarias a los socios, y formula a manera de observación que el monto total del salario superior a los $280.000, aprobado para el representante legal se perfila dentro de lo consagrado en el artículo 5º del Decreto Ley 1598 de 1963" (folio 5).

3o. UCONAL por conducto de apoderado, interpone ante el Jefe del Departamento en su condición de inmediato superior del Jefe de la División Legal, el recurso de apelación, el cual se considera improcedente según oficio del 7 de abril de 1986 originario del Jefe de la División de Asuntos Legales ya que según él la Ley 24 de 1981, artículo 41, expresamente desestima toda posibilidad de que sus actos (los de la División Legal) puedan ser susceptibles de recurso alguno por ser estos actos de ejecución (folio 72 del expediente 324).

4o. El día 14 de abril, el apoderado de UCONAL interpone directamente ante el Jefe del Departamento de recurso de queja, y el 25 de abril, el apoderado mencionado es notificado del "auto por medio del cual se resuelve el recurso de queja" calendado el 21 de abril de 1986, providencia que declara improcedente el recurso impenetrado e inhibitorio para conocer y decidir de conformidad con el artículo 49 del C.C.A. (folio 17 del expediente 324).

3. ***Fundamentos de Derecho***

En toda la extensión de la demanda el actor muestra y reitera a la corporación, que la Ley 24 de 1981 que transformó la Superintendencia Nacional de Cooperativas y le fijó objetivos, estructuras y funcione al naciente Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, atribuyó a la División Legal, la función de "conceptuar sobre la legalidad o validez de los actos de la entidad sometidos a la acción del Departamento", pero "carece de competencia para definir, determinar, resolver, fallar o declarar, si tales actos son legales o ilegales, válidos o inválidos, campo que como repetidamente lo han puntualizado los Tribunales competentes y así lo ha reafirmado el propio Jefe del DANCOOP, corresponde privativamente a la Rama Jurisdiccional". (folio 84). Así mismo, indica el demandante, las funciones del Departamento y específicamente de la División Legal no podían desligarse de la función que se señala al Estado, a través del DANCOOP, en relación con su inter-

vención sobre el sistema cooperativo según las disposiciones del Decreto 1598 de 1963. Trae a colación el caso de la inspección y vigilancia a las cooperativas, e indica que la intervención estatal se limita al fomento, la asistencia técnica y un control y vigilancia que no tocan con la autonomía privada de los sistemas de autocontrol y desarrollo democrático de este tipo de asociaciones de cooperación, que si bien son de interés social, en ningún caso son congestionadas o intervenidas en su autonomía jurídica como expresamente lo dispone el artículo 96 del Decreto Ley 1598 de 1963 que a la sazón regía sustantivamente al cooperativismo.

Por otra parte se destaca la argumentación jurídica del demandante, que no solamente se excedió el Departamento con tales declaraciones, sino que al negar la posibilidad de los recursos de la vía gubernativa, cerró la oportunidad procesal a la defensa para controvertir tales escritos. Indica así mismo, que con el acto declarativo y terminante se transgredió también los artículos 30 y 33 de la Ley 24 de 1981 que otorgan competencia investigativa a la dirección de Vigilancia y Control del mismo Departamento en todos los casos de posibles irregularidades de cooperativas. Finalmente, afirma el actor que con la negación de los recursos de la vía gubernativa, el demandante incurrió en "falsa motivación" al establecer que eran improcedentes los recurso, porque la Ley 24 de 1981 sí eliminó tales recursos para los funcionarios del DANCOOP que sean diferentes a los Jefes Regionales y al Jefe del Departamento" (folio 100 del expediente 324).

B. El planteamiento del demandado

1o. La improbación se fundamentó en la aplicación de unos reglamentos cooperativos "... no aprobados con lo prescrito en el artículo 28 numeral 2º de la Ley 24 de 1981 y por el atropello a los derechos de los asociados consistente en sancionarlos drásticamente por el ejercicio de un derecho fundamental consagrado en la ley como lo es el presentar una solicitud de revocatoria de un acto administrativo" (folio 196 del expediente 324).

2o. La improcedencia del recurso de apelación indicada por la comunicación de fecha 7 de abril de 1986 y ahora demandada, tuvo su fundamento, según la apoderada del Departamento, en la Ley 24 de 1981 que "prevalecería" al Código Contencioso Administrativo (folio 196 del expediente 324).

3o. Solicita finalmente no acceder a las peticiones de la demanda porque, como se mencionó en todo el transcurso del proceso, los actos demandados están basados en normas vigentes de carácter legal.

III. LA ACTUACION PROCESAL

A. Se inició en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado con la admisión de la demanda y la denegación de la solicitud de la suspensión provisional de los actos demandados.

B. Por virtud del recurso de súplica formulado por el demandante a fin de que se suspendieran provisionalmente los actos administrativos acusados y se notificaran personalmente de la demanda al Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, la Sala decidió adicionar al acto admisorio de la demanda y ordenar la notificación pedida, así como confirmar la decisión de no acceder a la suspensión solicitada para los actos demandados, por no llenar los requisitos de ley.

C. Notificado en debida forma el auto admisorio de la demanda en cabeza del Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas DANCOOP y establecida de esta manera la relación jurídico procesal, se decretaron y allegaron las pruebas pertinentes y se presentaron los alegatos de conclusión.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

A. **Divide el análisis en dos partes:**

Análisis de viabilidad legal de los recursos de la vía gubernativa contra los actos del Jefe de la División Legal, y legalidad que pueda tener la decisión consignada en el oficio 3-0437-R del 4 de marzo de 1986 originario del Jefe de la División Legal.

B. Respecto de los recursos, la fiscalía considera que las decisiones del Jefe de Asuntos Legales del DANCOOP tienen recurso de apelación por lo que habría de declararse la nulidad de los actos que obran a folios 6 a 10 (folio 269, expediente 324) En relación con el aspecto de fondo, de si es legal o no que se decidiera improbar el acta # 064 de la reunión llevada a cabo el 31 de enero de 1986 por la Junta de Directores de UCONAL, el Fiscal indica que los reglamentos de las entidades sometidos al control del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas deben ser aprobados por la Sección de Reglamentación y Consulta del citado organismo, y como no ocurrió así con el que sirvió de base y fundamento para la decisión, el oficio 3-0437-R, no debe ser declarado nulo (folio 270 expediente 324).

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para decidir esta contención, la Sala considera que en el caso presente, las decisiones administrativas contenidas en el oficio 3-0437-R se realizan fundamentalmente dentro de dos marcos legales: 1o) el marco legal que fija una estructura y unas funciones determinadas por la Ley 24 de 1981 y el 2o) Decreto Ley 1598 de 1963 que regula la parte sustancial del sistema cooperativo, el cual define su naturaleza, establece las reglas de funcionamiento en interés social, determina las formas de constitución y reconocimiento, señala el régimen económico, fija la forma como se resuelven las relaciones entre estas sociedades y el Estado y configura las formas de vigilancia y control para salvaguardar estos objetivos y finalidades.

Así las cosas, considera la Sala, no puede fundamentarse el poder legal de los actos administrativos que produce el DANCOOP exclusivamente en el análisis directo de la Ley 24 de 1981 que determina su estructura y funciones, sino con el estudio de la ley sustancial que fija las relaciones entre el Estado y el sistema cooperativo. Existe en ella una relación de medio a fin, de tal suerte que como ciertamente se establece en el artículo 1º de la Ley 24 de 1981, la transformación de la Superintendencia Nacional de Cooperativas se convierte en Departamento Administrativo Nacional de cooperativas con el objetivo y finalidad de "Dirigir y ejecutar la política cooperativista del Estado, que para la fecha de los actos demandados se encontraba expresada en el Decreto Ley 1598 de 1963, así como colaborar en la planeación económica, propiciar el fomento financiero de los mismos, prestar asistencia técnica, impartir educación y ejercer la vigilancia y control. Ahora bien, todas las funciones del nuevo Departamento dice el artículo 2º de la mencionada Ley 24 de 1981, se cumplirán para desarrollar tales objetivos que de ninguna manera determinan una intervención que pueda juzgar la validez de los actos internos de las entidades controladas. Conceptuar sobre la legalidad o validez de las entidades o personas sometidas a la acción del Departamento es, a juicio de la Sala una función de asistencia técnica y de control preventivo, no una declaración jurisdiccional ni una decisión administrativa creadora de situaciones jurídicas individuales. Queda entonces la función interventora del Estado reducida a la inspección y vigilancia sobre el orden público, las leyes y las buenas costumbres tal como se dispone en el artículo 636 del Código Civil y que reitera el Decreto Ley 1598 de 1963 en su artículo 96 y en toda la extensión de la normatividad del Decreto, coherentemente con la significación de que el cooperativismo es un ordenamiento societario de derecho privado con fines de interés social, la actividad estatal es de apoyo, asistencia, fomento y vigilancia preventiva, esta última encargada únicamente de sanciones policivas dentro de un procedimiento claramente reglado.

Entonces, la función de la División de Asuntos Legales, debe limitarse a conceptuar sobre la legalidad o validez del acto intraasociativo de estas sociedades y registrar tales actos con fines exclusivamente probatorios, pues tal registro no tiene el carácter "ad solemitatem," que tiene por vía de ejemplo, el registro de la propiedad inmobiliaria, quedando exclusivamente como servicio público probatorio y de orientación de las actuaciones de cooperación, separadamente de las controversias que surjan entre los asociados las cuales puedan ser demandadas por la vía de la jurisdicción civil ordinaria, si así lo determinan las circunstancias, a juicio de los cooperados y bajo los procedimientos consagrados en los artículos 414 y 438 del C. de P. C.

La Sala considera entonces, que analizado en particular el acto administrativo producido por el Jefe de la División Legal del DANCOOP, visto no por su estructura externa y formal que le da apariencia de acto de simple trámite, sino por el contenido material de sus exigencias, expresadas por las declaraciones terminantes que como la indicada en el oficio 3-0437-R *improbó* el acta No. 064 del 31 de enero de 1986 de la reunión de la Junta de Directores de UCONAL en lo referente a las sanciones adoptadas con sus socios, *improbó* las resoluciones de sanción, *declaró*

que las cooperativas seccionales conservaban todos los efectos legales propios a sus derechos estatutarios y *formuló* observaciones sobre salarios al gerente de UCONAL con fundamento en disposiciones inexistentes referidas al Decreto Ley 1598 de 1963.

Por otra parte, aunque la Ley 24 de 1981 en su artículo 40 menciona que los actos del jefe del Departamento y los Directores Regionales son objeto de los recursos ordinarios de la vía gubernativa, tal prescripción no excluye la posibilidad de impugnar los actos administrativos de cualquier funcionario de la entidad que ponga fin a una actuación o decidan indirectamente sobre el fondo del asunto. si bien es cierto que la ley y las demás normas que fijan la estructura y el funcionamiento del DANCOOP no permiten que funcionarios distintos a los Directores profieran actos con semejante contenido es probable, como se vio en el caso presente, que algunos de ellos asuman facultades que la ley no les ha atribuido y, por lo tanto es de elemental lógica y justicia que los interesados puedan ejercer contra ellos los mecanismos de impugnación que el Código Contencioso Administrativo ha consagrado para esas hipótesis. Por lo tanto las providencias que desatendieron los recursos interpuestos por el demandante, son inválidas y serán anuladas.

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:

Decláranse nulos los actos administrativos contenidos en los oficios 3-0437-R de marzo de 1981 emanado del Jefe de la División de Asuntos Legales del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas; los del oficio de 7 de abril de 1986, suscrito por el Jefe de la División de Asuntos Legales y el Auto que resuelve un recurso de queja de fecha 25 de abril de 1986 suscrito por el Jefe y Secretario General del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de mayo de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Pablo J. Cáceres Corrales,* Consejero de Estado; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado; *Rodrigo Vieira Puerta,* Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SANEAMIENTO BASICO RURAL/ MUNICIPIO/ COMPETENCIA/ IVA - Cesionarios

Estando previsto que las reformas administrativas del artículo 13 de la Ley 12 de 1986 permiten hacer asignación de funciones sólo a las entidades territoriales favorecidas con la cesión del Impuesto a las Ventas y no siendo los departamentos beneficiarios de tal cesión salvo en algunos aspectos laborales, no le es dable entonces que se entre en el Decreto 1723 de 1987, artículo 1º, a trasladársele funciones a ellos o a empresas descentralizadas, relativas al saneamiento básico rural que cumplía la División con este nombre del extinguido Instituto Nacional de Salud. Si se persiguió dar aplicación al artículo 14 del D.L. 77/87, ello debió hacerse teniendo como destinatarios a los municipios y no a reparticiones territoriales distintas.

DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1º y 10 del Decreto 1723 de 1987 (septiembre 4) por el cual el señor presidente de la República "Reglamenta el Decreto Extraordinario No. 77 de 1987, en cuanto a la organización del sector administrativo relativo al agua potable y al saneamiento básico".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá. D.E., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 913. Actor: HUGO ANTONIO PARADA.

El señor HUGO ANTONIO PARADA, en su propio nombre, ha intentado acción de nulidad, en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, para que, previo el agotamiento del procedimiento, por sentencia, se

declaren "nulo (sic) los artículos 1º y 10 del Decreto 1723 de 1987, por ser violatorio (sic) de normas de superior jerarquía."

I. ACTO DEMANDADO

Las normas acusadas son del siguiente tenor:

"Decreto 1723 de 1987"
(septiembre 4)

"Por el cual se reglamenta el Decreto Extraordinario número 77 de 1987, en cuanto a la reorganización del sector administrativo relativo al agua potable y al saneamiento básico.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y en especial de la potestad reglamentaria prevista en el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional

DECRETA:

Artículo 1º. "Integración de las oficinas seccionales del INS.

"Los departamentos, intendencias y comisarías podrán reformar su estructura administrativa para asumir las funciones correspondientes a las oficinas seccionales de la División de Saneamiento Básico Rural del Instituto Nacional de Salud. En los Departamentos en los que no se produzca esta reforma antes del 30 de octubre de 1987, la empresa de Obras Sanitarias, la sociedad de acueductos y alcantarillados o la compañía de servicios públicos que, conforme a sus actos de creación y organización tenga como área de operación el territorio del respectivo departamento, adoptará antes del 30 de noviembre de 1987 la reformas estatutarias que sean indispensables para asumir dichas funciones, así como las modificaciones a su planta de personal para el mismo fin.

"...

"Artículo 10º. "Sanciones

"El incumplimiento de los términos señalados en este decreto será causal de mala conducta para las personas obligadas a cumplirlos".

II. LA DEMANDA

El actor fundó su pretensión con fundamento en las normas vigentes y obligatorias que fueron violadas por el Presidente de la República, en la expedición del decreto reglamentario acusado. El aspecto fáctico tuvo el siguiente desarrollo:

1. El artículo 13 de la Ley 12 de 1986 (enero 16), "por la cual se dictan normas sobre la cesión de impuesto a las ventas o impuesto al valor agregado (I.V.A.) y se reforma el Decreto 232 de 1983", contiene el otorgamiento de facultades extraordinarias al Presidente de la República para (1) revisar el régimen de entidades descentralizadas, (2) el de los ministerios y departamentos administrativos, y (3) dictar normas sobre régimen de los entes descentralizados, para que no se desvíen los recursos cedidos por la ley.

A una entidad no beneficiaria de la cesión del impuesto a las ventas no se le pueden asignar funciones.

2. Los departamentos no son beneficiarios de la cesión del impuesto a las ventas, ni por lo mismo, se les puede asignar funciones.

3. En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, se expidió el Decreto 77 de 1987, "por el cual se expide el estatuto de descentralización en beneficio de los municipios." El departamento no es beneficiario de la cesión de impuesto a las ventas sino simple intermediario que recibe del Gobierno Nacional, para entregar a las entidades departamentales de previsión social.

4. El Decreto Ley 77 de 1987 regula lo concerniente al agua potable, saneamiento básico, mataderos públicos, aseo público y plazas de mercado, como a cargo de los municipios. Se agrega luego que los departamentos pueden *concurrir* en la prestación de tales servicios (la subraya es del actor).

5. Sobre la actividad municipal se ejerce la tutela constitucional de la Nación por intermedio del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y del Ministerio de Salud. Los departamentos ejercen funciones de control en aspectos de coordinación de la prestación de los servicios y de planeación, por otra; también interviene la División de Saneamiento Básico Rural y Urbano Menor de la Dirección de Aguas Potables y Saneamiento Básico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, creada por el Decreto Ley 77 de 1987.

6. El Decreto 77 de 1987 suprimió el Instituto Nacional de Fomento Municipal, cuyas funciones en primer lugar, pasan a órganos del orden nacional. La División de Saneamiento Básico Rural del Instituto Nacional de Salud pasa al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

En el sector central, se suprime la División de Saneamiento Básico de la Dirección de Saneamiento Ambiental del Ministerio de Salud Pública, de acuerdo con lo determinado por la Ley 12 de 1986.

7. Las funciones eliminadas fueron trasladadas y asignadas a otras entidades o funcionarios.

8. Es atribución legal, no del reglamento, determinar casos de responsabilidad funcional y régimen de sanciones.

9. El artículo 1º del Decreto 1723, acusado, dispone que los departamentos podrán modificar su estructura administrativa para asumir las nuevas funciones; pero que tales actos sólo pueden provenir de la Asamblea Departamental por medio de ordenanzas. De acuerdo con la consideración del actor, el decreto acusado contradice las disposiciones del decreto que reglamenta al disponer como lo hace en el artículo 1º. Sobre este punto concluye que no pueden asignarse funciones a organismos que no sean beneficiarios de la cesión del impuesto a las ventas, cosa que es precisamente lo que dispone el decreto en cuestión.

10. Frente a una prelación normativa, el decreto acusado asigna las funciones trasladadas a entidades de orden departamental que no son beneficiarias de la cesión del impuesto sobre la ventas. De acuerdo con lo dispuesto el en artículo 71 del Decreto 1222 de 1986, se prohíbe a la Asamblea Departamental intervenir en asuntos que no sean de su incumbencia y el artículo 1º del decreto acusado las está facultado para modificar la estructura departamental, "para asumir la prestación de funciones que la ley coloca en cabeza del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, mediante la integración de las actuales seccionales, a su División de Saneamiento Básico Rural y Urbano Menor, creada por el artículo 9º del Decreto Extraordinario 77 de 1987." (folio 15)

11. El Decreto Extraordinario 467 de 1986, "por el cual se establece el régimen administrativo de las intendencias y comisarías y se dicta otras disposiciones" señala que es facultad de los consejos intendenciales y comisariales determinar la estructura administrativa, cosa que desvirtúa la norma acusada.

12. El artículo 10 del decreto acusado es violatorio de la Constitución Política por cuanto la responsabilidad administrativa no es facultad determinarla a un decreto simplemente reglamentario.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA DEMANDA

La razón de estos hechos y la consiguiente incriminación de ilegalidad alegada por el actor en contra de los dos artículos en referencia las expone bajo el acápite de concepto "normas violadas y concepto de violación", así:

I. Normas Constitucionales violadas

1. Artículo 187 numeral 5.

Su desconocimiento por el artículo 1º del Decreto 1723 de 1987 se explica así: es función propia de las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas disponer, señalar, fijar la estructura de administración departamental. La ley no puede apartarse de esa función y menos una norma reglamentaria cual es dicho

decreto. "Estaríamos entonces frente a una adición de la norma constitucional por Decreto Reglamentario. La Constitución enseña que la Asamblea Departamental determine la estructura de la administración Departamental por medio de ordenanzas, para evacuar las funciones atribuidas al Departamento por Constitución y por ley y ahora por medio de un Decreto Reglamentario dice que para tomar atribuciones que la ley señala deben ejercer organismos nacionales."

El Decreto 77 de 1987, contempla en sus artículos 13, 14 y 15 una integración de servicios (...):

"La integración se ordena a los organismos nuevos del Ministerio de Obras Públicas, creados para ese efecto, que son los que van a desarrollar la misma función anterior. Lo único que se cambia es la dirección del programa: Antes por parte del Instituto Nacional de Salud y, ahora, por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, es una transferencia de un organismo descentralizado a un organismo central como es el Ministerio de Obras Públicas. Es un traslado de sector: del Sector Salud al Sector Obras Públicas. Lo que sale del sector salud, se ordena integrarlo al sector obras públicas, para que cumpla las mismas funciones por los mismos funcionarios, en las mismas oficinas, con las mismas herramientas.

"La integración, implica llevar lo actual, con lo nuevo. No es liquidación y cuenta nueva. Sino integración. Unión de lo que deja el Instituto Nacional de Salud, con el nuevo ente creado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

"Pero viene el Decreto reglamentario 1723 de 1987, y, en su artículo 1º, nos señala que corresponde a los departamentos a asumir las funciones de las Seccionales del Instituto Nacional de Salud, División de Saneamiento Básico, y, que si no lo hacen los Departamentos, que se haga una División Especial, en las Empos, en las Acuas, o en las Compañías de Servicios Públicos, para entregarles esas funciones de las Seccionales de la División de Saneamiento Básico del INS. (sic)

"Cuando el Artículo 13º ordena que esas funciones las lleve a realización el programa de Saneamiento Básico Rural y Urbano Menor del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico, División de Saneamiento Básico y Rural y Urbano Menor. (sic).

"No puede una norma reglamentaria del ejecutivo, pretender adicionar, el texto constitucional. La estructura del Departamento la determina la Asamblea Departamental, por medio de Ordenanzas, únicamente. Sin adiciones de Decretos reglamentarios, como se hace en el Artículo primero, del Decreto Reglamentario 1.723 del 4 de septiembre de 1987. Mucho menos, para hacerse cargo, por competencia, de una función, que el legislador, ha ordenado integrarla a un organismo nacional, como la División de Saneamiento Básico Rural y Urbano Menor, de la Dirección de Agua Potable y Saneamiento

Básico del Ministerio de Obras Públicas, para que ejerza las funciones, que antes ejercían las seccionales, del INS".

2. Artículo 120, ordinal 3º.

Las violaciones explicadas en el punto 1 anterior conduce también al desbordamiento por el artículo 1º del Decreto 1723 de 1987 de la potestad reglamentaria constitucional del Presidente de la República.

3. Artículo 20.

Al ejercer facultades que no le están expresamente atribuidas, al invadir órbitas de competencia del contribuyente y del legislador, al contrariar la disposición constitucional y las disposiciones legales que dice reglamentar, el artículo 1º del Decreto reglamentario 1723 de 1987 está violando el texto del artículo 2º de la Constitución Nacional.

4. Artículo 2º.

La transgresión de esta norma se debe a que "... el poder se debe ejercer dentro de las disposiciones constitucionales, no se pueden invadir órbitas de competencia, no se pueden dictar normas contrarias a los mandatos de superior jerarquía."

II. **Normas legales quebrantadas**

El artículo 1º del Decreto 1723 de 1987 desconoce las siguientes disposiciones:

"a) *LEY 12 de 1986*. Dispone en el Artículo 13, en todos sus tres literales, que la asignación de funciones que debe hacer el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias, debe ser únicamente a entidades beneficiarias de la cesión del impuesto a las Ventas (IVA). El Gobierno Nacional legislador extraordinario, así lo hizo en el Decreto Extraordinario 77 de 1987 y luego en una norma que se dice reglamentar este Decreto como es, el Decreto 1.723 de 1987, se las asigna a las Empos, Acuas o Compañías de Servicios Públicos, en caso de que no las pueda transferir a Departamentos, Intendencias o Comisarías.

"La Ley dispone que se asignen a entidades beneficiarias de la cesión del Impuesto a las Ventas y en el artículo primero del Decreto 1.723 de 1987, se dispone, que pueden tomar esas funciones los Departamentos no beneficiarios de la cesión del impuesto a las ventas y que si no se puede, esas funciones se trasladen a las Empos, Acuas, o Compañías de Servicios Públicos que tampoco son beneficiarios de la cesión del Impuesto a las ventas. En todo caso violatorio de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 12 de 1986, origen y facultad, para la expedición del Decreto Extraordinario 77 de 1987, que dice

reglamentar el Decreto 1.723 de 1987, cuyo artículo primero demandamos su nulidad. (sic).

"b) *DECRETO EXTRAORDINARIO 77 de 1987.* En su artículo 9º, se crea la Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Es una Dirección nueva dentro del Ministerio, se hace para transferirle algunas de las funciones de Insfopal y del Ministerio de Salud, o de entes descentralizados del orden Nacional. Se le crea a la Dirección, cuatro Divisiones. Una de esas divisiones es la de Saneamiento Básico Rural y Urbano Menor.

"En el Artículo 13 del mismo Decreto (decreto. Ext. 77 de 1987), se ordena que el Programa de Saneamiento Básico Rural y Urbano Menor, tenga como objetivo principal la dotación de Agua Potable y Saneamiento Básico de las Areas Rurales y Zonas Urbanas hasta de 12.000 habitantes. Esta función, pero en áreas hasta de 2.500 habitantes la prestaban las Seccionales de la División de Saneamiento Básico Rural del Instituto Nacional de Salud, quien deja de prestarla cuando la nueva División del Ministerio, comience a prestar estos servicios, como lo señala el parágrafo del Artículo 15 del mismo Estatuto. Las funciones de las Seccionales de la División de Saneamiento Básico Rural del INS, pasan a prestarlas a la División de Saneamiento Rural y Urbano Menor del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, aumentando de 2.500 a 12.000 habitantes".

"En el Artículo 14 del mismo Estatuto se ordena que haya una integración de las seccionales con los nuevos entes que se creen o transformen para ese efecto. Integración a que?. Lo principal de las Seccionales es la División de Saneamiento Básico Rural el Instituto Nacional de Salud. En el Artículo 15 se ordena que esa División sea absorbida por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Lo principal debe ser absorbido por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Lo principal entonces a quién se debe integrar lo accesorio? El todo se absorbe por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, la parte a quién?. El todo es la División, debe absorberse por el Ministerio de Obras Públicas, las partes, las Seccionales a quién deben integrarse? Resulta pues lógico, que es al Ministerio de Obras Públicas y Transporte quien va a desarrollar la misma actividad, en las mismas partes, para las mismas finalidades, con las mismas herramientas. Cuando se habla en la Ley de Seccionales, se refiere a las Seccionales de la División de Saneamiento Básico Rural, y no a las entidades descentralizadas territoriales, como se ha querido interpretar el Artículo primero del Decreto 1.723 de 1987. La Ley habla de Seccionales de la División de Saneamiento Básico Rural del INS. Y resultamos hablando de Seccionales Departamentales, Intendencias y Comisarías, o de Empos, Acuas, o de Compañías de Servicios Públicos.(sic)

"La Ley -Decreto 77 de 1987- señala una integración. El Decreto reglamentario una absorción por parte de la Empos, Acuas o compañías de Servicios

Públicos o por Entes nuevos en los Departamentos, Intendencias, Comisarías. En desarrollo de una filosofía de la Ley 12 de 1986, se ordenó por el legislador una integración, luego viene un Decreto reglamentario y saca todo un Programa nuevo de descentralización por fuera de la Ley de facultades y de los Decretos Extraordinarios que desarrollaron esas facultades. Es el caso del Artículo primero del Decreto 1723 de 1987.

"La filosofía de la Ley 12 de 1986, señala que debe suprimirse, fusionarse funciones de entidades descentralizadas nacionales, de Ministerios, de Departamentos Administrativos, para asignarlas libremente a otros Ministerios, Departamentos Administrativos, o Entidades descentralizadas del orden Nacional, sin límite alguno. O tomar funciones de las suprimidas a entes nacionales, Ministeriales, Departamentales Administrativos, o Entidades Descentralizadas, para asignarlas solamente a entidades beneficiarias de la cesión del impuesto a las Ventas. Luego viene nuestro Decreto Reglamentario 1.723 de 1987 y en su artículo primero señala que esas funciones pueden tomarse por Entidades no beneficiarias de la cesión del IVA. Señala luego, la Ley -Decreto 77 de 1987 - que esas funciones pasen a los municipios en cuanto tienen que ver con Agua Potable, saneamiento básico, basuras urbanas, plazas de mercado, mataderos públicos, sólo en concurrencia con los Departamentos, Intendencias o comisarías, y, viene el Decreto Reglamentario 1.723 de 1987 y señala que pueden solos los Departamentos, Intendencias o Comisarías, prestar esos servicios, y, que si no se puede, que sean las Empos, Acuas o Compañías de Servicios Públicos.

"Respecto al Artículo 10º del Decreto 1.723 de 1987, que contiene normas de responsabilidad de los funcionarios y formas de hacerlas efectivas, siendo un Decreto Reglamentario, manifiesto que la violación al contenido del Artículo 62 de la Constitución Nacional el cual señala que es función de la Ley señalar los casos de responsabilidad de los funcionarios y la manera de hacerla efectiva; es clara y no necesita de mucha presentación para apreciarla. En consecuencia, no puede el reglamento sustituir a la LEY, ni reemplazarla, ni invadirle órbitas de su competencia".

IV. CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Ministerio de Obras Públicas, por intermedio de apoderado debidamente constituido contestó la demanda advirtiendo que los hechos llamados así por el actor son una serie de apreciaciones de carácter personal e interpretaciones de carácter también muy subjetivo, sobre algunas normas que sirven de fundamento al decreto parcialmente demandado... en un recuento de 13 acápites, ninguno de los cuales contiene la enumeración de hecho alguno ni hacen alusión a situaciones fácticas, sino que se limita el actor, en todos ellos, a mencionar algunos artículos de las normas anteriormente citadas, dándoles a cada uno de esos artículos su personal apreciación para acomodarlos a intenciones de su propia demanda, limitando o señalando el alcance que, a su criterio, tienen dichas normas" (folio 50).

Ante esta situación la parte demandada se limita a señalar su total inconformidad con lo expuesto. En definitiva, propone la excepción de inepta demanda por carencia de los requisitos que determina el artículo 137 del C.C.A., por no haber señalado la parte demandada ni indicar cuáles eran las partes que conforman la relación jurídica-procesal, ni precisar la localización de las personas demandadas y olvidar señalar su propia dirección para efectos de notificación.

Por su parte, el Ministerio de Gobierno procedió a contestar la demanda de acuerdo con el siguiente orden:

Al Punto Primero: Efectivamente la Ley 12 de 1986 cedió el impuesto sobre las ventas y reformó el Decreto 232 de 1983. El actor concluye que la transferencia de funciones se puede hacer sólo a entidades beneficiarias de la cesión, conclusión que impediría aplicar el literal a. del artículo 13 de la Ley 12.

Al Punto Segundo: El actor relaciona las entidades beneficiarias, descarta los departamentos, pero desconoce el hecho de que los departamentos que atienden directamente el pago de prestaciones sociales reciben la participación en el impuesto que ingresa directamente a su presupuesto. De este tenor el artículo 2º literal D, de la Ley 12 de 1986.

Al Punto Tercero: No es cierto que los departamentos no puedan ser beneficiarios de la cesión del impuesto; pueden por otra parte, concurrir con los municipios en la prestación de servicios públicos, para lo cual resulta explicable que se establezca la forma como debe concurrir.

Al Punto Cuarto: La norma demandada debía señalar la forma como participan los departamentos en la prestación de los servicios a cargo de los municipios o del Distrito Especial de Bogotá.

Al Punto Quinto: La cesión de funciones se hace no sólo a entidades descentralizadas del orden nacional sino también a los departamentos como entidades beneficiarias.

Al Punto Sexto: Por el Decreto Ley 77 de 1987 se suprime el Instituto Nacional de Fomento Municipal y se redistribuyen las funciones del ente suprimido.

Al Punto Séptimo: No es cierto que a los departamentos se les presten los servicios en concurrencia con los municipios, sino viceversa. Las intendencias y comisarías pueden concurrir con los municipios en la prestación de los servicios públicos.

Al Punto Octavo: No es cierto que el Presidente no pueda señalas causales de mala conducta.

Al Punto Noveno: No se quebranta la Constitución Política al solicitarles a los departamentos, a través de sus asambleas, la reforma de su estructura administrativa.

Al Punto Décimo: Es legal la atribución de funciones a los departamentos y demás entes seccionales.

Al Punto Décimo Primero: en lo que se refiere a los consejos intendenciales y comisariales estos siguen gozando de facultades legales para llevar a cabo su reestructuración administrativa.

Al Punto Décimo Segundo: Es facultad presidencial señalar la responsabilidad en que incurren los funcionarios.

Al Punto Décimo Tercero: La conducta presidencial se ajustó a los términos legales, tanto al expedir el Decreto Ley 77 de 1986 como al expedir la norma reglamentada acusada.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público contesto la demanda pero se limitó a decir si encontraba ciertos o falsos los hechos invocados, por lo que no hay sobre qué referirse.

V. ALEGATOS DE CONCLUSION

El Actor reitera que la asignación de funciones debía hacerse en entidades beneficiarias con la cesión del impuesto sobre las ventas, entre las cuales, según éste, no están los departamentos, "como taxativamente (sic) la señala la Ley 12 de 1986" (folio 76).

A su turno el Ministerio de Obras Públicas y Transporte alegó que el tenor del artículo 1º se halla incorporado en el numeral 5 del artículo 187 de la Constitución Política. La primera disposición acusada no esta creando una facultad que no tienen los departamentos; porque los entes territoriales gozan de facultades constitucionales para determinar la estructura administrativa por la asamblea y la junta intendencial.

Concluye en la petición que se dé curso a la excepción de inepta demanda, por deficiencias formales.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público se refiere a que el artículo 2º de la Ley 12 de 1986 distribuye, los recaudos en el literal d) para los presupuestos de departamentos intendencias o comisarías que atiendan directamente el pago de prestaciones sociales, de donde observa la viabilidad legal de participar los departamentos en el impuesto sobre las ventas. A su vez, insiste en la excepción de inepta demanda propuesta ya por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

Casi literalmente, el alegato del apoderado del Ministerio de Gobierno coincide con el del Ministerio de Hacienda, por lo que la Sala no encuentra necesario referirse a su examen.

Discurrido el traslado por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, éste alega que la norma demandada es de clara estirpe reglamentaria, para "la cumplida ejecución de las leyes"; el mandato del artículo 1º del texto reglamentario demandado se limita a señalar posibilidades por parte de los departamentos pero sin que ello implique desconocimiento de las normas constitucionales que les atribuye competencia privativa a las asambleas departamentales para determinar la estructura de los entes territoriales.

Por otra parte, el artículo 10º no señala un régimen disciplinario nuevo sino que se refiere a los efectos que produce una conducta omisiva de acuerdo con las determinaciones del artículo 20 de la Constitución Política.

VI. VISTA FISCAL

Para el colaborador fiscal la descentralización por servicios constituye el fundamento del régimen estatal democrático. Ello supone la coexistencia de órganos administrativos entre los que se distribuyen las función y los recaudos tributarios, dentro de un criterio armónico que evite la duplicación de funciones.

Para el señor Agente del Ministerio Público, la redistribución de funciones implica necesariamente la revisión de la competencia de los entes administrativos. La norma, según la apreciación del actor, que presuntamente fue violada, "sitúa la participación de los departamentos en el impuesto a las ventas, con destino a las cajas seccionales de previsión o para los presupuestos de éstos cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones sociales". (subraya la Fiscalía) (folio 110).

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es preciso en primer lugar decir que por ésta se ha hecho un esfuerzo de interpretación de la demanda, en vista de la forma un poco difusa como a menudo se presentan los hechos y la expresión y explicación de las normas consideradas como infringidas, repitiéndose argumentaciones que contrariamente a lo expresado, no conducen a veces a la claridad de la exposición del pensamiento.

I

No se presenta inepta demanda cual se alega por la parte opositora, pues si bien podría presentarse dificultad en el entendimiento de los cargos, a la Sala le fue posible comprender debidamente de todo el contexto del escrito de demanda los planteamientos que en torno de ellos se hacen.

De otro lado, es entendido que la entidad demandada es la Nación porque se notificó el auto admisorio de la demanda a quien la representan judicialmente (artículo 149 inciso 2 del C.C.A.) por haber suscrito junto con el señor Presidente de la República el Decreto 1723 de 1987 acusado, a saber: Los Ministros de Hacienda y Crédito Público, de Gobierno, de Obras Públicas y Transporte, de Trabajo y Seguridad Social y a la Directora del Departamento Nacional de Planeación (folios 28 a 41), con lo cual quedó vinculada procesalmente la Nación como parte demandada.

II

Se entrará en primer lugar a examinar las disposiciones de orden constitucional estimadas como quebrantadas, y luego, las de índole legal.

I. Violaciones constitucionales

En relación con el quebranto del artículo 1º del Decreto 1723 de 1987, del artículo 187 numeral 5º de la Carta Política, porque según el entender del actor se le otorga a las Asambleas Departamentales atribuciones cuyo ejercicio se confía por la ley a organismos nacionales, nota la Sala que ella no se presenta, por las siguientes razones:

El artículo 1º bajo ningún respecto radica en las Asambleas Departamentales la clase de organismo que ha de llevar a cabo la reforma de la estructura administrativa departamental.

Que por mandato de la Constitución en el artículo mencionado, corresponda a tales entes administrativos la realización de esas reformas, es asunto que se queda en el campo de la lucubración teórica y de las expectativas. En su oportunidad y cuando los Departamentos lleven a cabo tales reformas, habría oportunidad por quienes no estuviesen de acuerdo con ello ejercer en su caso las acciones contencioso administrativas pertinentes contra el acto administrativo que en ese sentido proveyese.

Tampoco se dan las otras violaciones constitucionales alegadas de los artícu- los 120-3, 20 y 2º, que se hace depender de la del artículo 187-5 atrás analizado.

II. Violaciones Legales

a) Se alega que el artículo 1º del Decreto 1723 de 1987 quebrantó el artículo 13 de la Ley 12 de 1986 porque la asignación de funciones autorizadas al Gobierno Nacional mediante dicho texto no incluyen a la entidad territorial: Departamento, por no ser éstos beneficiarios de la cesión del impuesto a las ventas.

Nota la Sala que le asiste razón al demandante, por las siguientes razones:

1. Mediante dicha Ley 12 de 1986 "se dictan normas sobre la cesión de Impuesto a las Ventas o Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.)", disponiéndose sobre el particular en síntesis lo siguiente: a partir del 1o. de julio de la vigencia fiscal de 1986 la participación en la cesión del Impuesto a las Ventas de que tratan las Leyes 33 de 1968, 46 de 1971, 22 de 1973, 43 de 1975 y el Decreto 232 de 1983 se incrementa proporcionalmente hasta representar el 50% del producto del impuesto, y en los siguientes porcentajes: a partir del 1o. de julio de 1986, el 30.5% del producto anual del Impuesto a las Ventas; en 1987 de 1986, el 30.5% del producto anual del Impuesto a las Ventas; en 1987, el 32.0%; en 1988, el 34.5% en 1989 el 37.5%; en 1990 el 41%; en 1991 el 45% y en 1992 y en adelante el 50%.

Las entidades destinatarias son así: un porcentaje que crecerá progresivamente hasta 1992 para distribuir entre el Distrito Especial de Bogotá y todos los municipios de los Departamentos, Intendencias y Comisarías (artículo 2º, literal a); un porcentaje adicional al anterior, para distribuir entre los mencionados municipios con población menor de 100.000 habitantes (literal b, del artículo 2º); un porcentaje para las intendencias y comisarías (literal c, *ibídem*); un porcentaje para los *Departamentos,* Intendencias y comisarías destinados a las Cajas Seccionales de Previsión o para los presupuestos de éstos cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones sociales (literal d, *ibídem*); el 1% a la Escuela Superior de Administración Pública con destino a programas de asesoría técnica administrativa y otros a nivel departamental, intendencial, comisarial y municipal (literal e, *ibídem*); y el 1% con destino al Instituto Geográfico Agustín Codazzi para atender gastos suplementarios relacionados con la actualización de evalúos catastrales de los municipios con población inferior a 100.000 habitantes (literal f, *ibídem*).

Por el artículo 3º de la Ley 12 se señalan discriminadamente los porcentajes de que trata el artículo 2º de la misma, a partir del 1o. de julio de 1986, en 1987, 1988, 1990, 1991, 1992 y en adelante. Por el artículo 4º ibídem se previene que la distribución del porcentaje adicional para las poblaciones de que trata el literal b) del artículo 2º se hará entre los municipios en proporción a la población y al esfuerzo fiscal de cada uno de ellos y se establece el procedimiento al efecto. El artículo 5º da reglas sobre la participación del impuesto a las ventas en el caso de los literales a), b) y d) del artículo 2º de la Ley 12. En el artículo 6o. ibídem se establece que los municipios y el Distrito Especial de Bogotá podrán continuar destinando hasta el 25.8% de los porcentajes señalados en el artículo 3º inciso 1º *ibídem* para atender gastos de funcionamiento y de inversión. Con todo, la diferencia entre ese valor y el tope de la asignación de la participación del impuesto a las ventas prevista para cada año, deberá utilizarse exclusivamente en gastos de inversión. Señala el artículo 7º ibídem las distintas obras en que se pueden emplear dichos gastos de inversión, entre las cuales se mencionan "la construcción, ampliación y mantenimiento de acueductos y alcantarillados, jagüeyes, pozos, letrinas, plantas de tratamiento y redes (literal a) contempla el artículo 10 ibídem las retenciones para los Fondos Educativos Regionales que debe hacer la Nación de las transferencias a título de las participaciones en cuestión al Distrito Especial de Bogotá y municipios del país.

Por el artículo 13 *ibídem* se reviste al Gobierno Nacional para proveer, por el término de un año, sobre lo siguiente:

"a) Reformar, fusionar o liquidar entidades descentralizadas y suprimir sus funciones, o asignarlas a las entidades que se beneficien con la cesión de que trata esta Ley.

b) Asignar funciones de los Ministerios y Departamentos Administrativos a las entidades que se beneficien con la cesión de que trata esta ley, o suprimirlas y modificar la estructura de tales Ministerios y Departamentos Administrativos en lo que sea necesario para cumplir la función, por la entidad territorial a la cual se traslada.

c) Dictar normas especiales sobre contratación, régimen laboral, régimen de entidades descentralizadas y presupuesto de las entidades beneficiarias de la cesión de que trata esta Ley, con el fin exclusivo de que no se desvíen los nuevos recursos cedidos por ella.

El proceso de ejecución de las normas que se dicten en ejercicio de estas facultades y redistribución del gasto que resulte, tendrán que ser equivalente a los incrementos de la participación en los Impuestos a las Ventas que resulte de esta Ley y concluya en 1992".

2. Fue así entonces que con base en el artículo 13 de la Ley 12 de 1986 se dictó el Decreto Ley 77 de 1987, que entre otros considerandos, expuso los siguientes: Por dicha Ley se incrementa progresivamente la participación de las entidades territoriales en el impuesto a las vetas, con el fin de fortalecer el progreso municipal y el de los entes territoriales, en miras de una mayor autonomía en la administración de los recursos fiscales. Que ello define "un proceso de descentralización administrativa en virtud del cual se estimula el acercamiento del ciudadano a los servicios del estado y su vigilancia y control sobre la potestad de los mismos". Con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios a cargo de las entidades públicas, se ha dispuesto el traslado progresivo y armónico de funciones a los municipios y entidades territoriales, de tal modo que "en un plazo prudente las respectivas funciones sean asumidas por los beneficiarios de la cesión del impuesto a las ventas". En consecuencia con el traslado de funciones a los municipios deben adoptarse armónicamente las previsiones administrativas necesarias dentro del reordenamiento dispuesto por las medidas que se dicten en desarrollo de las facultades extraordinarias que le confirieron al Gobierno Nacional. La eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de las entidades públicas en todos los órdenes exige la eliminación de duplicación de funciones mediante la asignación expresa al organismo correspondiente.

3. De las previsiones de la Ley 12 de 1986 y el Decreto Ley 77 de 1987, se establece claramente lo siguiente: a nivel de entidades territoriales, se fortalece primera, prioritaria y fundamentalmente el municipio con la cesión que en gran cuantía del impuesto sobre las ventas se le traslada a ellos gradualmente (25.8%

en 1986 y 1992 y en adelante un 50%), más un porcentaje adicional para los municipios con menos de 100.000 habitantes; y en medida bien menor se refuerza los fiscos de las intendencias y comisarías (de 0.70% en 1986 a 0.5% en 1992 y en adelante).

La participación que se contempla para los Departamentos (y también Intendencias y Comisarías) es específica pues está destinada a sus Cajas de Previsión, o para sus presupuestos propios cuando asuman directamente el pago de prestaciones sociales.

Luego, estando previsto que las reformas administrativas del artículo 13 de la Ley 12 de 1986 permiten hacer asignación de funciones sólo a las entidades territoriales favorecidas con la cesión del Impuesto a las Ventas y no siendo los Departamentos beneficiarios de tal cesión *salvo en el aspecto laboral mencionado*, no le es dable entonces que se entre en el Decreto 1723 de 1987 artículo 1º, a trasladárseles funciones a ellos o a empresas descentralizadas, relativas al saneamiento básico rural que cumplía la División con este nombre del extinguido Instituto Nacional de Salud. Los traslados, según el recuento y análisis legislativo procedente de funciones de entidades nacionales a entidades territoriales debía hacerse dentro del objeto de las facultades extraordinarias del susodicho artículo 13.

Consecuente con lo explicado, el Decreto Ley 77 de 1987 previó cabalmente en su artículo 1º que tales servicios de agua potable, saneamiento básico, matadero público, aseo público y plazas de mercado, corresponde prestarlos a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá. Este aspecto se desarrollará a renglón seguido.

Prospera el cargo.

b) Se plantea el quebranto por el artículo 1º del Decreto 1723 de 1987 del artículo 1º del Decreto Ley 77 de 1987, en armonía con los artículos 8º, 9º, 10, 11, 13, 14 y 15 de este último estatuto.

Halla la Sala que en verdad la transgresión alegada se presenta, por las siguientes razones:

Por medio del Decreto Ley 77 de 1987 el señor Presidente de la República expidió el Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios y ello en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 13 de la Ley 12 de 1986 y de las atribuciones previstas en el artículo 120 ordinal 3º de la Constitución Política. Su artículo 1º ubicado en el Capítulo I que trata sobre "Sector Agua Potable y Saneamiento Ambiental", dispone lo siguiente:

> "Corresponde a los *municipios* y el Distrito Especial de Bogotá, la prestación de los servicios de agua potable, saneamiento básico, matadero público, aseo público y plazas de mercado. Los departamentos, intendencias y comisarías podrían concurrir a la prestación de estos servicios" (se subraya).

De su lado el artículo 1º del Decreto 1723 contempla lo siguiente: *los departamentos, intendencias y comisarías* reformarán con fecha límite de 30 de octubre de 1987 su estructura administrativa con el fin de asumir las funciones de oficinas seccionales de la División de Saneamiento Básico Rural del Instituto Nacional de Salud -INS-. De no haberse introducido dicha reforma en esa fecha, los siguientes organismos: la empresa de obras públicas sanitarias, la sociedad de acueducto y alcantarillado o la compañía de servicios públicos que conforme a sus actos de creación y organización tenga como área de operación el territorio del respectivo departamento, adoptaría en su lugar y antes del 30 de noviembre de 1987 las enmiendas estatutarias indispensables para hacerse cargo de las mencionadas funciones, incluyéndose las modificaciones a su planta de personal.

Dentro de las finalidades y determinaciones del artículo 13 de la Ley 12 de 1986 antes transcrito, el Decreto 77 de 1987 suprimió el Instituto Nacional de Fomento Municipal (INSFOPAL) y el Instituto Nacional de Salud -INS-. Eliminó también la División de Saneamiento Básico de la Dirección de Saneamiento Ambiental del Ministerio de Salud y creó en el ministerio de Obras Públicas y Transporte la Dirección de Agua Potable y Saneamiento Básico, que cuenta con cuatro (4) Divisiones entre las cuales esta la de Saneamiento Básico Rural y Urbano Menor. También previó que dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que se cumpla el primer año de vigencia del Decreto 77, la División de Saneamiento Básico Rural del Instituto Nacional de Salud será absorbida por la División de Saneamiento Básico Rural y Urbano de la Dirección antes mencionada del Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Realizada la absorción, esta última División cumplirá las funciones que la de Saneamiento Básico Rural cumplía en el Instituto Nacional de Salud. el programa de Saneamiento Básico Rural y Urbano Menor tendrá como objetivo principal la dotación de agua potable y saneamiento básico de las áreas rurales y en las zonas urbanas hasta de doce mil (12.000) habitantes (artículos 8º, 9º, 10, 11, 13 y 15 del Decreto 77).

Previo así mismo el artículo 14 del Decreto Ley 77 de 1987 que dentro del año siguiente a su vigencia, las oficinas nacionales de la División de Saneamiento Básico Rural del Instituto Nacional de Salud se integrarán a las entidades seccionales que se creen o transformen para la prestación de los servicios de agua potable y saneamiento básico. Cumplido dicho plazo, el Gobierno suprimirá las oficinas que no se hubieren integrado a nivel seccional o local.

De la armonización de las normas anteriores surge de manera inequívoca lo siguiente:

a) Que no es acertada la interpretación que hace el demandante en el sentido de que las entidades seccionales de la División de Saneamiento Básico Rural del INS de que trata el artículo 14 del Decreto Ley 77 de 1987 deban integrarse de manera horizontal a las correspondientes Seccionales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte al cual se trasladó dicha división y no a entidades territoriales, cual se prevé en el artículo 1º del Decreto 1723 de 1987, por las siguientes razones:

dicho artículo 14 prevé que si no se hace la absorción que se cometa se suprimirán las oficinas que "... no hayan sido integradas a los niveles seccional o local", lo cual pone de manifiesto, dentro del espíritu de descentralización de servicios en beneficio de los municipios, que los entes seccionales en cuestión son éstos y que habrán de prestar aquellos directamente, aspecto este que se desarrollara en el punto b) siguiente.

Todo ello conservándose, como es apenas obvio, en el Ministerio de Obras la División en cuestión a nivel nacional con las funciones que le asigna del Decreto 77.

b) De otro lado es evidente que el Gobierno Nacional so pretexto de reglamentar el artículo 1º del Decreto Ley 77 de 1987 desbordó el mandato contenido en el artículo 1º de este último estatuto, por las siguientes razones:

La descentralización que en materia de agua potable y saneamiento ambiental y otros sectores se contempla y desarrollo en el Decreto Ley 77 se hace en beneficio de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá, (salud, artículo 18; educación, artículo 23; asistencia técnica agropecuaria, artículo 35; desarrollo rural integrado, artículo 43; obras públicas, artículo 68) y no de los departamentos u otras entidades territoriales como las intendencias y comisarías.

Luego asignarles a estos tres entes territoriales en el caso que ocupa la atención de la Sala la función de atender los servicios de Saneamiento Básico Rural a cargo del extinguido Instituto Nacional de Salud, cual se hace en el artículo 1º del Decreto 1723, es desconocer la competencia expresa que el artículo 1º del Decreto Ley 77 radica en los municipios en relación con esos mismos servicios y al cual hay que recurrir en primer lugar porque representa y concreta el empleo de las facultades extraordinarias de la Ley 12 de 1986, por el Gobierno Nacional.

Entonces si se persiguió dar aplicación al artículo 14 del Decreto Ley 77, ello debió hacerse teniendo como destinatarios a los municipios y no a reparticiones territoriales distintas.

Es cierto que el artículo 1º del Decreto 77 de 1987 habla de que los departamentos, intendencias y comisarías, "podrán concurrir a la prestación de los servicios" que se comentan. Más esta concurrencia ha de entenderse en el sentido de colaboración mancomunada, dejando eso sí la iniciativa, organización y prestación de los servicios a los mismos municipios y de ninguna manera desplazar a éstos para ocupar su lugar los departamentos, intendencias y comisarías, u otras empresas de servicios públicos cual se dispone en el artículo 1º del Decreto 1723 de 1987.

Si lo que se quiere es reglamentar "la concurrencia" de las susodichas entidades territoriales, en los términos del artículo primero del Decreto 77 de 1987, ello puede hacerse en ejercicio de la potestad constitucional del artículo 120 ordinal 3º dentro de los lineamientos expuestos. Mas no pretender que esto es lo que se ha hecho en el presente caso litigioso, como se alega en la impugnación, siendo que

como se ha explicado, lo que ha habido es una extralimitación de la potestad de reglamentación del ejecutivo.

Resumen de lo precedentemente dicho es el siguiente: el reordenamiento administrativo para el cual se confirieron facultades al Gobierno Nacional en el artículo 13 de la Ley 12 de 1986 se hace entre Ministerios y Departamentos Administrativos, con posibilidades de reformar, fusionar o liquidar entidades descentralizadas y suprimir sus funciones o asignarlas a las entidades que se beneficien con la cesión de la participación en el impuesto a las ventas, o asignar funciones de tales Ministerios y Departamentos Administrativos a estas últimas entidades. Las entidades cesionarias en cuestión son los municipios en el mayor grado, las intendencias, comisarías, la Escuela Superior de Administración Pública y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

El anterior es el marco teórico y jurídico de la reorganización administrativa que habrá de concretarse con la expedición de los decretos leyes que se dicten con base en las mencionadas facultades extraordinarias y fue así entonces como el Gobierno Nacional expidió el Decreto 77 de 1987 que al desarrollar el referido artículo 13 de la Ley 12 de 1986 sólo contempló a los municipios como prestadores de los servicios de agua potable y saneamiento ambiental, luego un Decreto Reglamentario como el 1723 de 1987 demandado no podía jurídicamente trasladar a entes distintos como a los Departamentos ni a otras compañías de servicios públicos (no cesionarios, además, como ya se dijo, del gravamen a las ventas) ni a intendencias y comisarías, las funciones que sobre tales servicios cumplía el suprimido Instituto Nacional de Salud.

Se anulará por lo dicho el artículo 1º del Decreto 1723 de 1987.

Prospera el cargo.

Finalmente en relación con el quebrando que se endilga el artículo 10. del Decreto 1723 de 1987 del artículo 62 de la Carta Política, considera la Sala que el cargo está llamado a prosperar.

En efecto, en dicho artículo 10 se contempla como causal de mala conducto la omisión en el cumplimiento de los plazos señalados en el Decreto 1723; más ello es tarea que el antes mencionado texto constitucional defiere de la ley, pues se trata de determinar responsabilidades de funcionarios. Entonces le será vedado al Ejecutivo Nacional, cual se hizo en la disposición cuestionada, consagrar reglamentariamente tal inconducta disciplinaria. Para ello existe el régimen disciplinario de los empleados públicos, al cual habría de recurrirse cuando éstos incumplan sus deberes en el ejercicio del cargo.

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, oído el concepto del H. Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él.

FALLA:

Declárase la nulidad de los artículos primero (1º) y décimo (10º) del Decreto 1723 del 4 de septiembre de 1987, por el cual el señor Presidente de la República "Reglamenta el Decreto Extraordinario No. 77 de 1987, en cuanto a la organización del sector administrativo relativo al agua potable y al saneamiento básico."

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión del 31 de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente con excusa legal; *Pablo J. Cáceres Corrales, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DECAIMIENTO DEL ACTO/ SUSPENSION PROVISIONAL

Es de elemental lógica, que una disposición que entra a reglamentar otra, pierde su vigencia cuando ésta no la tiene. El decreto demandado reglamenta el artículo 118 del Acuerdo distrital 7 de 1989 que fue suspendido provisionalmente, medida que se mantiene aún. En esto es nítido el mandato legal contenido en el artículo 66 del C.C.A., tanto en su antiguo texto como en las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del artículo 15 del Decreto 1467 de 1987 del alcalde mayor del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá D.E., primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1431. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: HORACIO PERDOMO PARADA.

Habiendo concedido el recurso de apelación en el proceso de la referencia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca remitió a esta Corporación el expediente y el auto objeto de la alzada. La Sala entra a decidirlo.

LA DEMANDA

Tiende la acción a que se declare la nulidad del artículo 15 del Decreto 1467 de 9 de octubre de 1987, proferido por el señor Alcalde del Distrito Especial de Bogotá que dice:

"Artículo 15. CESION GRATUITA Y OBLIGATORIA.

"El Instituto de Desarrollo Urbano, para efectos de adelantar la negociación directa o la expropiación de los predios que se requieran para vías arterias del plan vial, descontará en cada caso el área de cesión gratuita y obligatoria, equivalente al siete por ciento (7%) del área bruta del terreno. Con tal objeto el Instituto elaborará un registro topográfico en el cual se determinará la afectación vial.

"Cuando la afectación vial sea superior al siete por ciento (7%) del área bruta del predio, el Instituto de Desarrollo Urbano negociará la diferencia con su propietario. Si no hubiere acuerdo para elevar a escritura pública la cesión gratuita y obligatoria se ordenará tal cesión por resolución motivada, contra la cual solo procederá al recurso de reposición.

"El firme la resolución sin que el propietario hubiere hecho la citada cesión, el Instituto mediante apoderado iniciará proceso judicial para obtener el título traslaticio de dominio correspondiente al área de cesión gratuita.

"En dicha resolución se establecerá claramente el área de cesión gratuita que tomará el Instituto para la construcción de la vía según el registro topográfico correspondiente y se ordenará la iniciación del proceso de expropiación para adquirir al área restante, dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la misma conforme a las normas que regulan la materia".

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

El actor, en el Capítulo V de su demanda, ha pedido al Tribunal a quo la suspensión provisional del acto demandado sustentando su súplica en la violación de unas normas superiores cuyos textos cita al hacer el parangón, exigido por la ley, entre los extremos incompatibles. Tales normas son: el artículo 30 de la Constitución Nacional y el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

Estima el peticionario, al exponer, la "violación manifiesta", que el juzgador ya había oportunidad de estudiar y comparar la norma superior y la inferior a decidir la viabilidad de la suspensión provisional de un acto administrativo similar al acusado. Se refiere a una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 1o. de diciembre de 1988 por la cual se suspendió provisionalmente el Acuerdo 7 de 1987. En lo dicho por el Tribunal, afirma el solicitante, hace consistir el concepto de violación:

"Se presenta en forma clara y patente la violación de una de las normas invocadas, como lo es el artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza la propiedad privada y que sólo permite la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa, por motivos de utilidad pública o de interés social definido por el legislador por cuanto nadie puede ser obligado a ceder

su propiedad sin obtener la indemnización que le corresponde como titular del derecho de dominio".

En cuanto al artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, manifiesta el actor que esta norma dice en seis numerales cuáles son los documentos que prestan mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva y que siendo taxativa esta enumeración, "el señor Alcalde Mayor de Bogotá, no puede crear por medio de decretos nuevos títulos ejecutivos que no se encuentran contemplados en forma expresa en el C.C.A. y si lo hace se viola este estatuto".

LA PROVIDENCIA APELADA

En auto del 13 de abril de 1989, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, admitió la demanda y se pronunció sobre la suspensión provisional impetrada.

Juzga el Tribunal de primera instancia que al establecerse con la norma impugnada "que el 7% del área bruta de un terreno sobre el cual el IDU inicie *negociación directa* o si no se logra el acuerdo, se seguirá la EXPROPIACION, que se cederá gratuitamente, vulneró el artículo 30 de la Constitución Nacional que al garantizar la propiedad privada SOLO permitió la expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa por motivos de utilidad pública o interés social".

Advierte además dicha Sala que "en asuntos como éste, donde se impugna la nulidad de un acto reglamentario y se pide suspensión provisional, como es el artículo 15 del Decreto 1467 de 1987, reglamentario del Acuerdo 7 de 1987 -Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá- del cual esta Corporación suspendió provisionalmente el artículo 118-1, norma que se reglamentó con el que ahora se acusa, se produce en el ordenamiento jurídico la cesión de los efectos de ese acto y por ende la de su reglamentario que depende de aquel. No podría un acto reglamentario producir efectos, cuando el que reglamentó no los produce, por decisión jurisdiccional ya por declaración de nulidad o ya de suspensión provisional, o porque la administración haya hecho uso de los poderes de revocación".

En la parte resolutiva de la providencia, numeral 2, el Tribunal suspende, provisionalmente "los efectos del Artículo 15 del Decreto 1467 de 1987 del Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá".

LA APELACION.

La providencia referenciada en el acápite anterior fue apelada, mediante memorial presentado el 10 de agosto de 1989, por la representante judicial del Distrito Especial de Bogotá.

La recurrente hace una extensiva aplicación de su fundamento para apelar la decisión del Tribunal partiendo de dos "conceptos que son los que llevan

a engaño al actor y por ende al Honorable Tribunal Administrativo". Tales situaciones, derivadas, según el libelista, de la Constitución Nacional, la Ley 113 de 1928; Ley 1a. de 1943 y el Código civil, son: a) *Dominio Eminente del Estado.*"De acuerdo a lo establecido en el Artículo 4 de la Constitución Nacional; el territorio, con los bienes públicos que de él forman parte, sólo pertenece a la Nación. Así mismo; el artículo 674 del Código Civil señala que son bienes de la Unión aquellos cuyo dominio corresponde a la República". b) *Expropiación.* "Tiene su fundamento en el artículo 30 de la Constitución Nacional en la cual se señala que "por motivos de utilidad pública e interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa". Es ésta, según la apelante, una "Circunstancia singular, justificada en la incompatibilidad entre una situación patrimonial existente y una específica causa de utilidad pública e interés social que impone un cambio en dicha situación inmueble que pasa a ser destinada a una finalidad distinta de aquella a que su propietario lo venía utilizando".

Manifiesta también la apoderada del Distrito que al determinarse que solo el 7% del área bruta del lote a urbanizar debe cederse y el resto es asumido por el Distrito, el Instituto de Desarrollo Urbano entra a negociar directamente o a expropiar con el fin de pagar la diferencia que resulta entre el monto de la cesión y la afectación de la vía arteria; concluyendo que se debe revocar la suspensión provisional que ha sido decretada del artículo en cuestión.

PARA DECIDIR, LA SALA CONSIDERA:

Sin perder de vista que el motivo de la alzada es la suspensión provisional del artículo cuya nulidad se pide como demanda principal, es preciso cotejar la providencia recurrida con el postulado procedimental que, en lo contencioso administrativo, indica la operancia de esta medida precautelativa.

Así tenemos que, el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, estipula que, además del requisito de la solicitud y sustentación expresa de la medida, y tratándose de una acción de nulidad, "basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

En el caso *sub-judice*, dos son las situaciones a tenerse en cuenta:

a) La primera, hace referencia a la advertencia consignada en la parte considerativa de la providencia examinada. El Decreto número 1467 de 1987 (octubre 9) reglamenta parcialmente el Acuerdo No. 7 de 1987, "Estatuto de Valorización del Distrito Especial de Bogotá".

Dicho Acuerdo, el No. 7 de 1987, contiene en su articulado una disposición que, señalada con el número 118, "dice que el Instituto de Desarrollo Urbano para

efectos de adelantar la expropiación o negociación directa de los predios que se adquieran para vías arterias del Plan Vial, descontará en cada caso, EL AREA DE CESION GRATUITA Y OBLIGATORIA EQUIVALENTE AL SIETE POR CIENTO DEL AREA BRUTA DEL TERRENO".

El artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1987 había sido demandado en acción contenciosa de nulidad ante el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca al cual decretó la suspensión provisional de dicha norma en auto de 1o. de diciembre de 1988 (Expediente 88D-1782), providencia ésta que fue confirmada por esta misma Sala mediante auto de 23 de noviembre de 1989 (expediente 1278).

Es de elemental lógica, que una disposición que entra a reglamentar otra, pierde su vigencia cuando ésta no la tiene. El artículo 118 del Acuerdo No. 7 de 1987 no esta en vigencia puesto que, como se dijo en el párrafo anterior, fue suspendido en forma provisoria y esa suspensión se mantiene según lo afirma la misma apoderada del Distrito al relacionar este recurso por ella interpuesto contra el auto que la decreta. En esto es nítido el mandato legal contenido en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo tanto en su antiguo texto como en las modificaciones introducidas por el Decreto 2304 de 1989.

Esta sola razón es suficiente para mantener sin variación alguna lo decidido por el Tribunal *a-quo*.

b) El actor señala exclusivamente dos normas superiores como violadas como fundamento de la suplicada suspensión provisional: El artículo 30 de la Constitución Nacional y el artículo 68 de la misma codificación superior.

En seguimiento de lo ordenado por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo en la parte ut supra transcrita, aparece "prima facie" una contradicción entre las normas superiores señaladas y el artículo denunciado. Podría tener razón, como podría no tenerla, tanto el Concejo Municipal como el señor Alcalde de Bogotá para establecer reglas de "cesión gratuita y obligatoria" con base en los criterios de "dominio eminente del Estado" y "expropiación" expuestos en forma por demás amplia por la profesional apoderada en el proceso. Sobre ello, esta Sala no hará mayores disquisiciones, en la decisión tomada por el Tribunal cuando suspendió la norma principal, es decir, el artículo 118 del Estatuto de Valorización el Distrito Especial de Bogotá; también, porque al entrar a analizar los argumentos que a la decisión del juzgador de primera instancia opone la recurrente en los que trae a colación otras disposiciones gubernamentales, que no estaban en el presupuesto jurídico inicial, sala a luz la dificultad en que se convierte el tratar de desvirtuar lo que "manifiestamente" aparece como trasgredido sin que esto signifique que a la postre, expectativa obvia en todo proceso normal, el resultado no coincida con la apreciación que llevó al juzgador a tomar la medida cautelar. Entrar a hacer esa especie de lucubraciones, sería introducirse en los terrenos del prejuzgamiento.

Por otra parte, como ya se dijo, la razón expuesta en el literal a) es suficiente para confirmar lo decidido por el Tribunal de primera instancia.

Expuesto lo anterior, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y una vez en firme esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa.

Simón Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; *Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites/ **CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION**-Inhabilidades

Al establecer la norma acusada una causal del inhabilidad concretada en el vedamiento de la vinculación o intereses tenidos con empresas concesionarias de espacios de televisión durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que el ex director, como miembro del Consejo Nacional de Televisión, deba entrar a ejercer las respectivas funciones, extralimita realmente el poder reglamentario constitucionalmente consagrado en el canon invocado, si se considera que ese contenido de prohibición esta reservado a la ley u ordenamiento con fuerza de ley, como claro y evidente desarrollo del artículo 62 del Código político.

SE DECLARA LA NULIDAD del inciso 2o. del artículo 4º del Decreto Reglamentario No. 0092 de 1986 (enero 10) expedido por el presidente de la República. En auto de agosto 3 de 1990, se aclaró la sentencia en el sentido de que la nulidad sólo comprende, del premencionado inciso segundo enjuiciado, el aparte del mismo que reza: "...no hayan tenido vinculación o intereses con empresas concesionarias de espacios de televisión durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que deban entrar a ejercer dichas funciones...".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá. D.E. primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1294. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: JUAN CARLOS GALINDO VACHA.

En ejercicio del contencioso de anulación, el señor Juan Carlos Galindo Vacha, en escrito de septiembre 6 de 1989, ha instaurado demanda contra el Decreto Reglamentario 92 de enero 10 de 1986, expedido por el señor Presidente de la República, con la expresa solicitud de nulidad.

ACTO ACUSADO

Materia de acusación en el presente proceso, como se ha anotado, lo constituye el Decreto Reglamentario No. 0092 de 10 de enero de 1986, expedido por el Sr. Presidente de la República, en uso de las facultades conferidas por el artículo 10 de la Ley 42 de 1985, y "Por el cual se reglamenta la elección de representantes al Consejo Nacional de Televisión del ente asociativo denominado Instituto Nacional de Radio y Televisión".

Específicamente el cuestionamiento, por parte del nulidiscente, se dirige al inciso segundo del artículo 4º del ordenamiento decretal, en la parte que en texto demandatorio se subraya. *Ad pedem litteris*, dispone el precepto en su total contenido:

> "Artículo 4º. El representante principal de los exdirectores del Instituto Nacional de Radio y Televisión, será designado por un término de dos (2) años teniendo en cuenta el orden cronológico de antigüedad. Actuará como suplente el penúltimo que hubiere desempeñado el cargo.
>
> "El ejercicio del principal y del suplente, está supeditado a que los candidatos *se encuentren en condiciones de aceptar, no se hallen impedidos o inhabilitados y no hayan tenido vinculación o intereses con empresas concesionarias de espacios de televisión durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que deban entrar a ejercer dichas funciones*.En el evento en que, por las circunstancias anotadas, los candidatos no puedan aceptar corresponderá el ejercicio de principal y de suplente al exdirector que le siga en turno, posterior o anterior respectivamente".

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE DESACATO

Como normas de rango superior que el accionante estima conculcadas por el acto acusado, y sobre las cuales se expone el debido concepto de transgresión, se citan e invocan: Artículos 120, numeral tercero; 55, 62 y 76 del Código Político.

FUNDAMENTO DE LA ACCION

Primero. **"El artículo 45 de la Constitución Nacional consagra a favor de toda persona el derecho de petición. Esta norma está desarrollada minuciosamente en el Código Contencioso Administrativo.**

Segundo. "El artículo 216 de la Carta Fundamental, en armonía con el artículo 84 del C.C.A., dispone que "corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución".

"El Decreto cuyo texto se acusa fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, consagrada en el artículo 120 numeral 3 de la Constitución Nacional".

CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público, en su concepto de fondo y en lo pertinente, expone:

> "No encuentra la Fiscalía en la Ley que se reglamenta, las previsiones contenidas en el Decreto Reglamentario de donde resulta ostensible que el Presidente se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria al modificar el alcance de la Ley".

CONSIDERACIONES:

En plúrimos pronunciamientos de orden jurisprudencial, como contenidos expositivos de la naturaleza doctrinal, se ha precisado la finalística de la potestad reglamentaria, como la delimitación de su alcance, para significar que aquella se especifica por el desarrollo de ámbito trazado por la ley, a través de los actos, mandatos, previsiones y órdenes, como instrumentos necesarios para su cabal realización, pero siempre enmarcados dentro del propósito, objeto y télesis del mandato sustantivo.

Y si bien, como potestad que es la reglamentación de la norma sustancial, supone una facultad, no se circunscribe a los severos límites de la manifestación literal de ésta, por cuanto de así entenderlo, su finalidad perdería el sentido teleológico para sumirse en la inutilidad de una nuda reproducción; también lo es, y ha de enfatizarse, que la imprescindible desenvoltura como esfera propicia para la correcta visión de su contenido implícito, encuentra su límite en los predichos marcos de objeto, voluntad y fin del precepto.

No es otra la intelección que a la necesaria barrera del poder reglamentario, le ha dado el Consejo de Estado en innúmeros pronunciamientos. Así, en auto del 14 de junio de 1963, expresó:

> "...Sin que sea necesario detenerse en el estudio de la potestad reglamentaria y hacer referencia a la abundante y constante doctrina que respecto a ella tienen sentada la corte y el Consejo de Estado, debe recordarse que

como ella ha sido dada "para la cumplida ejecución de las leyes" (ordinal 3, artículo 120 C.N.) el decreto que se expida en su ejercicio debe limitarse a dar vida práctica a la ley que tiende a desarrollar y solo puede desenvolver lo que explícita o implícitamente esté comprendido en la ley y, por tanto, no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de sus disposiciones. Lo contrario implica extralimitación de funcione y constituye una invasión en el campo propio del legislador...". (Anales 1963, 1er. semestre, tomo 66 Nos. 401-402, página 296).

En el caso en análisis se impone un primer punto de dilucidación, en torno a la necesidad de reglamentar la elección de representantes al Consejo Nacional de Televisión del ente asociativo denominado Instituto Nacional de Radio y Televisión. Tal como se advierte del epígrafe del ordenamiento decretal acusado.

El Congreso de la República expidió la Ley 42 de 1985 "Por la cual se transforma el Instituto Nacional de Radio y Televisión INRAVISION en una entidad asociativa de carácter especial y se dictan otras disposiciones", y por su ministerio se prescribió en el artículo 10: "La elección o designación de los representantes de que tratan los literales e, f, g y h del anterior artículo, se hará conforme a la reglamentación que sobre el particular expida el Gobierno Nacional...". Y los prenombrados representantes, enlistados en los ordinales citados corresponden a un representante de los periodistas; un representante designado por las Academias Colombiana de la Lengua y de Historia, o su suplente; un representante designado por los Decanos de las Facultades de Comunicación Social que se encuentren aprobados por el ICFES, en el momento de la elección, o su suplente, y el ordinal H) Un representante de los exdirectores de INRAVISION o de su suplente. Patentiza, por manera, la puntualización precedente, la necesidad de una reglamentación en torno a la elección, por así disponerlo la norma sustantiva porque, a contrario *sensu*, no hallaría sustrato jurídico un decreto reglamentario que, como se insinuó anteriormente, se circunscribiera a la incorporación de esquemas normativos propios del ordenamiento reglamentado, por cuanto en hipótesis tal se haría palmar la falta de necesidad en el ejercicio del poder reglamentario, por contender aquél los instrumentos suficientes y precisos para su cabal aplicación. Empero, en el caso *sub-examine*, el mandamiento 10 remite, como se ha anotado, al Gobierno la reglamentación sobre el particular eleccionario o designación de los representantes al Consejo Nacional de Televisión, señalados.

En el orden de ideas expuesto, la conculcación de las normas de rango constitucional invocadas, se hace radicar, tanto en la extralimitación de la multimencionada potestad reglamentaria, como en el desbordamiento de la facultad ejecutiva; aquella por el rebasamiento del canon 120 ordinal 3º del Código Político; ésta, por quebranto de los artículos 55, 62 y 76 *ibídem*.

En lo pertinente, el sustentáculo de desacato, expone:

"...Siendo clara y precisa la potestad de reglamentación otorgada al Presidente de la República, resulta manifiestamente violatorio del art. 120 N. 3 de la Constitución Nacional y del propio artículo 10 de la ley, que el Jefe de Estado haya creado una incompatibilidad a ese cargo so pretexto de dicha facultad. Porque es bien diferente desarrollar lo relativo a procesamiento de la elección o designación de los representantes al Consejo Nacional de Televisión, esto es la *forma* de elegir o designar a la persona, que crear causales de impedimento o de inhabilidad o límites a su elección o nombramiento".

En forma igual y en lo atinente a la función ejecutiva la Sala destaca:

"...En otras palabras, el Presidente de la República se abrogó jurídicamente la función legislativa, pues desarrolló un tema atribuido expresamente por la Carta Fundamental, a la Ley.

"En efecto, el artículo 62 de la Constitución Nacional dispone que "La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones, las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos.

"Por consiguiente, teniendo en cuenta: a) Que la ley es el acto soberano del legislador, b) Que corresponde al Congreso hacer las leyes, y c) Que en el texto acusado, contenido en un decreto del Gobierno, ha sido creada la incompatibilidad de no poder ser nombrado o elegido miembro del Consejo Nacional de Televisión la persona que hay tenido vinculación o intereses con empresas concesionarias de espacios de televisión durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que deban entrar a ejercer dichas funciones.

"Así, concluimos que el inciso 2 del artículo 4º del Decreto 92 de 1986 es violatorio de la Constitución Nacional y específicamente de los artículos 55, 62 y 76 No. 10".

De la naturaleza del poder reglamentario, su límite y necesidad, en la forma anteriormente precisada, y en relación con la medida decretal demandada, resultan claras para la Sala, las siguientes situaciones:

a) De necesaria reglamentación era la forma y mecanismo de elección de los miembros integrantes del Consejo Nacional de Televisión, por parte del Gobierno.

b) En su normal y lógica intelección, los instrumentos o medidas para su cumplido efecto dicen relación a los modos y formas de elección de la designación de los representantes al prenombrado Consejo Nacional de Televisión.

c) Al establecer el inciso de la norma acusada una causal de inhabilidad concretada en el vedamiento de la vinculación o intereses tenidos con empresas concesionarias de espacios de televisión durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que el ex director, como miembro del prementado Consejo, deba entrar a ejercer las respectivas funciones, extralimita realmente el poder reglamentario constitucionalmente consagrado en el canon invocado, si se considera que ese contenido de prohibición está reservado a la ley u ordenamiento con fuerza de ley, como claro y evidente desarrollo del artículo 62 del Código Político. En síntesis, el decreto reglamentario al crear el impedimento para el ejercicio del cargo o calidad de representante de la premencionada entidad, no contemplado en la ley reglamentada, transgrede por extralimitación de la potestad constitucional los canones del Código Político invocados.

Las precisiones imperativas, de orden doctrinal como jurisprudencial citadas como razonamiento de apoyo en el libelo demandatorio, comportan convicción suficiente sobre el alcance de la facultad constitucional en cuanto a la reglamentación de la ley respecta, excluyendo de su órbita el erigir una causal de inhabilidad que se reserva a la Constitución o a la ley.

Mutatis mutandi, la situación analizada, halla respaldo en la precisión hermenéutica contenida en la sentencia del 19 de mayo de 1989 proferida por esta Sala, en la cual con causa en la ausencia de facultad especial para prescribir un determinado régimen de inhabilidades e incomtatibilidades, dedujo el rebasamiento por el ejecutivo, determinando por modo la necesidad de una declaratoria de nulidad.

En lo pertinente, esta Sección consignó:

"...Efectivamente, el artículo 12 de la Carta establece que el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas se determinan por la Ley, especificando el inciso segundo que "Las personas jurídicas de derecho privado, surgidas del ejercicio del derecho de asociación (artículo 44), son reguladas por el Congreso, mediante ley". Y el inciso primero del artículo 62 expresa que la Ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerse efectiva, las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución ...

Excepción a estas disposiciones constitucionales sería la establecida en el numeral 12 del artículo 76 cuando, al determinar las funciones del Congreso, le permite "Revestir, *pro tempore*, al presidente de la república de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias publicas lo aconsejen".

"Al actuar el ejecutivo sin facultad específica estableciendo un régimen de inhabilidades e incompatibilidades entre los miembros del consejo

directivo de una asociación o persona jurídica de derecho privado, está extralimitando su propia competencia y, consecuentemente, las normas así producidas, están viciadas de nulidad como lo decidirá esta Sala en relación con los artículos 82, 83, 84 y 85 del decreto impugnado...". (Extractos de Jurisprudencia abril, mayo, junio No. 4, páginas 166-167).

Resulta palmaria por manera una correspondencia de tratamiento jerárquico entre el mandato 12 de la Carta Fundamental, que defiere a la ley el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas en el ámbito privatístico, con la percepción de rango idéntico con las incompatibilidades, calidades y antecedentes para el desempeño de empleos que, el canon 62 igualmente defiere a la Ley, salvo la expresa previsión constitucional de aquellos.

Es necesario anotar finalmente, que el indubitable propósito de imponer una medida aseguradora de una indispensable moralidad administrativa, como brocárdico principio de la función pública, encaminada a la evitación de la seducción que el manejo de contenidos económicos podría suscitar en quién o quiénes, en determinada circunstancia se hallasen investidos de un poder decisorio, no mundifica el vicio del acto enjuiciado, por extralimitación en su ejercicio.

Y es por ello que 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 y de acuerdo con él,

FALLA:

DECRETASE LA NULIDAD del inciso segundo del artículo cuarto del Decreto Reglamentario No. 0092 de 10 de enero de 1986, expedido por el señor Presidente de la República, "Por el cual se reglamenta la elección de representantes al Consejo Nacional de Televisión del ente asociativo denominado Instituto Nacional de Radio y Televisión".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día de hoy.

Simón Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Libardo Rodríguez Rodríguez,Ausente con excusa; *Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- sección Primera.- Bogotá, D.E., tres (3) de agosto de mil novecientos noventa (1990).

Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Vieira Puerta.

Referencia: EXPEDIENTE No. 1294. Asunto: AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JUAN CARLOS GALINDO VACHA.

En sentencia de primero de junio de 1990, la sección Primera del Honorable Consejo de Estado profirió sentencia en el proceso de simple nulidad instaurado por el doctor JUAN CARLOS GALINDO VACHA, contra lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 4º del Decreto Reglamentario 0092 de enero 10 de 1989, expedido por el señor Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades conferidas por el artículo 10 de la Ley 42 de 1985 "Por el cual se reglamenta la elección de representantes al Consejo Nacional de Televisión del ente asociativo denominado Instituto Nacional de Radio y Televisión". El inciso, materia de acusación, en su texto integral, dispone: "El ejercicio del principal y del suplente, está supeditado a que los candidatos se encuentren en condiciones de aceptar, no se hallen impedidos ni inhabilitados y no hayan tenido vinculación ni intereses con empresas concesionarias de espacios de televisión durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que deban a entrar a ejercer dichas funciones. En el evento que, por la circunstancias anotadas los candidatos no puedan aceptar, le corresponderá el ejercicio del principal y del suplente al exdirector que le siga en turno, posterior o anterior respectivamente".

La sentencia en comento, por su parte, en el acápite resolutivo, al acoger la pretensión nulatoria dispuso *ad pedem litteris:* "decrétase la nulidad del inciso segundo del artículo 4º del Decreto Reglamentario No. 092 de 10 de enero de 1986, expedido por el señor Presidente de la República. "Por el cual se reglamenta la

elección de Representantes al Consejo Nacional de Televisión del ente asociativo denominado Instituto Nacional de Radio y Televisión".

Ahora bien, con el propósito específico de evitar equívoco en relación con la extensión del contenido de lo anulado por la precitada sentencia, y en ejercicio de la facultad conferida por el Nuevo Estatuto de Procedimiento Civil, en su artículo 309, por cuyo ministerio "La sentencia no es revocable ni reformable por el Juez que la pronunció. Con todo, dentro del termino de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella...", ha de puntualizarse:

Como es posible que, como se ha precisado, el contenido de lo decidido por la Sala ofrezca motivos de dubitación en cuanto a la extensión de la nulidad decretada, es oportuno y necesario aclarar que ella, la nulidad, solo comprende, del premencionado inciso segundo enjuiciado, el aparte del mismo que reza: "... no hayan tenido vinculación o intereses con empresas concesionarias de espacios de televisión durante el año inmediatamente anterior a la fecha en que deban entrar a ejercer dichas funciones ...", párrafo sobre el cual versa y se refiere la motivación de la sentencia en el literal c) folio 36 del proceso.

En el preanotado sentido, queda aclarado el contenido en su límite, de la disposición cuestionada por el actor y decidida por la sentencia referida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha 2 de agosto de 1990.

Simón Rodríguez Rodríguez,Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

EJERCICIO DE PROFESIONES/ JUNTA NACIONAL DE CONTADORES/ CONTADURIA PUBLICA/ POTESTAD REGLAMENTARIA-Extralimitación

El gobierno nacional en el artículo 3º *in fine* del Decreto 1776 demandado, al exigir permiso de funcionamiento a las firmas de contadores de que da cuenta la primera parte de dicho artículo, extralimitó el contenido de la Ley 145/60, pues, tales permisos o autorizaciones están reservados únicamente al contador público persona natural y por ello desconoció el artículo 39 de la Carta, en armonía con el artículo 12 de dicha ley, y quebrantó el artículo 120-3 de la Constitución porque desbordó su potestad reglamentaria.

Si no tiene competencia la Junta Nacional de Contadores para autorizar el funcionamiento de las firmas de contadores públicos, menos ha de tenerla para "revocar" tal autorización cual es lo que se dispone en el artículo 1º del D.R. 907 de 1983. Fuera de que tampoco ningún texto de la Ley 145 de 1960 se confiere a la Junta semejante facultad.

DECLARA LA NULIDAD del artículo 3º del Decreto Reglamentario 1776 de 1973 del gobierno nacional, en la parte que dice: "... y previa autorización de funcionamiento de la Junta Nacional de Contadores".

DECLARA LA NULIDAD del artículo 1º del Decreto Reglamentario 907 de 28 de marzo de 1983 del gobierno nacional, que dice: "...Artículo 1º La Junta Central de Contadores, además de las funciones previstas de los artículos 7º, 19 y 20 de la Ley 145 de 1960, podrá revocar la autorización de funcionamiento a las firmas de contadores públicos en los siguientes casos, además, de los ya establecidos en la Ley:

a) cuando los socios dejen de ser, en su totalidad, contadores públicos;

b) cuando al amparo de la firma se realice ejercicio ilegal de la profesión;

c) cuando la firma incurra en cualquiera de las incompatibilidades establecidas por el artículo 12 de la Ley 145 de 1960".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 597. Demandante: JOSE JOAQUIN BERNAL AREVALO.

El doctor José Joaquín Bernal Arévalo, obrando en su propio nombre, ante esta Corporación, intenta demanda, en acción de simple nulidad de que trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo para que se hagan estas declaraciones:

"Primera: es nulo el artículo 3º del Decreto Reglamentario 1776 de septiembre 5 de 1973, en la parte que expresa "y previa autorización de funcionamiento de la Junta Central de Contadores".

Segunda: es así mismo nulo el artículo 1º del Decreto reglamentario 907 de 1983, que a la letra dice: 'Artículo 1º La Junta Central de Contadores, además de las funciones previstas por los artículos 7º, 19 y 20 de la Ley 145 de 1960, podrá revocar la autorización de funcionamiento a las firmas de contadores públicos, en los siguientes casos, además de los ya establecidos en la ley:

a) Cuando los socios dejan de ser, en su totalidad, contadores públicos.

b) Cuando al amparo de la firma se realice el ejercicio ilegal de la profesión.

c) Cuando la firma incurra en cualquiera de las incompatibilidades establecidas por el artículo 12 de la Ley 145 de 1960".

I. LA DEMANDA

Las pretensiones se fundaron en los siguientes hechos:

1. La Ley 145 de 1960 reglamentó la profesión de contador público. En el artículo 12 se hizo referencia a las firmas u organizaciones profesionales, como encargadas de cumplir funciones adscritas a los contadores que debían funcionar bajo la responsabilidad de personas inscritas. No aparece en la ley ninguna otra norma relativa a firmas u organizaciones dedicadas a la Contaduría.

2. Según lo consignado en las actas de la legislatura de 1959, las firmas u organizaciones de contadores sólo pueden actuar a través de profesionales personas naturales. La segunda parte del citado artículo 12 de la ley se refiere a una inhabilidad o incompatibilidad de la firma u organización, para cumplir ciertas funciones en sociedades o instituciones en que alguno de los socios o afiliados de la firma sea empleado.

3. Por diversas razones, en la actualidad se ha querido perturbar el ejercicio de la profesión mediante el sistema de firmas.

4. Numerosas han sido las normas reglamentarias de la Ley 145 de 1960, cuyo propósito es restringir la actividad de las firmas; por otra parte, numerosas son también las disposiciones de la Junta Central de Contadores, en las cuales se observa, no un deseo de la cumplida y correcta ejecución de la Ley 145 sino de resguardar intereses personales, si se aprecia lo relativo al control de la Junta Central, por ejemplo, cuya finalidad en últimas es la extinción de las firmas de contadores públicos.

5. La Junta Central pretende violar la Ley 145 de 1960 al reglamentar una disposición que fue desarrollada en ella.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La parte final del artículo 3º del Decreto 1776 de 1973 que se acusa, quebranta los artículos 76 (artículos 1º y 2º (sic)), 120 (artículos 2º y 3º (sic)), 39, 44 y 50 de la Constitución Nacional; "las normas del Código Civil conforme al mandato de la Ley 57 de 1957", los artículos 346 y 633 del Código Civil y el artículo 12 de la Ley 145 de 1960.

Sobre el concepto de la violación discurre el actor del siguiente modo:

a) La primera parte del artículo 3º del Decreto 1776 de 1973 fue materia de acusación ante el H. Consejo de Estado que concluyó en sentencia de 18 de marzo de 1965 (sic, debió decirse 1975) de esta Sección Primera.

En ella se dijo que la mencionada parte se ajustaba a la Constitución y a la Ley "porque no solamente no restringía el ejercicio de la Contaduría por parte de firmas, sino que aclaraba y rectificaba lo dicho por la Ley 145 de 1960 (artículo 12) autorizando a esas firmas, para realizar los actos contables por intermedio de contadores públicos, y cualquier otro sin necesidad de la actuación de un profesional de la Contaduría. Es decir, que como venía ocurriendo desde la iniciación real de la actividad contable en Colombia, las firmas (sociedades y asociaciones), por no dedicarse exclusivamente a la actividad contable, no necesitaban estar integradas, en cuanto a sus socios, sólo por contadores públicos, como sí ocurre con las firmas urbanizadoras y constructoras, con la de abogados y, en general, con cualquier otra actividad que desarrolle una sociedad o firma. Lo cual es

apenas obvio porque se repite, implicando cualquier profesión liberal nada más que la asignación de actividades intelectivas, no es posible que la persona jurídica, que es ficticia, que no tiene sentidos ni inteligencia pueda desarrollar esta clase de actividades, de no ser por intermedio directo de la persona humana del profesional. Por eso quedó descartada, por ilógica, en esa sentencia con autoridad de cosa juzgada, la ilegalidad del decreto, al estimar que se ajustaba a la ley orgánica de la contaduría, es decir porque no exigía que la organización contable tuviera que estar constituida integramente por Contadores Públicos".

b) La segunda parte del susodicho artículo 3º del Decreto 1776 de 1973 no fue objeto de consideración alguna en la sentencia atrás señalada y es por ello que se enjuicia ahora a través de la presente acción.

Las violaciones del orden legal por dicho texto se plantean así:

I. Corresponde al Congreso según el artículo 76 de la Carta Política, por medio de leyes, expedir códigos en todas las ramas de la legislación e interpretar y derogar las leyes preexistentes. En cambio es atribución del Presidente de la República, de conformidad con el artículo 120 ordinales 2º y 3º ibídem, promulgar las leyes, sancionarlas, cumplirlas y velar por su cumplimiento; además ejercer la potestad reglamentaria expidiendo los decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; éstas son funciones administrativas.

II. La reglamentación de las profesiones y especialmente su ejercicio, es de competencia del Legislador, con arreglo al artículo 39 de la Constitución Nacional, (...) "solo mediante la ley en sentido formal y material, se pueden establecer reglamentos, condiciones sobre idoneidad y sobre ejercicio de las profesiones...". Dicha norma confiere al Gobierno también la inspección de las profesiones respecto de la moralidad, seguridad y salubridad públicas, facultades éstas también de índole administrativa.

III. El artículo 44 de la Carta Política consagra el derecho de formar compañías y asociaciones, con la única restricción del respeto a la moral y al orden legal. Son estas denominadas personas jurídicas, que pueden ser civiles o comerciales, de derecho público o de derecho privado sometidas a los principios generales de los Códigos Civil y de Comercio sobre la personalidad jurídica y por ello pueden ejercer derechos y contraer obligaciones (artículo 633 del Código Civil). El artículo 50 de la Constitución atribuye a la Ley la determinación del estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (...) "En conclusión que todo lo relacionado a la personalidad ante el Derecho, a las personas jurídicas, al estado civil de las mismas y a la reglamentación de la idoneidad y ejercicio de las profesiones, es atributo exclusivo del Congreso, sin que el Gobierno pueda intervenir restringiendo o modificando los alcances de las leyes respectivas".

IV. Donde la ley no distingue no se puede distinguir; así la Ley (145 de 1960) como es obvio no exige inscripción alguna de firmas sino la inscripción de la persona del contador que a su nombre desarrolla la actividad profesional.

No se trata de que las firmas sólo deban integrarse por contadores públicos, como ya se dijo en la sentencia con autoridad de cosa juzgada, ya mencionada, ni menos de que exista en el ejercicio de la profesión obligación de la ley que restrinja la actividad de la sociedad o compañía, a una inscripción administrativa que no exige ley alguna.

2. Nulidad del artículo 1º del Decreto 907 de 1983.

Pretende la Junta Central de Contadores en esta norma que la totalidad de los socios de una firma de Contadores Públicos deben tener el carácter de Contadores, partiendo "además de la base de que en la primera parte del citado artículo obviamente se está exigiendo autorización de funcionamiento a las firmas".

"Es a ese literal a) y a la primera parte del artículo, a lo que se refiere la nulidad que demandamos en cuanto al Decreto 907 de 1983. Sin que ello pretenda desconocer la sanción al respectivo contador público, que incurra en las violaciones de que tratan los literales b) y c) de la norma".

No hay lugar a revocación alguna de autorización de funcionamiento de una firma de contadores porque no se puede revocar lo legalmente inexistente.

Dada la naturaleza misma de la asociación o sociedad profesional, su objeto es el de ejercer por quienes lícitamente pueden hacerlo, contadores públicos e inscritos en la Junta Central, directamente a nombre de la sociedad u organización, en lo que son aspectos puramente contables, lo cual no puede realizar la persona jurídica sino la persona natural del contador público. No se pretende irresponsabilizar a los contadores, sino que la ley con sentido lógico, sólo estimó necesario la inscripción de la persona natural del contador, quién es la que ejerce la profesión y no de las firmas que las asocia para tal efecto.

En cuanto hace al criterio del literal a) del artículo 1º del Decreto 907 de 1983, basta conque uno de los socios sea contador público para que no se cumpla el requisito de que la totalidad de los socios dejen de ser contadores. La Junta Central de Contadores, sin embargo lo ha interpretado en el sentido de que si en su totalidad los socios no son contadores, la firma debe desaparecer.

"Pero fuera de todo lo anterior el artículo 1º acusado, especialmente en su aparte 1º como el resto del Decreto que se dice reglamentario, viola la Constitución Nacional y la Ley 145 de 1960, como las disposiciones pertinentes del Código de Comercio, al crear un sistema administrativo sancionador y un procedimiento de la misma naturaleza, cuestión totalmente reservada al Legislador; fuera de que la Carta no autoriza sanción de ninguna naturaleza, sin la previa existencia de ley que determine la falta, el procedimiento y la sanción".

III. ALEGATO DE CONCLUSION

La parte demandada como argumentos para la revocación de la suspensión provisional y la denegación de las súplicas de la demanda, expone los siguientes:

La Ley 145 de 1960 reglamenta la profesión de contador público. Contador público es la persona natural inscrita que acredita competencia profesional para dar fe pública de ciertos actos y para desempeñar determinadas funciones (artículo 1º, *ibídem*); el artículo 2º contiene sanciones por el ejercicio ilegal de la profesión. Por su parte, el artículo 12 *ibídem*, regla el ejercicio colectivo de la profesión, sin contradecir los artículos 1º y 2º *ibídem*,"pues cuando habla de las firmas u organizaciones *profesionales* (la subraya es del texto), alude a las firmas u organizaciones de contadores públicos, ya que es ésta la profesión reglamentada por la Ley 145. Cuestión aclarada por una disposición posterior, el artículo 215 del Código de Comercio, que dice: "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" (folio 87) (Las subrayas se hallan en el texto).

El artículo 12 *ibídem* agrega la parte demandada "en que tanto insiste el actor, lejos de prever, contemplar o autorizar la existencia de firmas dedicadas a funciones distintas a las típicas de contadores públicos, se limita a consagrar una limitante para todas las organizaciones profesionales contables: éstas sólo pueden cumplir las funciones de contadores públicos, bajo la responsabilidad de personas que hayan obtenido la correspondiente inscripción, por lo cual no pueden hacerse cargo de actividades tales como 'revisoría, auditoría o interventoría de cuentas de las entidades o instituciones en las cuales alguno de los afiliados a tales firmas u organizaciones sean ocasional o permanente (sic) contador, cajero o administrador" (folio 90).

De algunas jurisprudencias examinadas, concluye el demandado lo siguiente:

1."La firma de contadores públicos *es la integrada o constituida exclusivamente por estos profesionales*, o sea, aquella especie de firmas dedicadas a actividades contables *cuya característica es la de que todos los socios deben ser contadores públicos*.

2."Las otras firmas u organizaciones dedicadas a actividades contables distintas a las firmas de contadores públicos sólo pueden dedicarse a las funciones propias de los contadores públicos cuando sean reglamentadas por el gobierno" (folio 92).

De acuerdo con la sentencia del Consejo de Estado citada por el propio actor (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección primera; consejero ponente Alfonso Arango Henao; proceso 2160, marzo 18 de 1975), afirma el demandado que la cuestión relativa a la autorización de funcionamiento es cosa juzgada, por cuanto dijo, el consejo de Estado en esa oportunidad, "que el artículo 3º del Decreto 1776

de 1973, en su integridad, desarrollo legítimamente sin desbordarlo ni restringirlo el artículo 12 de la Ley 145 de 1960, cuando establece el precepto de la autorización de funcionamiento para la firma de contadores públicos, entendida ésta como una especie dentro del género de firmas dedicadas a actividades contables cuya característica diferencial es la de estar integrada exclusivamente por contadores públicos..." (folio 93). El fallo en mención por la parte demandada es del siguiente tenor, en lo que concierne a la decisión de legalidad del Decreto 1776 de 1973:

(La cita es del demandado)

"De esta suerte, el precepto contenido en el artículo 3º del decreto 1776 de 1973 (la obtención de la autorización de funcionamiento) *no* tiene aplicación cuando se trate de otro tipo de firmas u organizaciones que se dediquen a actividades contables".

(Y, agrega el demandado de su propia cosecha):

"... o sea, el tipo de firmas que difieren de las de contadores públicos en cuanto a su conformación o constitución" (folio 94).

Para la parte demandada, del hecho de fundar el actor su demanda en la violación de las disposiciones legales que tuvo en cuenta el fallo, debe concluirse que la *causa petendi* de aquel proceso y de éste es la misma. También, concluye "que están ya fallados el sentido y el alcance reglamentarios del artículo 3º del Decreto 1776 de 1973 y, en esta forma, su legalidad constitucional" (folio 95).

Propone, en consecuencia, la excepción de cosa juzgada.

El artículo 12 de la ley 145 de 1960 -asevera el demandado- estableció una prohibición para que toda una asociación profesional no incurra en la prohibición que la misma ley establece respecto de las personas naturales. Para el mismo, el artículo 3º del decreto 1776 de 1973 es "necesario" para la cumplida ejecución de la Ley 145 de 1960, pues el artículo 15 le otorga a la *Junta Central de Contadores* (subraya la Sala) la amplísima facultad de "velar" por el cumplimiento de la misma.

Para el demandado, el artículo 12 de la Ley 145 de 1960 establece tres exigencias a las firmas de contadores públicos:

1. Todos los socios de la firma deben ser contadores públicos, pues se deduce que esto es así de la expresión "las firmas u organizaciones profesionales".

2. Los actos privativos de los contadores públicos deben ser desarrollados personalmente por contadores públicos, pues ello se deduce de la expresión "bajo la responsabilidad de personas que hayan obtenido la inscripción".

3. Creación de ciertas incompatibilidades que, por su naturaleza, se predican únicamente de una firma de contadores públicos y que tienen que ver con la independencia del contador, en relación con la fe pública.

Para el demandado, el artículo 1º del Decreto 907 de 1983 regula lo relativo a las firmas de contadores públicos y en consecuencia, debe interpretarse la disposición respecto de la revocación de la autorización de funcionamiento cuando uno deja de ser contador público y no como lo interpretó el consejo de Estado, que si permanece uno que es contador no puede revocarla.

IV VISTA FISCAL

El señor agente del Ministerio Público considera que el fallo a que tanto el actor como el demandado han hecho referencia (marzo 18 de 1975) se ocupó sólo parcialmente del artículo ahora demandado. En la providencia -agrega- se entiende que el artículo se relacionaba únicamente con las firmas de contadores, especie dentro del género *"firmas profesionales dedicadas al ejercicio de actividades contables y a las que se refiere el artículo 12 de la Ley 145 de 1960"*. Las primeras se integran por contadores públicos; en las segundas pueden participar personas que pertenezcan a otras profesiones" (folio 125). (La subraya es de esta Sala).

Para la Fiscalía Primera, si bien a la Junta Central de Contadores compete llevar a cabo la inscripción de nuevos contadores, expedir licencias y certificaciones, llevar registro de contadores titulados y autorizados, expedir certificados de habilitación, imponer sanciones y velar por el cumplimiento de las disposiciones legales correspondientes, es claro que existe, por el contrario, un vacío en relación con una expresa facultad de "autorizar el funcionamiento" de las firmas de contadores públicos. La única referencia de la ley 145 de 1960 diferente en cuanto a las otras firmas, o sea, aquellas de profesiones dedicadas al ejercicio de actividades contables, tienen que ver con la obligación de girar bajo la responsabilidad de un contador publico, persona natural que se halle inscrito, si han de cumplir funciones asignadas a los contadores públicos.

Lo anterior le sirve para sugerir que la sentencia acceda a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por separado se estudiarán los cargos.

I. Se demanda la nulidad del artículo 3º del decreto 1776 en la parte que del mismo se transcribe y subraya:

> **"Se entiende por firmas de Contadores Públicos, la persona jurídica que se dedica a la prestación de servicios propios de los contadores públicos, bajo la dirección y responsabilidad de éstos *y previa autorización de funcionamiento de la junta Central e Contadores"*.**

Dicho Decreto 1776 es reglamentario de los artículos 1º, 2º, 8º y 12 de la Ley 145 de 1960.

2. Se pasa a examinar y resolver en primer lugar la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio de Educación Nacional, como cuestión previa:

Dicha excepción se hace consistir en que la sentencia de 18 de marzo de 1975 dentro del proceso 2160, de la Sección Primera del H. Consejo de Estado ya se pronunció sobre el aspecto ahora enjuiciado relativo a la autorización de funcionamiento por parte de la junta Nacional de Contadores y que por ello hace tránsito a cosa juzgada, que impide volver sobre ello.

SE OBSERVA

No concurre en el evento sublite la excepción en comento por las siguientes razones: del examen detenido de la motivación de la sentencia y de su consecuente parte resolutiva surge claramente que todo el debate fáctico y jurídico, o lo que es lo mismo, la *causa petendi,* giró alrededor del alcance de la primera parte del artículo 3º del Decreto 1776 de 1973 relacionada con la impugnación que se hacía de él por violar el artículo 12 de la ley 145 de 1960, en cuanto a la definición de "firma de contadores públicos" dada en la primera de estas dos normas. Concluyó en esa oportunidad el consejo de Estado que no se producía la transgresión legal alegada porque el sentido y alcance de dicho artículo 3º "es más modesto restringido. Ella se refiere a una especie dentro del género de firmas u organizaciones dedicadas a actividades contables, las que se constituyen exclusivamente para contadores públicos. De esta suerte, el precepto contenido en el artículo 3º del decreto 1776 no tiene aplicación cuando se trate de otro tipo de firmas u organizaciones que se dediquen a actividades contables. En el futuro el Gobierno podría dictar también normas reglamentando estas últimas, en ejercicio de la potestad de carácter permanente que le compete, conforme al numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, pero naturalmente dentro del marco legal del artículo 12 ya anotado".

Para nada entonces se trató el tema del mismo artículo 3º *in fine,* atinente al permiso de funcionamiento de las firmas de contadores por la Junta Nacional de Contadores. esto es a su vez corroborado en el mismo texto de la sentencia comentada así:

> "El señor agente del Ministerio Público afirma que el artículo acusado es ilegal por cuanto al exigir el requisito de la *personería jurídica* para las firmas de Contadores Públicos también el Gobierno excedió las limitaciones de la potestad reglamentaria. *Como este cargo no se formuló en la demanda,* no puede ser materia de consideración en esta sentencia" (folio 18, se subraya).

No se demostró por tanto la excepción de cosa juzgada y así se declarará.

3. Según se vio la demanda se dirige a obtener la declaración de nulidad artículo 3º *in fine* del Decreto 1776 de 1973 en cuanto establece para las firmas de contadores, que define en su primera parte, que deban obtener autorización previa de funcionamiento de la Junta Central de Contadores.

La cuestión entonces que debe dilucidar la Sala ahora se concreta a esta cuestión, es decir, si tales firmas de contadores deben o no para operar ser autorizadas por la referida Junta. Escapa entonces al objeto del presente contencioso de anulación la primera parte del susodicho artículo 3º.

SE OBSERVA

La reglamentación del ejercicio de las profesiones, según canon constitucional esta deferida al legislador (artículo 39) el cual además "puede exigir títulos de idoneidad".

Teniendo entonces este marco de referencia dentro de la jerarquía kelseniana de normas, la Ley 145 de 1960 "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de contador público" hace en su artículo 12 referencia (la única en todo su articulado) a "las firmas u organizaciones profesionales dedicadas el ejercicio de actividades contables "para señalarles las siguientes pautas de comportamiento en el desempeño de sus actividades: a) únicamente podrán cumplir funciones adscritas a los contadores públicos bajo la responsabilidad de personas que hayan obtenido la inscripción correspondiente, b) no podrán encargarse, en ningún caso, de la revisoría auditoría o interventoría, de cuentas de las sociedades o instituciones en las cuales algunos de los afiliados a tales firmas u organizaciones sea ocasional o permanentemente contador, cajero o administrador.

Es decir que dicho artículo 12 no exige reconocimiento alguno de funcionamiento por parte de la Administración, a las firmas u organizaciones contables, en él contempladas.

Tampoco el artículo 15 de la Ley 145 de 1960, contiene entre las catorce (14) funciones que se le atribuye a la Junta Central de Contadores ninguna que tenga que ver con la autorización que se examina.

En cambio sí tiene la aludida Junta Central facultades para decidir sobre las solicitudes de inscripción de los aspirantes a contadores y cancelar las que haya autorizado, con sujeción a las normas de esta ley y a las reglamentaciones posteriores (numeral 1). "Autorizar por medio de su presidente la inscripción dè los contadores públicos en los libros respectivos y la licencia y certificados del caso" (numeral 2). "Llevar un registro de los Contadores Públicos tanto titulados como autorizados" (numeral 5). "Expedir los certificados que habi-

Dicho Decreto 1776 es reglamentario de los artículos 1º, 2º, 8º y 12 de la Ley 145 de 1960.

2. Se pasa a examinar y resolver en primer lugar la excepción de cosa juzgada propuesta por el Ministerio de Educación Nacional, como cuestión previa:

Dicha excepción se hace consistir en que la sentencia de 18 de marzo de 1975 dentro del proceso 2160, de la Sección Primera del H. Consejo de Estado ya se pronunció sobre el aspecto ahora enjuiciado relativo a la autorización de funcionamiento por parte de la junta Nacional de Contadores y que por ello hace tránsito a cosa juzgada, que impide volver sobre ello.

SE OBSERVA

No concurre en el evento sublite la excepción en comento por las siguientes razones: del examen detenido de la motivación de la sentencia y de su consecuente parte resolutiva surge claramente que todo el debate fáctico y jurídico, o lo que es lo mismo, la *causa petendi,* giró alrededor del alcance de la primera parte del artículo 3º del Decreto 1776 de 1973 relacionada con la impugnación que se hacía de él por violar el artículo 12 de la ley 145 de 1960, en cuanto a la definición de "firma de contadores públicos" dada en la primera de estas dos normas. Concluyó en esa oportunidad el consejo de Estado que no se producía la transgresión legal alegada porque el sentido y alcance de dicho artículo 3º "es más modesto restringido. Ella se refiere a una especie dentro del género de firmas u organizaciones dedicadas a actividades contables, las que se constituyen exclusivamente para contadores públicos. De esta suerte, el precepto contenido en el artículo 3º del decreto 1776 no tiene aplicación cuando se trate de otro tipo de firmas u organizaciones que se dediquen a actividades contables. En el futuro el Gobierno podría dictar también normas reglamentando estas últimas, en ejercicio de la potestad de carácter permanente que le compete, conforme al numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, pero naturalmente dentro del marco legal del artículo 12 ya anotado".

Para nada entonces se trató el tema del mismo artículo 3º *in fine,* atinente al permiso de funcionamiento de las firmas de contadores por la Junta Nacional de Contadores. esto es a su vez corroborado en el mismo texto de la sentencia comentada así:

> "El señor agente del Ministerio Público afirma que el artículo acusado es ilegal por cuanto al exigir el requisito de la *personería jurídica* para las firmas de Contadores Públicos también el Gobierno excedió las limitaciones de la potestad reglamentaria. *Como este cargo no se formuló en la demanda,* no puede ser materia de consideración en esta sentencia" (folio 18, se subraya).

No se demostró por tanto la excepción de cosa juzgada y así se declarará.

3. Según se vio la demanda se dirige a obtener la declaración de nulidad artículo 3º *in fine* del Decreto 1776 de 1973 en cuanto establece para las firmas de contadores, que define en su primera parte, que deban obtener autorización previa de funcionamiento de la Junta Central de Contadores.

La cuestión entonces que debe dilucidar la Sala ahora se concreta a esta cuestión, es decir, si tales firmas de contadores deben o no para operar ser autorizadas por la referida Junta. Escapa entonces al objeto del presente contencioso de anulación la primera parte del susodicho artículo 3º.

SE OBSERVA

La reglamentación del ejercicio de las profesiones, según canon constitucional esta deferida al legislador (artículo 39) el cual además "puede exigir títulos de idoneidad".

Teniendo entonces este marco de referencia dentro de la jerarquía kelseniana de normas, la Ley 145 de 1960 "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de contador público" hace en su artículo 12 referencia (la única en todo su articulado) a "las firmas u organizaciones profesionales dedicadas el ejercicio de actividades contables "para señalarles las siguientes pautas de comportamiento en el desempeño de sus actividades: a) únicamente podrán cumplir funciones adscritas a los contadores públicos bajo la responsabilidad de personas que hayan obtenido la inscripción correspondiente, b) no podrán encargarse, en ningún caso, de la revisoría auditoría o interventoría, de cuentas de las sociedades o instituciones en las cuales algunos de los afiliados a tales firmas u organizaciones sea ocasional o permanentemente contador, cajero o administrador.

Es decir que dicho artículo 12 no exige reconocimiento alguno de funcionamiento por parte de la Administración, a las firmas u organizaciones contables, en él contempladas.

Tampoco el artículo 15 de la Ley 145 de 1960, contiene entre las catorce (14) funciones que se le atribuye a la Junta Central de Contadores ninguna que tenga que ver con la autorización que se examina.

En cambio sí tiene la aludida Junta Central facultades para decidir sobre las solicitudes de inscripción de los aspirantes a contadores y cancelar las que haya autorizado, con sujeción a las normas de esta ley y a las reglamentaciones posteriores (numeral 1). "Autorizar por medio de su presidente la inscripción de los contadores públicos en los libros respectivos y la licencia y certificados del caso" (numeral 2). "Llevar un registro de los Contadores Públicos tanto titulados como autorizados" (numeral 5). "Expedir los certificados que habi-

liten a una persona para ejercer las funciones indicadas en la ley" (numeral 6). "Imponer las sanciones previstas en esta ley y en sus decretos reglamentarios" (numeral 7). El artículo 20 señala en cinco (5) numerales las causales de cancelación de la inscripción de un contador público.

De todo lo cual surge inequívocamente que el Gobierno Nacional en el artículo 3º *in fine* del Decreto 1776 de 1973 demandado, al exigir permiso de funcionamiento a las firmas de contadores de que da cuenta la primera parte de dicho artículo, extralimitó el contenido de la Ley 145 de 1960, pues, tales permisos o autorizaciones están reservados únicamente al Contador Público persona natural y por ello desconoció el artículo 39 de la Carta Política, en armonía con el artículo 12 de dicha ley, y quebrantó el artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución porque desbordó su potestad reglamentaria.

Prospera así el cargo, y por ello resulta innecesario referirse al resto de normas estimadas violadas. Más si debe advertirse en todo caso el exótico planteamiento del actor de atribuirles *estado civil* a las firmas u organizaciones de contadores públicos siendo que esta institución, a la que se refiere el artículo 50 de la Carta Política, es sólo aplicable a las personas naturales, como atributo de su personalidad. Es así que, el estado civil por contemplar calidades o situaciones civiles de las personas, identifica a cada ser humano con la familia de que proviene. (Artículo 1º del Decreto 1260 de 1970)

II. Se enjuicia el artículo 1º del Decreto 907 de 1983 "por el cual se reglamentan los artículos 7º, 12, 15, numeral 9, 19 y 20 de la Ley 145 de 1960", que reza como sigue:

> "La Junta Central de Contadores, además de las funciones previstas por los artículos 7º, 19 y 20 de la Ley 145 de 1960, podrá revocar la autorización de funcionamiento a las firmas de contadores públicos, en los siguientes casos, además, de los ya establecidos en la ley.
>
> a) Cuando los socios dejen de ser, en su totalidad, contadores públicos;
>
> b) Cuando al amparo de la firma se realice ejercicio ilegal de la profesión;
>
> c) Cuando la firma incurra en cualquiera de las incompatibilidades establecidas por el artículo 12 de la Ley 145 de 1960."

OBSERVA LA SALA

Las mismas consideraciones tenidas en cuenta al despachar favorablemente el cargo anterior, obran en el presente caso y también dentro del contexto de las normas señaladas como quebrantadas por la parte actora en el presente cargo, para estimar y concluir que debe anularse el artículo 1º del Decreto 907 de 1983 porque, si no tiene competencia la Junta Nacional de

Contadores para autorizar el funcionamiento de las firmas de contadores públicos según la conclusión y decisión precedentes mucho menos ha de tenerla para "revocar" tal autorización, cual es lo que se dispone en la comentada norma. Fuera de que tampoco y esto debe quedar bien claro, en ningún texto de la susodicha Ley 145 se confiere a la Junta semejante facultad.

No empece lo anterior para que los contadores públicos, a título de personas naturales y ejercitantes de su profesión, sean penados por la nombrada Junta con las sanciones que establece la Ley 145 de 1960 si incurrieren en cualesquiera de las inconductas previstas en la misma incluyéndose las de los literales b) y c) del artículo 1º del Decreto 907 de 1983.

Obsérvese, dentro del mismo orden de razonamiento antes expuesto, que ninguno de los textos de la Ley 145 de 1960 citados en el Decreto 907 de 1983 como su fundamento jurídico, confía a la Junta Nacional de Contadores la atribución de revocar autorizaciones de funcionamiento a firmas de contadores públicos. en efecto: El artículo 7º trata sobre las inhabilidades de los contadores para ser inscritos como tales; el 15 numeral 9º versa sobre la función de vigilancia de la junta Central de Contadores sobre el cumplimiento de dicha ley y las demás relativas a la Contaduría Pública; los 19 y 20 tratan sobre las causales de suspensión y cancelación de la inscripción de un contador público. Todas estas normas como se ve están referidas al contador público, persona natural. Y por último el artículo 12 tampoco otorga a la junta Central facultades de revocación de tales licencias ni mucho menos las de autorizar éstas, como antes se explicó.

Prospera el cargo y por ello se anulara el artículo 1º del Decreto reglamentario 0907 de 1983.

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, oído el concepto del H. Fiscal Primero y en desacuerdo con él,

FALLA:

1o. Declárase no probada la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte impugnadora.

2o. Declárase la nulidad de las siguientes normas:

Del artículo tercero (3º) del Decreto Reglamentario 1776 de 5 de septiembre de 1973 originario del Gobierno Nacional en la parte que dice "... y previa autorización de funcionamiento de la Junta Nacional de Contadores".

Del artículo primero (1º) del Decreto Reglamentario 907 de 28 de marzo de 1983 del Gobierno Nacional, que dice:

"... Artículo 1º. La Junta Central de Contadores, además de las funciones previstas de los artículos 7º, 19 y 20 de la Ley 145 de 1960, podrá revocar la autorización de funcionamiento a las firmas de contadores públicos en los siguientes casos, además, de los ya establecidos en la ley:

a) Cuando los socios dejen de ser, en su totalidad, contadores públicos;

b) Cuando al amparo de la firma se realice ejercicio ilegal de la profesión;

c) Cuando la firma incurra en cualquiera de las incompatibilidades establecidas por el artículo 12 la Ley 145 de 1960".

3o. Reconócese al doctor CESAR CABANA FONSECA, apoderado sustituto de la Nación Ministerio de Educación Nacional, según memorial poder que obra a folio 128 del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. En firme este fallo archívese el expediente.

Se deja constancia que la presente providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Rodrigo Vieira Puerta,* Ausente con excusa legal.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL/ COMPETENCIA POR CUANTIA

La suspensión provisional está ligada íntimamente a la existencia de una relación procesal trabada a propósito de la admisión de la demanda. En nuestro sistema no es posible desvincular el instituto de la suspensión del juicio mismo. En el caso en examen, se cuantificó el daño en el capítulo de la suspensión provisional; el que intencionalmente haya omitido esta operación matemático-contable para la determinación de la cuantía, no le quita el carácter de reivindicación económica cuantificada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá. D.E., quince (15) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.*

Referencia: Expediente No. 1234. Actor: EMPRESA DE TRANSPORTES LA VELOZ MOISES PINILLA E HIJAS S.C.A. SUCESORES. Decisión: Recurso de reposición.

I. EL RECURSO DE REPOSICION

El apoderado judicial del actor interpuso el recurso de reposición contra la providencia de la Sala mediante la cual estableció que este asunto tenía cuantia debido al cálculo que de ella hacía en el capítulo de la suspensión provisional el demandante y que, en consecuencia, la competencia para su tramitación y fallo corresponde, en primera instancia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La inconformidad del recurrente la expresa así:

1o. La ley no confiere al demandante la posibilidad de escoger a su arbitrio la clase de acción con la cual aspira a reivindicar sus derechos, por lo cual el proceso se promueve con uso de la acción de restablecimiento del derecho.

2o. La ley sí otorga, ya dentro del ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la opción consistente en que el demandante puede escoger, a causa de la nulidad del acto administrativo acusado, entre el restablecimiento del derecho o la indemnización por el daño que se le ha ocasionado con tal providencia oficial. En uso de esa alternativa el actor ha decidido abstenerse de pedir cualquier indemnización y limitarse a obtener el restablecimiento del derecho como un efecto de la declaratoria de nulidad que solicita en este proceso.

3o. El cálculo de los perjuicios económicos lo ha hecho para los exclusivos efectos de la suspensión provisional. Considera que no existe relación alguna entre esa medida cautelar y la demanda misma. La demostración de su aserto la reduce a indicar que la solicitud de suspensión "no tiene porque constar en la demanda, como que puede solicitarse por separado"; que ella no es una pretensión a resolver en la sentencia, por lo tanto, su contenido es independiente de la definición de la competencia; y finalmente que la "suspensión provisional puede solicitarse con posterioridad a la demanda, y aún admitida ésta".

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Ante la sustentación del impugnador, la Sala al entrar a decidir el recurso hace estas apreciaciones:

1o. La suspensión provisional concebida como una medida cautelar destinada a evitar los efectos lesivos del acto manifiestamente ilegal, esta ligada íntimamente a la existencia de una relación procesal trabada a propósito de la admisión de la demanda. En nuestro sistema no es posible desvincular el instituto de la suspensión del juicio mismo.

Lo aquí dicho se aprecia mejor cuando recordamos que entre nosotros rigió hasta el Decreto 2304 de 1989 el mecanismo de la suspensión provisional en prevención que operaba sin que fuera necesario incoar la demanda y sin trabar la relación procesal. Ha dicho esta misma Sala que su naturaleza correspondía a las órdenes judiciales del derecho inglés desligadas de la existencia del proceso. Situación similar ocurre con el caso del llamado recurso de *Habeas corpus* que actúa en favor de la libertad por fuera de los juicios penales e independientes del desarrollo que propicia la demanda y su aceptación por el juez.

Pero el tipo de suspensión provisional que mantiene el Código Contencioso Administrativo carece de vida autónoma si no se vincula al proceso. Por esta razón ha de solicitarse con la demanda o antes de su admisión. (Artículo 152, No. 2 del Código Contencioso Administrativo).

2o. La esencial pertenencia de la solicitud de suspensión provisional al proceso se resalta aún más si consideramos que las causas para su decreto se refieren a la validez misma del acto demandado por cuanto se apreciará, en su examen, si a primera vista, esa providencia ha quebrantado manifiestamente el orden jurídico superior. Tales consideraciones son las que, con mayores razonamientos y análisis de pruebas, quedarán consignadas, entre otras, en la sentencia que ponga fin al proceso.

3o. En el caso del restablecimiento del derecho, las condiciones que la ley exige para que sea decretada la suspensión la ligan aún más con la demanda, sus pretensiones y su éxito final, puesto que en tal situación además de la ostensible ilegalidad, el actor "deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto causa o podría causar al actor". Ahora bien, ese perjuicio puede ser expresado en una cuantificación monetaria si la lesión del derecho tiene semejantes consecuencias o demostrado con la disminución o el desconocimiento de un derecho del cual era legal titular el demandante. El perjuicio, en tal sentido, no tiene que ser necesariamente un daño de carácter económico porque las violaciones de los derechos y libertades, calidades ciudadanas y personales que la Constitución y la ley consagra a los individuos, son objetivos perjuicios, posiblemente más graves que los atentados contra los derechos patrimoniales.

4o. El actor en este caso consideró que el daño ocasionado es de tipo económico y entró a cuantificarlo detalladamente en el capítulo de la suspensión provisional. El que intencionalmente haya omitido esta operación matemático-contable para la determinación de la cuantía, con la aspiración confesada de convertir este proceso en única instancia a fin de evitar la demora en la administración de justicia que implicaría acudir al Tribunal de cundinamarca en primera instancia, no le quita el carácter de reivindicación económica cuantificada integral, que el mismo apoderado hizo en su escrito.

5o. Estas consideraciones se complementan con una realidad jurídica: las normas de competencia son de orden público y dados los supuestos de hecho y demás elementos que el Código Contencioso Administrativo establece para la determinación del juez competente en este caso, es obligación de esta Sala mantener la decisión recurrida cuyo fundamento no fue desvirtuado por el impugnador.

Por lo tanto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en mérito de lo expuesto,

DECIDE:

CONFIRMAR EL AUTO RECURRIDO.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de junio de mil novecientos noventa.

Pablo J. Cáceres Corrales, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTUACION ADMINISTRATIVA-Terminación/ **VIA GUBERNATIVA**-Agotamiento

La revocación directa ni revive los términos ni sustituye el autocontrol de la vía gubernativa. La negación ilegal del recurso no es razón suficiente para abstenerse de interponer la apelación que obliga el Código Contencioso Administrativo para agotar la vía gubernativa como presupuesto procesal. Si la entidad adopta medidas que impidan el ejercicio de ese derecho de impugnación, el interesado deberá acreditar la realización de esa conducta de la entidad o alegar la existencia de una norma, instrucción u orden interna general que impida la interposición de los recursos para que así pueda acudir a la jurisdicción directamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá. D.E., veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.*

Referencia: Expediente No. 381. Actor: FONDO DE EMPLEADOS DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO "FEMPHA". Decisión: Sentencia.

I. LAS PARTES

Fueron parte en este juicio:

EL DEMANDANTE: El Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público "FEMPHA", mediante apoderado debidamente reconocido, quien demandó la nulidad de cuatro actos administrativos originarios del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas.

CONSEJO DE ESTADO

EL DEMANDADO: La Nación (Estado Colombiano) representada por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas DANCOOP.

II. LA CUESTION CONTENCIOSA

A. El planteamiento del demandante

El actor formula esas súplicas con los fundamentos de hecho y de derecho que aparecen más adelante:

1. *Pretensiones*

Que se declare la nulidad y el restablecimiento del derecho conculcado por los actos contenidos en los siguientes escritos:

1o. Oficio 3-0049-R de 20 de enero de 1986, emanado del Jefe de División de Asuntos Legales del DANCOOP.

2o. Providencia de 22 de mayo de 1986 originaria del Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas que niega la revocatoria directa del oficio anterior 3-0049-R del 20 de enero de 1986.

3o. Oficio 3-1132-R de 14 de mayo de 1986, producido por el Jefe de División de Asuntos Legales del DANCOOP que objeta la convocatoria de una Asamblea del Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público FERPHA.

4o. Oficio 3-1736-R de 20 de junio de 1986 emanado del Jefe de la División de Asuntos Legales de DANCOOP que imprueba una acta de Asamblea General de Socios del Fondo de Empleados.

2. *Hechos*

Una síntesis de los hechos descritos en la demanda y que conformaron la actuación administrativa es la siguiente:

1o. El 5 de noviembre de 1986 se celebró, por citación del Secretario una reunión de la Junta Directiva del FONDO. En ella se nombro al presidente y al secretario del FONDO. El 30 de noviembre de 1985 a solicitud de un número reglamentario de socios y del Revisor Fiscal, se llevó a cabo una Asamblea extraordinaria de socios del Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público "FEMPHA", entidad privada con personería jurídica y sometida a vigilancia y control del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOP".

2o. Mediante Oficio No. 3-0049-R del 20 de enero de 1986, el Jefe de la División de Asuntos Legales de ese Departamento comunicó a los miembros de la Junta Directiva y Revisor Fiscal, estas determinaciones: a) que "... IMPRUEBA

los actos correspondientes a la reunión de la Junta Directiva celebrada el 5 de noviembre de 1985 y de la Asamblea General Extraordinaria de socios del Fondo de Empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, llevada a cabo el 30 de noviembre de 1985 y, b) "como consecuencia de lo anterior y de acuerdo con el numeral 3o. del artículo 25 de esta misma ley (la 24 de 1981), la División *no reconoce ni registra* los cuerpos de dirección, administración y control elegidos en las reuniones antes mencionadas" (folio 48 - del expediente 381).

3o. Mediante memorial del 27 de enero de 1986 radicado en la oficina de correspondencia los señores Francisco Benavides Jácome y Rafael Vanegas Ramos miembros de la nueva Junta Directiva, interpusieron los recursos de reposición y apelación subsidiaria contra el oficio 3-0049-R del 20 de enero de 1986, emanado del Jefe de la División Legal. Los recursos fueron rechazados por el mismo funcionario -mediante oficio 3-0340-R del 27 de febrero de 1986 debido a la falta de presentación personal en la oficina correspondiente. El oficio, según el demandante, se les envió a los impugnadores el 7 de marzo de 1986.

4o. El 12 de marzo de 1986, el representante legal del FONDO Carlos Eduardo Cortés solicitó la revocatoria directa del acto contenido en el oficio 3-0049-R del Jefe de la División de Asuntos Legales. En su escrito hace referencia a la legalidad de la Asamblea celebrada y a la falta de notificación personal del oficio No. 3-0049-R.

5o. El 22 de mayo de 1986 el Jefe del Departamento responde a la solicitud de revocatoria diciendo que no es procedente por cuanto el acto administrativo esta ajustado a la ley conforme a lo dispuesto en la número 24 de 1981. Así mismo contra estos actos no proceden los recursos solicitados. También se establece en la contestación que la convocatoria de la Asamblea no se hizo conforme a los propios estatutos del Fondo que disponen que quien debe convocarla es la Junta Directiva.

6o. El Revisor Fiscal del FONDO, con base en los artículos 46 y 81 de los estatutos y 181 del Código de Comercio, convocó a una nueva asamblea extraordinaria de socios del FEMPHA. La jefatura de la División de Asuntos Legales en un nuevo pronunciamiento por oficio No. 3/1132 del 14 de mayo de 1986 dirigido a la Junta Directiva, al Gerente y al Revisor Fiscal del Fondo "...que si se realiza la Asamblea General extraordinaria de socios el próximo 17 de mayo del año en curso, conforme a la aludida convocatoria, la División de Asuntos Legales del Departamento, en aplicación del artículo 25, numeral 5º de la Ley 24 de 1981..." se abstendrá de reconocerla y de registrar sus decisiones (folio 52 expediente 381). Estimó la Jefatura citada que el Revisor Fiscal carece de facultad para reunir la asamblea puesto que su atribución en ese aspecto se reduce a solicitar la convocatoria a la Junta Directiva.

7o. No obstante la advertencia del funcionario, se lleva a cabo la anunciada asamblea extraordinaria el 17 de mayo. Al responder la solicitud de aprobación y registro del acta No. 1086 de la mencionada Asamblea extraordinaria, la División de Asuntos Legales mediante oficio 3-1736-R del 20 de junio de 1986, estimó que

la Asamblea no se acomodó a los estatutos internos de la Organización ya que el Revisor Fiscal no podía convocarla ni aplicar a este tipo de asociaciones las reglas del Código de Comercio por referirse éste a las sociedades de tipo mercantil. En consecuencia, decidió improbar el Acta No. 10-86 de la Asamblea del 17 de mayo y negar el registro de la Junta Directiva así elegida. (folio 202 expediente).

8o. El oficio 3-1736-R fue notificado al representante legal del FEMPHA el día 27 de junio de 1986, pero no se interpusieron los recursos por cuanto, de acuerdo con el permanente criterio del jefe del DANCOOP, deben negarse ya que no son procedentes contra este tipo de actos (folio 203 del expediente)

3. ***Fundamentos de Derecho***

La nulidad de los actos demandados se sostiene por el actor con estos argumentos:

1o. Los actos acusados fueron expedidos por funcionarios incompetentes, en forma irregular, falsamente motivados, con desviación de las atribuciones propias del funcionario. Todas las causales de invalidez previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo se dan en tales providencias que, además, contradicen, así mismo, disposiciones superiores como las incorporadas en el Código de Comercio, puesto que tales actos vulneran decisiones privadas que responden al carácter democrático del FEMPHA.

2o. El actor profundiza acerca de la institución del revisor fiscal y destaca la importancia funcional que la ley dio a esta estructura de vigilancia en los organismos comerciales para salvaguardar la legalidad de los actos privados de las asociaciones. Demuestra de inmediato que los Estatutos internos del FONDO se cumplieron a cabalidad porque en ellos se contempla que el revisor fiscal puede convocar la asamblea directamente o con el 10% de los socios con derechos plenos.

3o. Luego indica que, en gracia de discusión y suponiendo que no podían hacerse tales convocatorias en la forma que se hicieron, aún en las sociedades comerciales jamás se cuestiona la legalidad del acto privado por parte de las autoridades ejecutivas, que desde luego pueden multar, disolver o revocar los permisos de funcionamiento, pero los actos privados sólo pueden ser anulados por Rama Jurisdiccional, por lo que también se quebrantaron los artículos 1740 y 1756 del Código Civil y el artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

4o. Su razonamiento se apoya especialmente en el concepto de la Sala de Consulta del Consejo de Estado (Radicación No. 1144. Consejero Dr. MANUEL ARANGO REYES), según el cual la función de la División Legal de la antigua Superintendencia de Cooperativas es simplemente de asesoría y sus pronunciamientos no tienen el valor decisorio o definitivo como los fallos judiciales. Sostiene, para esto, que las facultades de la anterior División son equivalentes a las de la misma oficina del DANCOOP.

5o. Por otra parte, la función de la División de Asuntos Legales del DANCOOP está muy claramente definida en el artículo 25 de la Ley 24 de 1981. Ninguna parte de la ley indica que la División pueda improbar las actas de las asambleas de las cooperativas, por lo que en el caso analizado se dio un abuso de poder. Aún, si así fuera posible, los oficios mediante los cuales se toman tales decisiones debe indicar los recursos que contra ellos caben. Este deber no se cumplió por lo que se violaron los artículos 28, 44, 45, 47 y 48 del Decreto extraordinario 01 de 1984.

B. **Planteamiento del demandado**

El Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas actuó por intermedio de apoderada judicial quien sostuvo en defensa de los actos demandados lo siguiente:

1o. Controvierte la presentación de los hechos según la demanda, por cuanto su apreciación está orientada por fundamentos de derecho equivocados. Es así como, si para el actor cada hecho es el producto de una desviación de la facultad para producirlos, por la demanda están conformes a las facultades otorgadas por la ley. Sostiene que el DANCOOP sí tiene atribuciones para invalidar, negarse a registrar y negarse a aceptar recursos contra actos de la administración, cuando se controvierten jurídicamente los actos internos de las entidades sometidas a su vigilancia y control.

2o. Respecto de la primera asamblea del Fondo del 30 de noviembre de 1985, indica que se hizo con total transgresión a los estatutos de la organización que estipulan que "... las Asambleas Extraordinarias serán convocadas por la Junta Directiva" y no por dos socios como ocurrió.

3o. Tacha la convocatoria a la asamblea extraordinaria efectuada por el revisor fiscal para el 17 de mayo de 1986 porque estaba viciada de nulidad por las mismas razones anteriores.

Para la demandada resulta obvio entender que con tales violaciones a los estatutos internos del Fondo no podía más que negarse la validez de los actos y su respectivo registro.

III. LA ACTUACION PROCESAL

La Sala Unitaria negó la suspensión provisional pedida en la demanda pero ésta fué aceptada con un argumento que la Sala estima debe recordarse antes de las consideraciones propias de la sentencia:

> "Ahora bien, el primer acto acusado que es el principal, corresponde a un oficio comunicado a la actora el día 20 de enero de 1986, lo cual quiere decir que, en la fecha en que se presentó la demanda (julio 5 de 1986) estaba vencido el término caducatorio de la acción, situación ésta que conduciría a la inad-

misión de la demanda. Pero si se tiene en cuenta que el referido oficio es el acto inicial y que junto con los demás actos acusados integran un camino procesal que viene a crear el debate gubernativo, es preciso concluir entonces, en que el término de caducidad debe empezar a contar, no a partir del acto inicial sino del acto que agota la vía gubernativa el cual, en realidad, fue demandando oportunamente. En estas condiciones, la demanda resulta admisible".

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Considera el Señor Fiscal que ya existe una jurisprudencia sobre el régimen aplicable a los entes cooperativos que habrá necesidad de mantener, lo que haría culminar el caso examinado en sentencia favorable a las pretensiones del actor. En tal sentido se dictó el fallo de la Sala Contencioso Administrativa Sección Primera de 19 de enero de 1983. (Expediente 4025. Consejero Ponente: Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO, Actor: Guillermo Blanco y otro).

Después de transcribir apartes de la sentencia, la Fiscalía concluye que en el proceso se probó la ilegalidad de los actos demandados ya que ninguna atribución le ha sido concedida al DANCOOP para declarar la validez o invalidez de los actos de las entidades sometidas a su control y vigilancia, y en consecuencia, sugiere se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, declarando las nulidades impetradas. (folio 291 a 294).

V. LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala se permite consignar los siguientes razonamientos acerca de la iniciación y conclusión de las actuaciones administrativas y de la obligación de agotar la vía gubernativa como presupuesto para ocurrir ante esta jurisdicción. Además, al concluir el actual proceso es posible, con las pruebas aportadas, reflexionar sobre las tramitaciones que originaron los actos demandados y, finalmente, corregir la consideración arriba transcrita del auto admisorio de la demanda que, sin contar, obviamente, con mayores elementos de juicio, sirvió para aceptarla.

La actuación administrativa es un trámite iniciado de oficio o a petición de parte que persigue, cuando se trata de intereses particulares, definir una situación individual y concreta, reconocer derechos de esa naturaleza, imponer o decretar obligaciones a las personas y, en general, dar aplicación a la ley. El acto administrativo que pone fin a la actuación contiene una declaración formal de los motivos de hecho y de derecho en función de los cuales lo ha dictado. Ahora bien, la necesidad de motivar los actos particulares está vinculada al derecho de defensa porque el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben ser conocidos por los interesados que resultaron favorecidos, gravados o penados con el acto. Esas circunstancias fácticas son, al mismo tiempo, las hipótesis que la normatividad considera para asignarles unas consecuencias.

Sobre esos aspectos se orientan los controles que el sistema jurídico ha establecido para proteger la constitucionalidad y la legalidad.

Obsérvese que las actuaciones se inician y concluyen con unos mismos hechos. Las situaciones jurídicas particulares se engendran, con apoyo en las prescripciones generales, en unos hechos específicos y demostrables con los medios probatorios que la ley ha establecido. A ellos se dirige el debate procedimental gubernativo que concluye con el acto recurrible o demandable. Esto explica que cada actuación concluye con el examen jurídico de los hechos expuestos y demostrados en su trámite. Las nuevas circunstancias sucedidas después del acto que pone fin a la actuación pueden originar un nuevo trámite que defina situaciones o relaciones jurídicas distintas de las consideradas en la primera actuación.

En el caso presente tenemos dos hechos distintos aunque pertenezcan, en la mediana duración, a un solo problema originado en la falta de reconocimiento oficial, de unas elecciones. Esos hechos son: 1o.) Una reunión de la Junta Directiva del 5 de noviembre de 1985 y la Asamblea del 30 de noviembre de ese año, y 2o.) la asamblea extraordinaria del 17 de mayo de 1986. Se trata de dos hechos diferentes porque las convocatorias tuvieron dos orígenes: la primera por la iniciativa de dos socios y la segunda por la del revisor fiscal. Además en el primer caso aparece una reunión de la junta Directiva calificada de irregular por el DANCOOP. Cada acontecimiento promovió una actuación encaminada a examinar, por parte de la División de Asuntos Legales, si la junta y las asambleas fueron convocadas y se realizaron de acuerdo con la ley y los estatutos del FONDO. Para cada una de ellas la División expidió el respectivo pronunciamiento declarándolas inválidas y rechazando los registros de las directivas elegidas en ellas. Los aspectos fácticos fueron separados e independientes, ninguno de ellos fue causa inmediata y necesaria del otro.

Las providencias de la Jefatura de la División que concluyeron ambas actuaciones, debieron ser objeto de los recursos de la via gubernativa por parte del FONDO, pues si bien de manera ilegal la mencionada División sostenía que contra sus determinaciones no procedían los mencionados recursos, el representante del FONDO, dándose por suficientemente enterado del contenido de los actos podía interponer los recursos. Está demostrado que contra el primero de los actos, el No. 3-0049-R, proferido a raíz de la reunión de la Junta Directiva del 5 de noviembre de 1985 y la Asamblea del 30 de noviembre del mismo año, fue recurrido por dos socios, los señores: FRANCISCO BENAVIDES JACOME y RAFAEL VANEGAS RAMOS. Los recursos no fueron concedidos por la Jefatura con el absurdo argumento de que el memorial no había sido presentado personalmente en "la oficina correspondiente del Departamento", pero, con todo, la vía gubernativa quedó agotada para ese primer caso, por los socios mencionados pero no por el FONDO quien se limitó a solicitar la revocatoria directa de la providencia.

La revocatoria fue tramitada por el jefe del Departamento (Cfr. Folios 49-50) lo cual demuestra que sí era posible formular la apelación, aunque se desatara

desfavorablemente al FONDO. Esta condición es el presupuesto procesal indispensable para que el presente proceso tenga el desarrollo normal que la ley establece. (Artículo 135 del Código Contencioso Administrativo). Es de recordar que el Jefe del Departamento es el superior jerárquico del Jefe de la División de Asuntos Legales, por lo cual se imponía la formulación del recurso de apelación. La revocación directa ni revive los términos ni sustituye el autocontrol de la vía gubernativa.

La segunda actuacion, atinente a la Asamblea extraordinaria reunida a instancias del Revisor Fiscal el 17 de mayo de 1986, terminó con la expedición del Oficio 3/1736-R del 20 de junio de 1986 de la misma División de Asuntos Legales. Esta decisión no fué impugnada con la apelación porque, según el demandante, el DANCOOP niega, de manera ilegal, su procedencia. No es ésta razón suficiente para abstenerse de interponer la apelación a que obliga el Código Contencioso Administrativo para agotar la vía gubernativa como presupuesto procesal. El presumir que los recursos no tendrán éxito no releva al actor de cumplir con el requisito anotado. Antes bien, esa actitud evidentemente arbitraria de la Administración es un argumento de mucho peso para el examen jurisdiccional de los actos acusados, puesto que en tal hipótesis se deberán demandar los actos que pusieron fin a la actuación y aquellos que los confirmaron en la vía gubernativa.

El actor no cumplió, pues, con el presupuesto procesal del agotamiento de la vía gubernativa por lo cual no es viable una sentencia de fondo en este asunto.

No obstante lo dicho, es importante hacer una consideración final sobre el agotamiento de la vía gubernativa frente a un hecho que parece tener vigencia en el DANCOOP y que consiste en el obstinado criterio de la Entidad oficial en sostener que contra *todos* los actos de la División Legal no proceden los recursos gubernativos ordinarios. Esta actitud puede conducir a los particulares a una situación de indefensión en cuanto al uso oportuno de los recursos, porque, tal como lo expresó el demandante, los interesados dejan de formularlos debido a que, de antemano, saben que les serán rechazados.

Tal como lo dicen las normas generales, los conceptos internos de la División de Asuntos Legales, son unos documentos en que constan opiniones sin efectos jurídicos ante los derechos y las libertades de los Entes cooperativos y demás corporaciones sometidas a su control y vigilancia. Desde ese punto de vista legal, esas manifestaciones oficiales no serían susceptibles de los recursos porque no ponen fin a una actuación administrativa ni reconocen o consagran derechos, situaciones o relaciones jurídicas particulares. Pero, cuando a esas opiniones se les pretende, por fuera de la ley, asignar la virtualidad de juzgar las decisiones de los actos privados de las entidades vigiladas, evidentemente los interesados tienen el derecho de impugnarlos con los recursos de la via gubernativa y el deber de hacerlo si pretender acudir al contencioso administrativo.

Claro está que si la Entidad adopta medidas que impidan el ejercicio de ese derecho de impugnación, el interesado, deberá acreditar la realización de esa con-

ducta de la Entidad o alegar la existencia de una norma, instrucción u orden interna general, que impida la interposición de los recursos, para que así pueda acudir a la jurisdicción directamente, tal como permite el artículo 135 (fine) del Código Contencioso Administrativo. El medio que la Administración puede utilizar para evitar la formulación de los recursos, en los términos del artículo 135, no es necesariamente físico, sino que puede constar en pronunciamientos o probadas conductas que prohíban, de manera general, el uso de los recursos.

En este caso se observa que en los actos demandados no aparece una manifestación expresa de impedir el uso de los recursos y uno de ellos fué notificado personalmente al representante del FONDO. El actor por su parte, aunque insinúa que la administración no da la oportunidad de interponer los recursos, su manifestación no está demostrada en función del artículo 135 (fine) del C.C.A., antes bien, se encuentran en la actuación los recursos formulados contra el primero de los actos demandados y una revocación directa decidida con un pronunciamiento de mérito por el Jefe del Departamento. La ausencia de esta argumentación conduce a la Sala a un pronunciamiento inhibitorio, por incumplir la obligación, a cargo del actor, de poner en funcionamiento el autocontrol de la vía gubernativa, tal como ha quedado dicho a lo largo de las consideraciones de esta sentencia.

Por último, es necesario señalar que el oficio 3/1132-R del 14 de mayo de 1986 mediante el cual el Jefe de la División de Asuntos Legales advierte a los directivos del FONDO sobre la ilegalidad de la Asamblea a realizar el 17 de mayo siguiente y les anuncia que no aprobará la correspondiente acta, es un oficio de mero trámite, o mejor, el prejuzgamiento sobre un hecho futuro, que no contiene una decisión definitiva sobre los derechos y situaciones jurídicas del actor y se limita, únicamente, a expresar una advertencia, mas no a concretar en una determinación que produzca efectos jurídicos, las consideraciones en él expuestas. Es un oficio contra el cual ni caben los recursos ni proceden las acciones contenciosas. Puede, posiblemente, servir de elemento probatorio para demostrar la opinión de la Administración acerca de las asambleas convocadas y la intención de ejercer unas funciones que, tal como se ha sostenido por esta Sala en sentencias anteriores, no tiene asignadas por la ley.

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:

1o. Declarase inhibido para sentenciar sobre la nulidad de los actos contenidos en los oficios Nos. 3-0049-R del 20 de enero de 1986 y 3/1736-R del 20 de junio de 1986, expedidos por el Jefe de la División de Asuntos Legales del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas y la providencia, por el cual negó la revocación directa del oficio 3-0049 del 20 de enero de 1986 citado.

2o. Deniégase las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de junio de mil novecientos noventa.

Pablo J. Cáceres Corrales, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Ausente con excusa.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

DAS/ COMPETENCIA/ NACIONALES/ DEPORTACION

En el tratamiento de los nacionales colombianos que presuntamente han perdido la nacionalidad, el DAS no tienen autonomía para deportarlos, porque antes requeriría de una declaración oficial del organismo estatal competente que definiera, previamente, la vigencia del pasaporte colombiano utilizado al ingresar al país (Ministerio de Relaciones Exteriores), la vigencia de la cédula de ciudadanía (Registraduría Nacional del Estado Civil) y la claridad de si la persona que va a ser deportada ha readquirido o no la nacionalidad por domiciliarse de nuevo en el país según la Constitución y la ley nacional.

DOCUMENTOS - Autenticidad/ **NACIONALES**

Un documento no auténtico e inválido para nuestra ley nacional, por incumplir el protocolo de rigor, sirvió de motivo y fundamentación suficiente para que la División de Extranjería del DAS, desconociera la nacionalidad colombiana que acreditaban documentos públicos no tachados de falsos y que conformaban plena prueba de esa relación política del actor con la nación colombiana. Los artículos 8 y 9 de la Constitución resultaron quebrantados así como la situación particular de nacional colombiano del actor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintiseis (26) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.*

Referencia: Expediente No. 1421. Actor: Sr. HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Decisión: Admisión de la demanda y suspensión provisional.

I. LA ACCION, LAS PARTES Y LO QUE PIDE EL ACTOR

A. Las pretensiones frente a los actos demandados

El Sr. HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN, solicita, por intermedio de apoderado judicial y en demanda presentada el día 6 de marzo de 1990 en la Secretaría de la Sección Primera, y corregida con memorial del 4 de mayo de este año la nulidad de varias resoluciones del Departamento Administrativo de Seguridad mediante las cuales se ordena y confirma su deportación del Territorio Nacional. La nulidad se pide de las siguientes providencias:

1. Resolución No. 1997 de 9 de marzo de 1989, por la cual se confirma en todas sus partes la Resolución No. 1599 de febrero 23 de 1989 que había ordenado deportar al demandante, originaria del Jefe de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad.

2. Resolución No. 2550 del 5 de abril de 1989, "por medio de la cual se deporta del territorio nacional al ciudadano canadiense HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN", expedida por el Jefe de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad.

3. Resolución No. 2977 del 18 de abril de 1989, de la misma División de Extranjería, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 2550 de abril 5 de 1989 y se da trámite al recurso de apelación ante la Jefatura del Departamento.

4. Resolución No. 1486 del 24 de abril de 1989, dictada por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, "por la cual se resuelve un recurso de apelación en asuntos de extranjería" en el sentido de no revocar la resolución impugnada que ordenaba la deportación del Sr. GUTIERREZ HOLGUIN.

5. Figura como pretensión, además, la nulidad de todos los demás actos y providencias que se hubieren producido en la actuación que culminó con las resoluciones demandadas, o con posterioridad a su conclusión.

Estas providencias no están identificadas por el demandante.

Para mayor claridad de las pretensiones y de lo decidido en esta providencia es necesario indicar que el Departamento Administrativo de Seguridad dispuso la deportación del demandante mediante una inicial Resolución No. 1599 del 23 de febrero de 1989, la cual, al tramitar el recurso de apelación, fué considerada "sin valor ni efecto" por el Jefe del Departamento ya que de acuerdo con su proveído No. 1217 del 29 de marzo de 1989 (Folio 39), aparece "firmada por funcionario diferente al titular de la Jefatura de la División quien es el competente de conformidad con el artículo 129 del Decreto 1000 de 1986 y artículo 13 del Decreto 2000

de 1987". Por lo tanto el Jefe del DAS, declara "inválida" toda la actuación y ordena "que se renueve por quien es competente".

Como consecuencia de la nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicita:

1o. "... se le restablezcan al actor" ...sus derechos... "y se declare que, para todos los efectos legales, el ciudadano colombiano por nacimiento, HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN, tiene esa condición o calidad de nacional colombiano de origen y, por lo tanto, tiene todos los derechos inherentes a tal condición, y que nunca la ha perdido".

2o. "...que se cancele la orden de deportación citada por el Departamento Administrativo de Seguridad, y que además, se comunique esta cancelación al señor Ministro de Relaciones Exteriores, a las Seccionales y puestos del DAS de todo el País, y a las demás autoridades correspondientes, y se cancelen todas las que haya impartido ese organismo, como las de captura, salvo conducto para salir del país, etc".

3o. "Que se le devuelvan los documentos que se le hayan retenido por parte del DAS o de cualquier otra autoridad, al ciudadano colombiano HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN, y en caso de que se hayan cancelado, o no se haga la devolución por cualquier motivo o pretexto, que se oficie a las autoridades respectivas para que le expidan unos nuevos".

B. **Las partes del proceso**

Son partes en este negocio las siguientes:

A. EL DEMANDANTE. El señor HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN, quien mediante el apoderado judicial, Dr. ESTEBAN BENDEK OLIVELLA, pide la nulidad de las referidas decisiones del Departamento Administrativo de Seguridad y el consiguiente restablecimiento del derecho.

B. EL DEMANDADO. Es la NACION (Estado Colombiano) representado por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, organismo que expidió los actos acusados.

El actor solicita se le notifique el auto admisorio de la demanda al Sr. Ministro de Relaciones Exteriores y al Sr. Procurador General de la Nación.

Se tendrá como interesado al Ministerio de Relaciones Exteriores.

El apoderado judicial corrigió la demanda para precisar que ella no tiene cuantía porque el restablecimiento del derecho se concreta a que se le reconozca al actor su calidad de nacional colombiano con sus correspondientes atributos sobre

la ciudadanía y demás derechos que la Constitución y la Ley consagra a los nacionales colombianos.

Las exigencias del Código Contencioso Administrativo están cumplidas formalmente por la demanda, por ello será admitida.

II. CONSIDERACIONES SOBRE LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En el escrito de la demanda el actor pide la suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 1486 del 24 de abril, 2977 del 18 de abril, 2550 del 5 de abril y 1997 del 9 de marzo, todas ellas de 1989. Para examinar esta solicitud y su procedencia es necesario considerar estos hechos y documentos públicos aducidos con la solicitud al tenor de lo dispuesto por los Nos. 2) y 3) del artículo 152 del C.C.A.

A. **Hechos y documentos públicos a considerar**

En el presente asunto se debate la negación de los derechos civiles y políticos de una persona por una Entidad oficial que carece de competencia, según el actor, para decidir sobre la existencia del vínculo político jurídico de la nacionalidad de un colombiano por nacimiento. Esto significa que la transgresión de la ley y el perjuicio recibido se observarán en los hechos que fundamentaron las providencias acusadas. La síntesis de los aspectos fácticos que resalta la Sala de los indicados por el actor, es la siguiente:

1o. El Sr. HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN nació en el municipio de Palmira, Valle del Cauca, el 9 de junio de 1949, hijo de los colombianos Sr. JULIO ARMANDO GUTIERREZ ROSSASCO y Sra. OFELIA HOLGUIN CHAVEZ. Su registro civil se encuentra en la Notaría Primera del Círculo de Palmira, Folio 1547439, de acuerdo en el certificado de esa Notaría que obra a folio 81 del expediente.

2o. La Registraduría del Estado Civil le expidió al demandante, cuando obtuvo su mayoría de edad, la cédula de ciudadanía No. 14.956.512 de Cali.

3o. En 1978 el ciudadano GUTIERREZ HOLGUIN viajo al Canadá donde contrajo matrimonio con una ciudadana de ese país el 24 de octubre de 1987 (Cfr. motivación de la Resolución 2550 de 1989. Folio 37).

4o. El 3 de Abril de 1979 obtiene en el Consulado Colombiano de Toronto (Canadá) el pasaporte No. T 357935/141, el cual, al expirar, es reemplazado por uno nuevo expedido en el mismo Consulado General y que lleva el No. PO 550315 del 1o. de abril de 1986, con vencimiento el 1o. de abril de 1991. Es decir, ese pasaporte se encontraba vigente en la fecha de las resoluciones demandadas.

5o. Figuran en el pasaporte colombiano del Sr. GUTIERREZ HOLGUIN una visa expedida a su favor por el Consulado General de los Estados Unidos de América el 7 de mayo de 1986, para visitar temporalmente a ese país en negocios o turismo de manera ilimitada y una visa múltiple (C-1) de Estados Unidos con la misma fecha válida por cinco años.

6o. El 28 de diciembre de 1987 el demandante ingresó al Territorio Nacional por el puerto aéreo de Cali, con la documentación colombiana.

7o. De esa época hasta la fecha el Sr. GUTIERREZ HOLGUIN realizó, según documentos que acompañan a la demanda, actos comerciales y civiles que demuestran, en su sentir, el ánimo de domiciliarse en Colombia.

8o. El 23 de febrero de 1989 el Jefe de la División de Extranjería del DAS dictó la Resolución No. 1599 mediante la cual se decide deportar al Sr. GUTIERREZ HOLGUIN porque de acuerdo con una comunicación de un funcionario de la Oficina Canadiense de Registro de la Ciudadanía, de la Secretaría de Estado, el demandante se había hecho ciudadano canadiense el 15 de mayo de 1978. El Jefe de Extranjería indica en esa providencia que el Sr. GUTIERREZ HOLGUIN en su calidad de extranjero no reunió los requisitos del artículo 6o. del Decreto 1000 de 1986 que dice: "Para ingresar al Territorio Nacional los extranjeros deben poseer, a) Pasaporte vigente o documento de viaje.- b) La correspondiente visa o permiso de entrada". Considera que la mencionada persona, ahora demandante, es extranjero, porque -lo explica en la Resolución 1997 de 1989- su nacionalidad colombiana la perdió por disposición de los artículos 9º y 14 de la Constitución que dicen:

Artículo 9º. "La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el exterior, y podrá recobrarse con arreglo a las leyes".

Art. 14. "..."

"La ciudadanía se pierde de hecho cuando se ha perdido la nacionalidad".

9o. El documento de la oficina denominada "Enregistrement de la Citoyenneté Canadienne", de la "Secrétariat d'Etat, que obra en fotocopia autenticada por la Secretaría General del DAS en el folio 45 está firmado por un funcionario de esa dependencia sin las autenticaciones y abonos de firmas que exigen las leyes colombianas.

10o. La Resolución No. 1486 del 15 de mayo de 1978, mediante la cual se resolvió por el Jefe del Departamento el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 2550 de 1989, que había decretado nuevamente la deportación, fue notificada por edicto desfijado el día 29 de noviembre de 1989.

Tales hechos descritos en la demanda son los que la Sala considera para la sustentación de la decisión sobre la suspensión provisional pedida. El actor presenta los documentos que demuestran esos hechos para los efectos de la citada medida cautelar.

B. **La manifiesta violación de las normas superiores**

Lo indicado en el punto anterior conduce al Actor a sostener que se han desconocido ostensiblemente las normas legales y constitucionales que consagran la nacionalidad y sus atributos, las que definen la competencia de los órganos y entidades del Poder público para pronunciarse sobre su existencia y los mismos derechos concretos que el Estado ha reconocido al actor, según su criterio expresado en la demanda. El concepto consignado así por el impugnador permite a la Sala exponer su criterio de inmediato.

1. *La nacionalidad y sus atributos.* Sostiene el actor que la pérdida de la nacionalidad se produce, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9º de la Constitución, cuando ocurren dos hipótesis: a) se adquiere carta de naturaleza en otro Estado y b) se fija el domicilio en territorio de éste o en el exterior. Si uno de ellos no se observa en la realidad, no se da la pérdida de la nacionalidad. De ahí que la recuperación automática parte del supuesto de tener la persona, devenida extranjera, su documentación originaria del país donde ha obtenido la nueva nacionalidad. Agrega el actor:

> "Pero si el ingreso lo hace con documentos de colombiano de origen (pasaporte y cédula de ciudadanía), resulta flagrantemente contrario al artículo 9º el dar por perdida la nacionalidad colombiana, cuando eso no ha ocurrido, pues, al contrario, el Estado mismo, en virtud de su soberanía, le expide un documento público y, de contera, *oficial,* con presunción de autenticidad, que acredita plena y definitivamente que es nacional de nacimiento y sigue siéndolo, por expresa voluntad de la República de Colombia, que lo tuvo, lo tiene y sigue teniéndolo como nacional y súbdito suyo".

No se dieron, pues, en el razonamiento de la demanda, los presupuestos de la pérdida de la nacionalidad de que habla el artículo 9º constitucional. Esta es una violación directa y es indirecta la transgresión de los artículos 16 y 20 de la Constitución que consagran los deberes de la autoridad y la base del Estado de derecho.

De la apreciación de los documentos oficiales aportados para estos efectos, la Sala encuentra establecido que:

> a) El Sr. H.A. GUTIERREZ HOLGUIN es una persona que exhibe los siguientes documentos (vistos y evaluados probatoriamente por la Sala en este momento del proceso contencioso-administrativo): el certificado notarial sobre su estado civil de nacimiento, su cédula de ciudadanía y su pasaporte colombianos. Ellos en su conjunto demuestran la nacionalidad colombiana (por nacimiento, Artículo 8º No. 1o. letra a) de la Constitución Nacional) y,

por supuesto, todos los derechos civiles y políticos derivados de ese estado jurídico subjetivo favorable. Al respecto es importante indicar que las autoridades colombianas, específicamente el Consulado General nuestro en Toronto, expidió el pasaporte nacional al demandante, para lo cual debió probar tal relación civil y política. Ese pasaporte es un documento público expedido por gracia del Gobierno en uso de la soberanía de la Nación Colombiana que tiene la virtud de manifestar a la comunidad internacional que el individuo amparado por él esta caracterizado, tal como lo indica la doctrina contemporánea, por un complejo de derechos específicos y de deberes que excluye, según nuestras normas, la doble nacionalidad y, a la luz del derecho internacional, la condición de apátrida de quien es su titular.

b) El Departamento Administrativo de Seguridad no impugnó ante las autoridades competentes; a saber: los jueces de la República -en tacha de falsedad- y ante el Ministerio de Relaciones Exteriores -en cuanto a su vigencia- los documentos de que se sirvió el Sr. GUTIERREZ HOLGUIN, para acreditar su nacionalidad. Tampoco existe en las resoluciones que expidió la más mínima expresión acerca de una duda razonable sobre su autenticidad y vigencia. Es decir, tales documentos gozan de toda la virtualidad de la plena prueba en cuanto son públicos y provenientes de autoridades competentes y legítimas de Colombia.

c) El documento originario de la autoridad canadiense (Cfr. folio 45) encargada del registro (o del archivo, mejor) de las ciudadanías de ese País, no reviste las condiciones de autenticidad que exige nuestra legislación porque la firma que aparece allí estampada no esta autenticada ni tiene los abonos que la ley procesal reclama para considerarlo como un documento auténtico con validez probatoria en nuestro derecho interno y en los juicios y actuaciones que se surtan en Colombia. Su importancia documental es francamente nula frente a la realidad probatoria del pasaporte y del certificado notarial aportados con la demanda. El artículo 259 del C.de P.C. vigente en Enero 27 de 1989, indicaba: "Documentos otorgados en el extranjero. Los documentos públicos otorgados en país extranjero por funcionario de éste o con su intervención, deberán presentarse debidamente autenticados por el respectivo agente consular de la república, y en su defecto por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se otorgaron conforme a la ley del respectivo país. La firma del agente consular se abonará por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, y si se trata de agentes consulares de un país amigo, se autenticará previamente por el funcionario competente del mismo. Los documentos públicos extendidos en el extranjero ante agentes consulares de Colombia y las copias autorizadas por ellos, así como los privados reconocidos en el exterior, deberán ser autenticados por el Ministerio de Relaciones Exteriores". El Decreto extraordinario 2282 de 1989 mantiene el mismo rigor formal para la apreciación en Colombia de los documentos otorgados en el extranjero. A todos ellos se les exige la autenticación del cónsul o agente

diplomático de la República y, si se extienden en idioma extranjero, el artículo 260 exige la traducción oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Esta regla aparece repetida en el Decreto 1000 del 26 de marzo de 1986, invocada por el Departamento Administrativo de Seguridad en las resoluciones demandadas. Allí se dice que "Para los efectos de este decreto todo documento expedido en el exterior en idioma diferente al español, deberá ser traducido oficialmente y autenticado por funcionario consular. Cuando sean presentados directamente ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, deberá autenticarse la firma del funcionario consular".

Lo anterior significa que un documento no auténtico e inválido para nuestra ley nacional, por incumplir el protocolo de rigor, sirvió de motivo y fundamentación suficiente para que la División de Extranjería del DAS, desconociera la nacionalidad colombiana que acreditaban documentos publicos no tachados de falsos y que conformaban plena prueba de esa relación política del Sr. GUTIERREZ HOLGUIN con la nación colombiana. Los artículos 8º y 9º de la Constitución resultaron quebrantados así como la situación particular de nacional colombiano del actor, expresada en los documentos (registro civil y cédula de ciudadanía) y actos (pasaporte) mencionados.

2. *La competencia del Departamento Administrativo de Seguridad.* Agrega el demandante que la estructura y funciones del Departamento Administrativo de Seguridad, ante todo las indicadas en los decretos 1000 de 1986 y 2000 de 1987 no le asignan al DAS competencia alguna para proferir actos que se refieran a la "pérdida de condición de colombiano de origen". Esta es una atribución que el Presidente de la República, con apoyo en la Ley 22 bis de 1936, ejerce mediante delegación que ha hecho por Decreto 2247 de 1983 en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Agencia gubernamental que expide las cartas de naturaleza y califica la nacionalidad de los colombianos cuando se presente este tipo de situaciones que ahora nos ocupa.

Para la Sala es evidente que en el texto de los Decretos 1000 de 1986 y 2000 de 1987, contentivos de las regulaciones en materia de migración y control de extranjeros no aparece facultad alguna que autorice a ese Departamento Administrativo a decidir cuándo un nacional colombiano ha perdido esa calidad ni cuándo la ha recuperado por residir y domiciliarse nuevamente en el País. Es el Gobierno Nacional quien expide las cartas de naturaleza y tiene la facultad de examinar dentro de los procedimiento de ley si una persona colombiana ha perdido o no su nacionalidad para señalar las consecuencias respectivas.

De conformidad con las normas legales y reglamentarias el Departamento Administrativo de Seguridad tiene señalada expresamente la facultad policiva de deportar al extranjero que ingrese al País sin reunir los requisitos que el derecho colombiano prescribe. Pero específicamente en el tratamiento de los nacionales colombianos que presuntamente han perdido la nacionalidad, el DAS no tiene autonomía para deportarlos, porque antes requeriría de una declaración oficial del

Organismo Estatal competente que definiera, previamente, la vigencia del pasaporte colombiano utilizado al ingresar al País (Ministerio de Relaciones Exteriores), la vigencia de la cédula de ciudadanía (Registraduría Nacional del Estado Civil) y la claridad acerca de si la persona que va a ser deportada ha readquirido o no la nacionalidad por domiciliarse del nuevo en el País, según la Constitución y la Ley Nacional. Estos son análisis y pronunciamientos que no son de competencia del DAS, sino de otras instancias del Estado Colombiano. Pero es evidente que esa declaración previa es la causa eficiente que define la calidad de nacional colombiano en un caso como el que nos ocupa. En síntesis, la verificación de las hipótesis del artículo 9º de la Constitución es ajena absolutamente a la competencia del DAS. Esto se comprueba con la lectura de los decretos 1000 de 1986 y 2000 de 1987 que no le atribuyen al DAS la potestad de deportar a los nacionales colombianos ni de definir con actos como los demandados la existencia o no del vínculo entre una persona y la Nación Colombiana.

Vale la pena anotar que aún en el caso de los extranjeros que obtengan carta de naturaleza, tal situación particular no puede extinguirse sino mediante una sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa previo el trámite del juicio especial de que tratan los artículos 221 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

Lo dicho es apenas obvio porque la Constitución y la Ley protegen con toda la eficacia del orden jurídico a los nacionales colombianos, quienes conforman, nada menos que la misma Nación soberana (artículo 2º C.N.). Quedará por establecer, en las consideraciones propias de la sentencia, la manera de readquirir automáticamente la nacionalidad para los efectos políticos, civiles y la ciudadanía implícitos en tal calidad y el alcance de las doctrinas como la del Presidente Suarez y otras incorporadas a varios tratados públicos suscritos por Colombia. Lo cierto es que, constitucionalmente, para los colombianos, la nacionalidad es indeleble y, aunque, su pérdida tenga ciertos efectos (tributarios, del régimen civil, del ejercicio del derecho al sufragio, y otros), se mantienen otros de singular importancia. Por ejemplo, el artículo 13 de la Constitución dice que: "El colombiano, aunque haya perdido la calidad de nacional, fuere cogido con las armas en la mano, en guerra contra Colombia, será juzgado y penado como traidor" (Cfr. artículo 112 del Código Penal).

Las resoluciones cuya suspensión se pide son, pues, contrarias ostensiblemente al régimen de competencias que la ley ha dispuesto para el Departamento Administrativo de Seguridad.

3. *El reconocimiento de la nacionalidad colombiana al demandante.* Sostiene la demanda que el actor aunque hubiera obtenido la nacionalidad canadiense que el archivero de la Oficina de Registro de la Ciudadanía del Departamento de Estado certifica sin las condiciones de autenticidad, recuperó automáticamente la nacionalidad colombiana al establecerse de nuevo en el país, desarrollando actividades civiles, comerciales y personales, según lo acordado por la Tercera Conferencia

Internacional Americana reunida en Río de Janeiro en 1906 y con la Doctrina Suárez (1893) que explican la recuperación *ipso facto* de la ciudadanía de origen mediante la fijación nuevamente del domicilio en Colombia (Artículo 9º C.N.).

Es ésta, en el sentir de la Sala, una tesis subsidiaria no apta para los fines de la suspensión provisional porque ella conduciría no a un examen de primera vista sobre las normas demandadas sino al trabajo probatorio de la pérdida de la nacionalidad colombiana, la adquisición de otra extranjera y la recuperación de la primera mediante unas tramitaciones a demostrar a lo largo del proceso. No es, pues, de recibo para la exigencia de la medida cautelar semejante análisis probatorio y de reflexión sobre ciertas prácticas, tesis e instituciones del derecho internacional público. El carácter subsidiario, que aparece en el fondo de esta sustentación hace, además, improcedente su tratamiento en la oportunidad de la suspensión provisional reclamada.

C. **El perjuicio derivado de la ejecucion del acto**

Esta acción de restablecimiento del derecho requiere de la demostración de un perjuicio que la ejecución del acto acusado causa o podría causar al actor. Basta considerar, como se indica en la petición de la demanda, que las resoluciones atacadas revocan objetivamente un estado jurídico subjetivo (*status*) que determina la pertenencia del sujeto perjudicado a una categoría política fundamental como es la nacionalidad colombiana, con la pérdida de todos los derechos civiles y políticos que la Constitución y la Ley han consagrado y garantizado a los colombianos, para entender que, evidentemente, el perjuicio irrogado al actor es de graves proporciones, tan delicadas que le suprimen su vinculación patria. No es necesario un discurso que contenga más explicaciones sobre el perjuicio que está demostrado con suficiencia.

D. **La suspensión de la Resolucion 1997 de 1989**

Esta resolución, originaria de la Jefatura de la División de Extranjería del DAS, cuya suspensión provisional pide el demandante confirmó la Resolución No. 1599 del 23 de febrero de 1989, mediante la cual se ordenó la deportación del Sr. GUTIERREZ HOLGUIN. Sin embargo por Auto No. 1217 del 29 de marzo de 1989, al conocer del recurso de apelación interpuesto por el interesado contra Resolución 1599, el Jefe del Departamento consideró que la actuación adelantada hasta ese momento era inválida puesto que la providencia no estaba suscrita por el titular de la Jefatura de la citada división, sino por un funcionario diferente. El jefe del Departamento decidió anular toda la actuación o, propiamente, revocó las providencias anteriores, por lo cual perdieron vida jurídica y los consiguientes efectos. Esta es una realidad que sustrae a la suspensión provisional la Resolución 1997 de 1989 que ha desaparecido, por la revocación anotada, con todos sus efectos. Por estos motivos la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre su suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

DECIDE:

1o. Admitir la demanda y, en consecuencia:

a) Notifíquese personalmente el presente auto al Sr. Fiscal Primero de la Corporación.

b) Tiénese como parte demandante al Sr. HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN.

c) Tiénese como apoderado judicial de la parte demandante al Dr. ESTEBAN BENDECK OLIVELLA.

d) Tiénese como parte demandada a la NACION, representada en este proceso por el Sr. Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad a quien se le notificará personalmente esta providencia.

e) Notifíquese personalmente el presente auto al Sr. Ministro de Relaciones Exteriores.

2o. Disponer que el demandante deposite la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo), m/l, para pagar los gastos ordinarios del proceso.

3o. Ordenar que este asunto se fije en lista por el término de cinco días, para los efectos del numeral 5) del artículo 207 del C.C.A.

4o. Solicitar al Sr. Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad que en un término de quince (15) días, contados a partir del recibo del oficio secretarial pertinente, envíe los antecedentes administrativos de las Resoluciones demandadas originarias de la Jefatura de la División de Extranjería y de la Jefatura del Departamento.

5o. Decretar la suspensión provisional de las Resoluciones Nos. 2550 del 5 de abril de 1989 y 2977 del 18 de abril del mismo año expedidas por el Jefe de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad y la No. 1486 del 24 de abril de 1989, dictada por el Jefe de ese Departamento Administrativo.

6o. Abstenerse de suspender provisionalmente la Resolución No. 1997 del 9 de marzo de 1989, del Jefe de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad por cuanto fue revocada por el Jefe del mismo Departamento.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por al Sala de la Sección Primera el día 26 de junio de 1990.

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sección; *Pablo J. Cáceres Corrales,* Consejero de Estado; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado; *Rodrigo Vieira Puerta,* Consejero de Estado.

Victor M. Villaquirán M., Secretario.

CAR/ COMPETENCIA/ SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia

Al no especificar los preceptos acusados la determinación "con fines comerciales" el director ejecutivo de la CAR hizo extensivo el cobro por la utilización de las aguas bajo la jurisdicción de la Corporación a toda clase y no únicamente a la que se realiza con fines comerciales. No hay necesidad de otra prueba sobre la violación del precepto anterior.

SE SUSPENDEN PROVISIONALMENTE los artículos 4º y 5º de la Resolución 5074 de 1989, proferida por el director ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-, en cuanto comprendan actividades distintas a las comerciales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá. D.E., veintiseis (26) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Simon Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso No. 1462. Actor: JORGE EDUARDO JARAMILLO MEJIA.

El doctor JORGE EDUARDO JARAMILLO MEJIA, obrando en su propio nombre, intenta acción de nulidad, con petición de suspensión provisional, contra los artículos 4º y 5º de la Resolución 5074 de 1989 (15 septiembre), expedida por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-.

En relación con la admisión se observa que el escrito de demanda reúne las exigencias del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo., por lo que habrá de aceptarse. La solicitud de suspensión provisional de los preceptos acusados se expone en los siguientes términos:

Alega el actor:

A. Las disposiciones acusadas son del siguiente tenor:

"Artículo cuarto.

"Fijar en diez mil pesos ($ 10.000.) M/cte., el valor de la matrícula anual de los botes de propiedad particular, que utilicen los embalses del Neusa, Sisga y el Lago de Tota, para efectos de uso de las aguas para navegación y pesca.

"Parágrafo. Cuando un bote no está debidamente matriculado ante la Corporación deberá cancelar un valor de ochocientos pesos ($800.) M/cte., diarios por el derecho a la navegación.

"Artículo quinto.

"Fijar en tres mil pesos ($3.000.) M/cte., el valor por cobrar por la licencia anual de pesca deportiva, en seiscientos pesos ($600.) M/cte., el valor por cobrar por la licencia mensual de pesca deportiva y en doscientos pesos ($200.) M/cte., el valor por cobrar por la licencia diaria".

B. Existe manifiesta y notoria infracción del Acuerdo 9 de 1989 (6 febrero), expedido por la Junta Directiva de la CAR, fundamento de los artículos acusados. Entre las atribuciones que se le reconocen al Director Ejecutivo de la CAR no aparece la de fijar valores por cobrar por el uso de las aguas adscritas a la jurisdicción de la CAR. Porque el director ejecutivo sólo tiene facultad para fijar el valor por cobrar, a condición de que haya delegación expresa. Esta sólo se produjo en relación con el valor por cobrar "a los vehículos particulares que ingresen a los parques y a los particulares que los utilicen *con fines comerciales*" (subraya la Sala). Extender la fijación a cualquier otra clase de uso genera usurpación de funciones. "NO conferir expresamente una facultad -agrega el actor-, equivale a prohibirla". Lo anterior implica desconocimiento del artículo 20 de la Constitución Política.

C. El Acuerdo 9 de 1989 (6 febrero), fundamento de las disposiciones acusadas dispone:

"Artículo primero.

"Delegar en el director ejecutivo la función de fijar el valor por cobrar a los vehículos particulares que ingresen a los parques que administra la Corporación dentro de su jurisdicción, así como *el valor por cobrar a particulares por la utilización de dichos parques para el desarrollo de actividades con fines comerciales*" (subraya la Sala).

D. Dispone el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, que procede la suspensión provisional cuando en tratándose de la acción de nulidad, hay

manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación.

E. En primer lugar es equivocado, a juicio de la Sala, el planteamiento del actor en el sentido de entender restrictivamente la delegación del artículo 1º del Acuerdo 9 de 1989 que la refiere a la utilización de los parques con exclusión del uso de sus aguas. Precisamente una parte importante de tales parques como los contemplados en el acto acusado la constituye su entorno natural acuático que a su vez los hace especialmente atractivos como lugares de recreación, sea que se usen sus aguas para dar paseos en botes, yates u otros medios, o para practicar deportes acuáticos.

Dicho artículo no hace distinción alguna, pues autoriza "cobrar por la utilización de los parques", la que debe entenderse que comprende la porción terrestre y la porción acuátil.

Con todo la "diferencia específica" entre los dos preceptos cotejados (Resolución 5074 y Acuerdo 9) es la expresión "con fines comerciales" que contiene el Acuerdo 9 de 1989, de la Junta Directiva de la Corporación. La Sala pasa a determinar si la sola falta de la expresión implica por sí sola manifiesta violación de norma superior.

Para el Diccionario de uso del Español lo comercial tiene que ver con el ejercicio del comercio que la misma obra define "actividad de comprar y vender, permutar, etc., *para obtener provecho*". Lo anterior ciertamente excluye cualquier otro tipo de actividad o utilización, como sería por recreación, cura, pasatiempo o distracción familiar, actividades todas que no tienen por finalidad *obtener provecho.*

Al agregar la calificación *con fines comerciales,* el Acuerdo está *determinando* el régimen de ciertas conductas efectuadas con los fines señalados. Acerca de determinar, el mismo Diccionario precisa:

> "Expresar una disposición lo que hay que hacer, o como hay que hacer o *cómo tiene que ser cierta cosa*".

En síntesis. Al no especificar los preceptos acusados la determinación *con fines comerciales,* el director ejecutivo hizo extensivo el cobro por la utilización de las aguas bajo la jurisdicción de la Corporación a toda clase y no únicamente a la que se realiza con fines comerciales. No hay necesidad de otra prueba sobre la violación del precepto superior. En consecuencia, se habrá de acceder a la suspensión impetrada en los términos explicados por ser flagrante la contradicción.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sección Primera decide:

Por reunir los requisitos legales, admítese la anterior demanda de nulidad contra los artículos 4º y 5º de la Resolución 5074 de 1989 (15 septiembre), proferida

por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-, intentada por el doctor JORGE EDUARDO JARAMILLO MEJIA. Para su tramitación se dispone:

1. Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

2. Notifíquese personalmente al señor Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR- con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

3. Comuníquese al señor Ministro de Agricultura.

4. Fíjese en lista el negocio por el término de cinco (5) días para que la entidad demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

5. Solicítese a la Corporación autónoma Regional de las cuencas de los Ríos Bogotá, Ubate y Suárez -CAR- los antecedentes administrativos de la resolución acusada.

6. Reconócese personería al Dr. Jorge Eduardo Jaramillo Mejía, en el presente proceso.

7. Suspéndanse provisionalmente los artículos 4º y 5º de la Resolución 5074 de 1989, proferida por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-, en cuanto comprendan actividades distintas a las comerciales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la presente providencia fue discutida y aprobada en sesión de veintiseis de junio de mil novecientos noventa (1990).

Simón Rodríguez Rodríguez, Presidente de la Sala; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Pablo J. Cáceres Corrales, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DEMANDA-Requisitos/ REPRESENTACION DE LAS PARTES/ PERSONA DE DERECHO PUBLICO-Representación/ ACCION DE NULIDAD-Objeto

Aunque la demanda carezca de la técnica debida en cuanto a la determinación del demandado, la naturaleza y el origen del Decreto 2980 de 1989 son datos suficientes para que el juez con los poderes de interpretación de la demanda y consultando los altos objetivos de la acción de nulidad llame al proceso en calidad de demandado a la nación colombiana representada por el ministro que refrendó el decreto, es decir, el de Hacienda y Crédito Público. En las acciones de nulidad, debido a su contenido teleológico en defensa del Estado de Derecho y de los atributos individuales de libertad e igualdad, no se trataría propia y cabalmente de establecer una parte demandada, sino de vincular al primer interesado y de exigir el cumplimiento de la obligación de quienes expidieron el acto de salir a su defensa.

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 del 20 de diciembre de 1989 expedido por el gobierno nacional.

CONGRESO/ COMPETENCIA/ NORMAS PROCESALES/ POTESTAD REGLAMENTARIA-Exceso

Las conductas procesales del juez y de las partes están descritas, por autoridad constitucional, con fuerza obligatoria, en una ley del Congreso denominada Código de Procedimiento. Ningún otro órgano del poder público tiene la capacidad de fijar ese comportamiento a quienes estén vinculados al juicio o tengan la facultad de tramitarlo y resolverlo, es decir, el procedimiento propio de cada juicio tiene su origen en la voluntad política del legislador. La potestad reglamentaria está efectivamente

desbordada al ingresar el 2980 de 1989 no se concretan a asegurar la ejecución de la ley que reglamenta, (ley del presupuesto) sino que regulan aspectos propios de las normas que gobiernan los procedimientos de cada juicio.

SE DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 del 20 de diciembre de 1989 expedido por el gobierno nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.

Referencia: Expediente No. 1398. Actor: CARLOS AUGUSTO PATIÑO BELTRAN. Decisión: Admisión de demanda y suspensión provisional.

I. LAS PARTES

El ciudadano CARLOS AUGUSTO PATIÑO BELTRAN en uso de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicitó la NULIDAD de los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto 2980 del 20 de diciembre de 1989, expedido por el Gobierno Nacional, integrado en este caso por el Sr. Presidente de la República y el Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual reglamentó el artículo 16 de la Ley 38 de 1989, orgánica del presupuesto nacional.

El actor no precisa la parte demandada en este asunto por lo cual la Sala debe hacer las siguientes consideraciones:

1. *El objeto del control jurisdiccional de los actos administrativos: la acción de nulidad.*

La operación del aparato estatal y la efectividad del derecho depende de la observancia de las reglas superiores que atribuyen la competencia y señalan sustantivamente el contenido de la normatividad que las desarrolla. Es, en el fondo, la vigencia del llamado Estado de Derecho donde la Constitución y la ley originan y delimitan el Poder Público y su ejercicio. En ese cuadro los medios de preservación del orden jurídico obran como un mecanismo de garantía, porque la ordenación jerárquica y la delimitación de potestades son indispensables para la subsistencia del sistema de derechos y libertades que la decisión política fundamental de la Nación soberana ha consagrado en la Constitución por medio de sus representantes.

Las llamadas acciones públicas o populares tramitadas mediante procedimientos especiales con el propósito de juzgar la validez de las normas frente al

ordenamiento superior persiguen esos fines. La acción de inexequibilidad ante la Corte Suprema de Justicia y la de nulidad ante esta jurisdicción contencioso administrativa, son los medios que la Constitución entregó a los colombianos para que participen en el mantenimiento del Estado de Derecho y, por lo tanto, en la preservación de la libertad y la igualdad. A diferencia de las acciones donde las pretensiones pertenecen al interés personal (civil, económico, etc.) los contenciosos populares están comprometidos con la necesidad pública de evitar el desquiciamiento del sistema político-legal colombiano.

Esto significa que en su tratamiento procesal, el ejercicio de las acciones públicas no tienen la complicada malla de exigencias formales y rituales propia de los juicios en donde se persigue la declaración de derechos o situaciones individuales, su restablecimiento, el decreto de indemnizaciones u otro tipo de reivindicación puramente privada. Sin abandonar los principios del juez propio, del juez constituido, del debido proceso, del procedimiento propio, de la legalidad de la pena y de la sanción, etc. los contenciosos y juicios objetivos son menos rígidos en cuanto a los actos que deben cumplir los demandantes y más amplios en los poderes y actos del juez, debido a que su fin es de interés general y de orden público. Tal ha sido el criterio de la Corte Suprema de Justicia al examinar las demandas de inexequibilidad, el cual resulta pertinente para el análisis de las presentadas en ejercicio de la acción de simple nulidad del artículo 84 del C.C.A.

2. ***La interpretación de la demanda y de las normas superiores en la definición de las partes.***

En el escrito mediante el cual se promueve el presente proceso, el actor descuidó la indicación del demandado y su representante pero la Sala, interpretando la demanda a la luz de lo expuesto, concluye lo siguiente:

1o. El acto demandado es un decreto expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria de que trata el artículo 120, No. 3o. de la Constitución Política de Colombia, es decir, por el Presidente de la República quien constituye Gobierno, en ese caso con el Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento del artículo 57 constitucional.

2o. El origen del acto indica que el demandado, o mejor, el primer interesado, es el Estado Colombiano (vale decir la Nación como persona, en los términos del derecho internacional público), quien de acuerdo con el artículo 149 del C.C.A. está representado (a) por "el ministro, jefe del departamento administrativo, superintendente, registrador nacional del estado civil, procurador o contralor, según el caso; en general, por la persona de mayor jerarquía en la entidad que expidió el acto o produjo el hecho".

Esa representación es uno de los efectos legales del refrendo y la comunicación de los actos y decretos del Presidente por el ministro del respectivo ramo.

3o. En estos casos es la Constitución y la ley (el C.C.A. específicamente) quienes pre-establecen las "partes" en la relación procesal por lo cual, aunque la demanda carezca de la técnica debida en cuanto a la determinación del *demandado, la naturaleza y el origen del Decreto 2980 del 20 de diciembre de 1989 son datos suficientes para que el juez con los poderes de interpretación de la demanda y consultando los altos objetivos de la acción de nulidad llame al proceso, en la calidad de demandado, a la Nación colombiana representada por el Ministro que refrendó el decreto, es decir, el de Hacienda y Crédito Público (Artículo 149 del C.C.A.).*

No obstante lo anterior, quedaría por anotar, como una consecuencia teórico-procesal y procesal-constitucional de lo aquí dicho, que en este tipo de acciones, debido a su contenido teleológico en defensa del Estado de Derecho y de los atributos individuales de libertad e igualdad, no se trataría propia y cabalmente de establecer una parte demandada, sino de vincular al primer interesado y de exigir el cumplimiento de la obligación de quienes expidieron el acto de salir a su defensa. Es la responsabilidad que causa el refrendo de que habla el artículo 57 de la Constitución cuando dice 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".

Así las cosas, serán partes en este negocio:

DEMANDANTE: El ciudadano CARLOS AUGUSTO PATIÑO BELTRAN, quien obra en su propio nombre.

DEMANDADO: La Nación (Estado Colombiano) representada por el Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público, a quien en tal calidad se le notificará personalmente este proveído.

Las demás condiciones formales de la demanda están ajustadas a la ley por lo cual será admitida.

II. LA SUSPENSION PROVISIONAL

A. La sustentación del actor

El demandante pide expresamente en su escrito, se decrete la suspensión provisional de las disposiciones demandadas por considerar que ellas quebrantan manifiestamente los artículos 2º, 55, 76, Num. 2º, 120, Ordinal 3o. y 160 de la Constitución Política de Colombia. Las razones de la violación ostensible son en síntesis estas:

1o. Del decreto demandado transcribe la primera parte del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, mediante la cual se expidieron las normas orgánicas del presupuesto nacional, al indicar que "Las rentas y recursos incorporados al presupuesto general de la Nacion son inembargables". A continuación en sus artículos 2º a 4º prescribe lo siguiente:

a) Cuando se hubiere decretado el embargo y secuestro de rentas y recursos incorporados al presupuesto, el juez ordenará su desembargo en cualquier estado del proceso, a más tardar el día hábil siguiente a aquél en que el Director General de Presupuesto envíe al expediente la certificación sobre el carácter de los bienes embargados.

b) Cuando se ordene el desembargo de los citados bienes el juez condenará en costas y perjuicios a quien solicitó esa medida.

c) Quien incurra en el incumplimiento de esas reglas (el juez) se le aplicarán las sanciones que establezca la ley.

Considera el demandante que esas normas contienen materias propias de los códigos de procedimiento civil y laboral y del régimen disciplinario de los funcionarios de la rama jurisdiccional. Los temas en ellos previstos aparecen regulados, además, en dichos estatutos legales por lo cual el Gobierno, sin estar revestido de las facultades extraordinarias previstas en el artículo 76, No. 12 de la Constitución y sin que ellos se encuentren reglamentados en la Ley 38 de 1989, invadió la órbita de competencia del Congreso de la República que, en desarrollo del principio de la separación de poderes (artículo 55 de la C.N.) y del postulado del artículo 2o. de la C.N. en cuanto al ejercicio del poder público, es el órgano que hace las leyes y mediante ellas expide los códigos en todos los ramos de la legislación así como sus reformas. Al ingresar en la competencia del legislador ordinario violentó el artículo 120, Ordinal 3o. de la Constitución porque excedió el ámbito propio de la potestad reglamentaria en él señalada y modificó los trámites legales de los incidentes de desembargo que establecen los códigos mencionados.

El actor confronta, pues, materialmente el contenido de las disposiciones acusadas con la potestad legislativa (artículo 76, No. 2o.) para concluír que el Gobierno extralimitó la función reglamentaria de la ley (artículos 55 y 120 No. 3o.) Las transgresiones del artículo 2º son una consecuencia del ingreso en una órbita de competencia ajena a la naturaleza de la función ejecutiva.

Reclama finalmente la suspensión del artículo 4º del mencionado decreto que advierte sobre el incumplimiento de lo establecido en él para indicar que traerá como consecuencia la aplicación de las sanciones legales correspondientes. El actor sostiene que esta norma desconoce la competencia del Congreso para adoptar el régimen disciplinario de los funcionarios del poder jurisdiccional y el artículo 160 constitucional que adscribe la facultad sancionatoria a los superiores de los jueces y magistrados.

B. LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA

El debate acerca de la manifiesta violación, además de apreciar las transgresiones de los códigos de procedimiento, requiere de algunas precisiones y definiciones propias del derecho constitucional que en el presente caso resultan indispensables para dilucidar el problema que plantean las exigencias de la institución de la suspensión provisional.

Es de afirmar, previamente, que en Colombia, desde el momento en que se introdujo el control de la constitucionalidad y de la legalidad quedó vigente el concepto creado por el derecho público americano que mira la Constitución en cuanto documento, en el cual consta la decisión conformadora de la vida política de la sociedad y, además, como normatividad suprema a la cual está atado todo el orden jurídico y le imprime su eficacia y validez. Es decir, un derecho, positivo superior que define los derechos sustantivos, competencias y controles con fuerza coactiva.

1. *La expedición de códigos y normas procedimentales.*

Todo un proceso histórico llevó a la unificación del derecho a partir de las dispersas legislaciones forales, señoriales y de costumbres vigentes antes del siglo XVIII en la civilización occidental. Esa unificación que permitía resolver los conflictos de manera general, con iguales criterios y similar dogmática tuvo origen en la nacionalización de la jurisprudencia del *Common Law* y los recursos de Equity en el sistema inglés y mediante la expedición de códigos sustantivos y de procedimientos en el continente europeo.

El código, en los tiempos modernos, como instrumento legislativo fue eficaz para centralizar y unificar el derecho y, por lo tanto, ofrecer soluciones de práctica jurídica en todas las regiones de los países que, al mismo tiempo, vieron la gestación del Estado Nacional. La expedición por el legislador, ya en el sistema representativo, de los códigos significó políticamente que el parlamento o los congresos pudieran expresar su voluntad en un cuerpo sistemático de normas que obligatoriamente debían aplicar los jueces y tribunales. para que esa voluntad legislativa que consagraba el catálogo de derechos (civil, comercial, etc.) y de penas (derecho criminal) tuviera efectivo acatamiento por los jueces, se empleó un instrumento: el código de procedimiento. En él se prescribe la conducta de los jueces y justiciables en el trámite de los procesos, con base en unos principios que aseguran el apego a aquella voluntad del legislador consignada en los códigos sustantivos.

Al introducirse el principio organizativo de la separación de poderes, el legislador, representante del pueblo, prescribió mediante leyes la estructura de las jurisdicciones, sus competencias y las reglas procedimentales encaminadas a resolver los conflictos con fuerza de verdad juzgada. En semejante potestad quedan comprometidas las garantías del debido proceso, el juez competente, el derecho de

defensa y demás principios generales de la juridicidad. Es el legislador, en cuanto titular de la atribución de expedir normas generales obligatorias, sustantivas y procesales, quien puede señalar la conducta de los jueces en la tramitación de cada asunto. La codificación se convirtió en un eficaz mecanismo de centralización y unificación del derecho y de inmediato y con la evolución de las disciplinas jurídicas, es una elaboración científica del derecho, propia de nuestro sistema continental vigente constitucionalmente en Colombia desde el siglo XIX.

Allí radica la aplicación más clara del principio organizativo de la separación de poderes porque es el legislador y no el soberano ni el ejecutivo quien origina el orden jurídico destinado a la efectividad del catálogo de derechos. Es allí donde se aprecia la no-confusión y no-identidad de los dos poderes: el legislativo y el ejecutivo. Donde cesa la confusión, comienza la separación. Es el contenido del artículo 55 de la Constitución Política de Colombia y la base de la distinción de competencias entre el Congreso y el ejecutivo en estas materias que se han mantenido aún después de los acontecimientos político-jurídicos que le asignan al gobierno la dirección de la economía.

En síntesis, las conductas procesales del juez y de las partes están descritas, por autoridad constitucional, con fuerza obligatoria, en una ley del Congreso denominada código de procedimiento. Ningún otro órgano del poder público tiene la capacidad de fijar ese comportamiento a quienes estén vinculados al juicio o tengan la facultad de tramitarlo y resolverlo, es decir, el procedimiento propio de cada juicio tiene su origen en la voluntad política del legislador. Es un principio que se inicia en el artículo 2º de la Constitución y se concreta en el 55, el 76 y en el título XV sobre la administración de justicia.

En el caso a la consideración de la Sala, se encuentra que el legislador, adoptó mediante los mecanismos constitucionales respectivos, las codificaciones contentivas del procedimiento civil (actualmente el Decreto Extraordinario 2282 de octubre 7 expedido en desarrollo de la Ley 30 de 1987 y antes del Decreto Extraordinario No. 1400 de 1970) y el laboral, en esos ordenamientos se encuentra regulado hasta el más elemental detalle, el trámite de embargo y desembargo de bienes y las consecuencias de embargar aquellos que, como las rentas y los recursos incorporados al presupuesto general de la Nación, no pueden ser objeto de esa medida ejecutiva. Todo ello nos indica que con el uso de su potestad, el Congreso no dejó espacio reglamentable en esas materias.

La lectura de los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 de 1989 nos dice que el Gobierno y no el Congreso le está señalando a los jueces y tribunales una conducta para ejecutar en el transcurso de los juicios donde se decretan embargos y secuestros de rentas y recursos incorporados al presupuesto nacional y le está ordenado disponer una condena a quien pide esas medidas de ejecución. A primera vista se trata de normas procedimentales cuyo fin es gobernar la ritualidad de los juicios ejecutivos en la parte correspondiente a los embargos y secuestros de bienes. Por lo tanto, son disposiciones que por su naturaleza deben figurar en los respectivos códigos

de procedimiento cuya expedición se hace mediante ley del Congreso de la República porque así lo ha decidido el Constituyente colombiano (Artículo 76, No. 3o.).

2. ***La extensión y el contenido de la potestad reglamentaria.***

La capacidad del Gobierno en el uso de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 120, No. 3o. de la Constitución Política de Colombia es muy precisa aunque coexista con otras facultades del ejecutivo que la evolución del derecho constitucional le ha conferido para intervenir y dirigir la economía mediante reglamentos autónomos, leyes cuadro y otras especies contemporáneas de facultades que han ampliado el dominio del reglamento en materias distintas a aquellas que caen en la cláusula general de competencia del artículo 76 constitucional.

Por esta razón es necesario separar la potestad reglamentaria de otras atribuciones que contemporáneamente le permiten al gobierno expedir reglas generales obligatorias. Frente al caso que nos ocupa, tal delimitación es imprescindible porque el Decreto 2980 de 1989 está apoyado en el artículo 120 No. 3o. de la Constitución, norma que le imprime su jerarquía y define su naturaleza.

Cuando el artículo 120, No. 3º de la Constitución dice que "Corresponde al Presidente de la República como jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes", nos indica que se trata, como la jurisprudencia colombiana lo ha dicho en múltiples ocasiones, de una facultad cuyo fin es el de asegurar la ejecución de la ley, su contenido es general y sometido en todo a la primacía de la ley que instrumenta. Su fin no es el de ejecutar la ley sino permitir su ejecución. En tal virtud la potestad reglamentaria es fuente de una normatividad que está a merced de la ley que define formal, orgánica y materialmente sus límites. De ella no puede extraer - per se- el ejecutivo la atribución de regular las conductas de los jueces ni de las personas creando incidentes, oportunidades procesales, estableciendo sanciones para las partes, etc., puesto que en el orden legal, el Congreso entró a prescribir detalladamente el procedimiento propio de los juicios ejecutivos y especialmente los incidentes de embargo y secuestro de bienes.

Si leemos el artículo de la ley que dice reglamentar el Decreto acusado, vemos que él busca proteger los recursos del presupuesto sustrayéndolos a cualquier medida ejecutoria de las obligaciones a cargo del Estado. De esa manera no pueden ser objeto del embargo y secuestro como aquellos bienes de los particulares y otros del Estado que no tengan el carácter de rentas y recursos incorporados al presupuesto. Del artículo 16 de la Ley 38 de 1989 no se deduce que el legislador faculte al Presidente para que señale conductas procesales a los jueces en el trámite de los juicios ejecutivos ni para que prescriba condenas en costas y perjuicios. Tampoco del texto de los actuales Códigos de Procedimiento Civil y laboral se infiere que necesiten de precisiones reglamentarias o de medidas que instrumenten su ejecu-

ción y aplicación porque estos cuerpos normativos ya han gobernado, con diferentes fórmulas, el tema de que se ocupa el decreto acusado. Estas hipótesis que pretenden manejar el ejercicio del poder reglamentario, tendrían viabilidad constitucional en los términos de las facultades extraordinarias del artículo 76, No. 12 de la Constitución Nacional y no en los señalados por el 120, No. 3o. de esa misma obra política.

La potestad reglamentaria está efectivamente desbordada al ingresar el Gobierno en la órbita del Congreso puesto que los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 de 1989 no se concretan a asegurar la ejecución de la ley del presupuesto, sino que regulan aspectos propios de las normas que gobiernan los procedimientos de cada juicio. Diríamos que, de manera general, el acto originado en la potestad reglamentaria carece de una virtualidad distinta a la instrumental de permitir la aplicación o ejecución de la ley, por ello su contenido no puede corresponder a una medida que, como las normas procedimentales, son el producto de la deliberación política del Congreso, órgano colegiado que realiza el sistema representativo. El acto administrativo no es el producto de ese proceso deliberatorio propio de la formación de la ley sino que, subordinadamente, la instrumenta para que sus destinatarios la ejecuten y cumplan.

Esto no significa que, debido al contenido de los códigos actuales (postmodernos), dentro de los cuales aparecen, cada vez con mayor asiduidad, una serie de materias relacionadas con la vida social de la comunidad y otras vinculadas esencialmente al desarrollo de las políticas económicas del Estado, además de los temas clásicos vinculados a los intercambios y status civiles, puedan esos cuerpos ser reglamentados con las diversas formas que hoy día ofrecen los reglamentos, muchos de ellos originados en atribuciones ejecutivas distintas de la igualmente clásica potestad reglamentaria, limitada tal como ha quedado dicho en estas consideraciones.

Ocurre, ya se dijo, que en el caso presente el legislador ocupa la totalidad de la materia reglamentable, excluyendo formal, orgánica y materialmente el oficio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, quien al emplearla mediante el decreto demandado, quebrantó los códigos de procedimiento civil y laboral y, por supuesto, las prescripciones constitucionales vigentes.

Prospera, en consecuencia, la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 de 1989.

3. ***La violación del régimen disciplinario.***

El artículo cuarto del Decreto 2980 de 1989 dice que el incumplimiento de lo allí establecido dará lugar a las sanciones previstas en la ley. El cargo contra él se limita a sostener que el régimen disciplinario de los empleados de la rama jurisdiccional es competencia del congreso y que por lo tanto el Gobierno violentó el artículo 76. Es una norma que ha debido expedirse con apoyo en facultades extraordinarias, cosa que no ocurre con la Ley 38 de 1989. Además el artículo

cuarto desconoce que la Constitución en su artículo 160 confiere la facultad de sancionar a los jueces y magistrados a los respectivos superiores y no al ejecutivo.

No aparece demostrado con los razonamientos anteriores la manifiesta contradicción del acto demandado con la ley o la Constitución porque el artículo cuarto no está imponiendo sanción alguna como sostiene el demandante al invocar el artículo 160 de la Constitución Nacional. El actor, por otra parte, no señala con claridad las normas legales y constitucionales que resultan quebrantadas por ese artículo puesto que afirmar indefinidamente que se ha desconocido el régimen disciplinario de los funcionarios del poder judicial y que esa normativa es competencia del Congreso no tiene relación de congruencia con una simple manifestación como la contenida en la prescripción cuya suspensión se pide. Su texto no tiene más alcance que el definido, precisamente, en el régimen disciplinario, el cual puede ser aplicado, por ejemplo si se desconoce el carácter inembargable de las rentas y recursos incorporados al presupuesto de la Nación. En presencia de esa hipótesis podríamos afirmar que el juez que desatienda tan expresa prohibición legal e insiste en el embargo y el secuestro podría ocasionarle la sanción señalada en la ley.

La suspensión provisional del artículo cuarto no prospera.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

DECIDE:

1o. Admitir la demanda y, en consecuencia:

a) Notifíquese personalmente el presente auto al señor Fiscal Primero de la Corporación.

b) Tiénese como parte del demandante al Sr. CARLOS AUGUSTO PATIÑO BERNAL.

c) Tiénese como parte demandada a la NACION, representada en este proceso por el Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público a quien se le notificará personalmente esta providencia.

2o. Disponer que el demandante deposite la suma de CINCO MIL PESOS ($5.000.) M/L, para pagar los gastos ordinarios del proceso.

3o. Ordenar que este asunto se fije en lista por el término de cinco días, para los efectos del numeral 5) del artículo 207 del C.C.A.

4o. Solicitar al Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público que en un término de quince (15) días, contados a partir del recibo del oficio secretarial pertinente,

envíe los antecedentes administrativos del Decreto 2980 del 20 de diciembre de 1989 expedido por el Gobierno Nacional y refrendado por ese Despacho.

5o. Decretar la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Decreto 2980 del 20 de diciembre de 1989 expedido por el Gobierno Nacional.

6o. Negar la suspensión provisional del artículo 4º del Decreto 2980 del 20 de diciembre de 1989, del Gobierno Nacional.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de la Sección Primera el día veintiuno de junio de mil novecientos noventa.

Pablo J. Cáceres Corrales, Simón Rodríguez Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Salva voto.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

DEMANDA-Requisitos/ **REPRESENTACION DE LAS PARTES/ ACCION DE NULIDAD**-Objeto (Salvamento de voto)

El contenido del mandamiento 137 del Código Contencioso Administrativo es claro en la exigencia que prevé en su numeral 1o.: "Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse ante el Tribunal competente y contendrá la designación de las partes y de sus representantes", proposición jurídico-positiva que deriva la imposibilidad procesal de admitir la demanda que no satisface, como en el caso sub-análisis ese específico contenido, ni habilite al juzgador para sustituir al enjuiciante actor en el exclusivo deber disposicional de indicar o anunciar la persona contra la cual se encamina su derecho de acción en gracia a un expediente de interpretación de la concisión, claridad y precisión del presupuesto legal en la regulación de una conducta procesal, con sujeto, objeto y contenidos inequívocos, excluye, ni la real trascendencia de los objetivos de la acción de nulidad excusa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa (1990).

SALVAMENTO DE VOTO
DEL CONSEJERO DOCTOR RODRIGO VIEIRA PUERTA.

Referencia: Expediente No. 1398. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: CARLOS AUGUSTO PATIÑO B.

Con el debido respeto he de consignar mi discrepancia con el auto proferido el veintisiete de junio del año en curso y por cuyo efecto fue admitida la demanda instaurada por el actor en libelo de cinco de febrero del precitado año, con pretermisión del presupuesto normado por mandato 137 del Estatuto

Procesal Administrativo, numeral 1o., relativo a la imperiosa necesidad de designar a las partes y a sus representantes, para el caso *sub-examine*, la parte demandada como se evidencia del texto demandatorio.

Esa omisión procesal es advertida en el auto admisorio el comento al puntualizar que: "En el escrito mediante el cual se promueve el presente proceso, el actor descuidó la indicación del demandado y su representante pero la Sala, interpretando la demanda a la luz de lo expuesto, concluye...", de las premisas que, como sustentáculo argumental a renglón seguido se exponen los atinentes ellas a la naturaleza del acto demandado que lo es un decreto expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 3 del artículo 120 del Código Político, persona que constituye el Gobierno, con el respectivo ministro, de conformidad con el canon 55 de la Constitución; al origen del acto cuestionado que deriva o indica que el demandado lo es el Estado Colombiano, vale decir, la Nación, en términos del Derecho Internacional Público, el cual por ministerio del artículo 149 del Código Contencioso Administrativo se encuentra "representado 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 entidad que expidió o produjo el hecho", a la naturaleza y origen del decreto enjuiciado, que constituyen datos suficientes para que el juzgador con los poderes de interpretación de la demanda y en consulta de los altos objetivos de la acción de nulidad convoque o llame al proceso, en calidad de demandado a la Nación, representada por el Ministro que refrendó el acto.

Es lo consignado en forma precedente y en síntesis, lo que se aduce como contingente de razones para la vinculación de la Nación como demandada en el proceso. No obstante, y sin dejar de reconocer la incuestionable seriedad de lo así fundamentado, no mundifica, no subsana, no colma el imperativo procesal reglado por la norma, para quien se halla convocado en forma exclusiva, en los diferentes tipos de acciones enjuiciables ante esta jurisdicción, a señalar, a indicar, a llamar a la relación procesal al ente o persona contra quien dirige la demanda que instaura. El contenido del mandamiento 137 del Código Contencioso Administrativo es claro en la exigencia que prevé en su numeral 1o." Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse ante el Tribunal competente y contendrá la designación de las partes y de sus representantes", proposición jurídico-positiva que deriva la imposibilidad procesal de admitir la demanda que no satisface, como en el caso sub-análisis, ese específico contenido, ni habilite al juzgador para sustituir al enjuiciante actor en el exclusivo deber disposicional de indicar, o anunciar la persona contra la cual encamina su derecho de acción en gracia a un expediente de interpretación que la concisión, claridad y precisión del presupuesto legal en la regulación de una conducta procesal, con sujeto, objeto y contenidos inequívocos, excluye, ni la real trascendencia de los objetivos de la acción de nulidad excusa.

En los términos expuestos queda fijada la diferencia con el contenido del auto de la Sección Primera, por el cual, repito, se admitió la demanda en el proceso de la referencia.

Rodrigo Vieira Puerta, **Consejero de Estado.**

Bogotá, D.E., 29 de junio de 1990.

SECCION
SEGUNDA

MINISTERIO DE DEFENSA/ PERSONAL DOCENTE - Régimen aplicable

Los docentes que laboran en la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla" se rigen por las normas de administración de personal aplicables a los empleados civiles del Ministerio de Defensa, que para la fecha de expedición del acto acusado estaban contenidas en el Decreto Extraordinario 610 de 1977. No siendo aplicable al caso de los actores del Decreto 2277 de 1979, el acto acusado no pudo quebrantar alguna de sus normas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá. D.E., abril dos (2) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 224 R. ANULACION. Actor: José Angel Urueta Macia y otros.

Decide la Sala el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Nación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar que declaró la nulidad del acto administrativo que retiró del servicio por supresión del cargo a los demandantes JOSE ANGEL URUETA MACIA y ROBERTO O'BYRNE DORADO y ordenó su reintegro al servicio como profesores en la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla" de Cartagena y el pago de los haberes dejados de percibir.

La sentencia impugnada. En lo pertinente consideró:

"Aparece acreditado que, según certificados del Director de la Escuela Naval Almirante Padilla, visibles a folios 11 y 12, el señor José Angel Urueta Macías fue nombrado como empleado de la Armada Nacional con fecha 6 de diciembre de 1977, en el cargo de Profesor de Física de la Escuela Naval, y fue retirado del

servicio con fecha 1º de junio de 1981, y que el señor Roberto Obyrne Dorado se desempeñó también como Profesor de Física en la Escuela Naval, nombrado con fecha 6 de diciembre de 1971 y retirado del servicio con fecha 1o. de junio de 1981; que conforme certificaciones del Contador de la Escuela Naval, el Profesor Roberto O'byrne Dorado devengó hasta el 31 de mayo de 1981 un sueldo mensual de $24.398.50 y el Profesor José Urueta Macía, hasta la misma fecha, un sueldo mensual de $23.827.oo (folios 13 y 14); que de conformidad con las Resoluciones Números 1929 de fecha 27 de mayo de 1980 y 959 de fecha 6 de mayo de 1980, expedidas por la Junta Seccional de Escalafón de Bolívar, los Licenciados Roberto O'byrne Dorado y José Angel Urueta Macía fueron asimilados en el Escalafón Nacional en los Grados Ocho (8) y Nueve (9), respectivamente (folios 15 y 16), y que, según Oficio No. 0210 de fecha agosto 23 de 1984, el señor Roberto O'byrne Dorado se encuentra "ubicado en el grado diez (10) del Escalafón Nacional Docente, mediante Resolución No. 4929 de mayo 30 de 1983, con especialidad en FISICA Y MATEMATICA", el señor José Angel Urueta Macía "en el grado diez (10) del Escalafón Nacional Docente, mediante Resolución No. 3722 de Marzo 25 de 1982, con especialidad en Matemática y Física", y que revisados los archivos que se llevan en esas oficinas "del antiguo y nuevo Escalafón, se constató que los mencionados docentes, no han sido sancionados" (folio 63).

Igualmente aparece demostrado que mediante Oficio No. 0527 de fecha 10 de abril de 1981, dirigido al Capitán de Navío Director de Personal de la Armada Nacional en Bogotá, suscrito por el Contraalmirante Director de la Escuela Naval "Almirante Padilla" de Cartagena, se solicita adelantar la "gestión correspondiente dirigida al retiro por supresión del cargo, de los empleados oficiales EJPF URUETA MACIAS JOSE ANGEL y EASPF O'BYRNE DORADO ROBERTO quienes se están desempeñando como profesores en el área de Física", y dar la "autorización para el trámite de la documentación que permita ocupar las vacantes, con profesionales del área de electricidad o electrónica", y expresa que dicha solicitud se fundamenta en las siguientes razones:

"a) La estructuración de los planes académicos para un período de formación de 3-1/2 años (desaceleración) presenta por intensidad de clases y redistribución de materias, una menor exigencia en el aspecto cuantitativo profesoral, específicamente en el área de Física, la cual es posible atender con el resto de profesores mediante la asignación promedio de carga académica de 15 horas semanales.

b) En la actualidad el área de electricidad y electrónica se encuentra deficitaria de profesorado por cuanto en 1980 se retiró del servicio activo el Sr. TFLI (r) Natalio Pérez (Ingeniero Electrónico) sin haber sido reemplazado y en el presente mes saldrá retirado de la Institución por solicitud propia, el Sr. TFLI Alejandro Pinto (Ingeniero Electricista) quien seguramente no será reemplazado por otro oficial de esa especialidad, dada la escasez de personal.

c) Se considera que el área de electricidad y electrónica es muy importante y no se debe desatender. Justamente cuando el plan de desarrollo de la Institución conlleva a mayores exigencias en esta especialidad.

La fecha que se ha visto como más acertada para producir las novedades solicitadas, es la del 1º de julio de 1981" (folios 7 y 8 y 68 y 69).

Y mediante Resolución Número 1553 de fecha 2 de junio de 1981 se dispuso en su artículo 2º retirar del servicio, por "supresión del cargo", de conformidad con el artículo 22, literal g) del Decreto 610 de 1977, al Especialista Jefe Profesor José Angel Urueta Macía y al Especialista Jefe Profesor Roberto O'byrne Dorado, de la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla" (folio 10), o sea que el retiro tuvo lugar el día 2 y no el 1º de junio de 1981.

De todo lo anterior aparece que los actores fueron retirados del servicio por supresión de los cargos docentes que ellos desempeñaban en la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla", y que cuando se produjo dicho retiro por el acto acusado ellos se encontraban inscritos como educadores en el Escalafón Nacional en los Grados a que se refieren las Resoluciones respectivas.

De conformidad con las disposiciones del Decreto Ley Número 2277 de 1979 señaladas por la demanda, aplicable a los que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades, que integran el sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales, los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal son empleados oficiales de régimen especial que, un vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en dicho Decreto; la carrera docente les garantiza la estabilidad en el empleo; gozarán de los derechos y garantías de la carrera docente los educadores oficiales que estén inscritos en el Escalafón Docente, sean designados para un cargo docente en propiedad y tomen posesión del mismo (Artículos 1º, 3º, 26 y 27). De acuerdo con el artículo 28, el educador escalafonado al servicio oficial no podrá ser suspendido o destituido del cargo, sin antes haber sido suspendido o excluido del escalafón, ningún educador podrá ser aplazado, suspendido o excluido del escalafón sino por ineficiencia profesional o mala conducta comprobadas, en los términos establecidos en el Capítulo V, con las excepciones contempladas en los artículos 29 y 30, y de conformidad con el artículo 31 del citado Decreto tiene derecho a permanecer en el servicio mientras no haya sido excluido del escalafón o no haya alcanzado la edad de sesenta y cinco (65) años para su retiro forzoso.

En el presente caso, los actores fueron removidos de sus cargos sin antes haber sido excluídos del escalafón, y por tanto el acto acusado es violatorio de las referidas normas legales.

La Resolución acusada fundamenta el retiro del servicio de los demandantes en el artículo 22, literal g) del Decreto 610 de 1977. Esta norma señala como una

de las causales de la cesación definitiva de funciones de los empleados públicos del Ministerio de Defensa la supresión del cargo, pero como en este caso se trata de educadores inscritos en el Escalafón Nacional están amparados por la estabilidad relativa en los empleos que les garantiza la carrera docente, lo que impedía su remoción en la forma en que se produjo.

De manera que estando asistida de razón la demanda habrá de accederse a lo pedido".

Los cargos formulados. Se plantearon así:

"3o. Cargos contra la sentencia.

Me permito impugnar la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Bolívar, de 28 de octubre de 1985, por medio de la cual resolvió las pretensiones de la parte actora en el juicio promovido contra la Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

La sentencia cuya nulidad se solicita, viola en forma directa la ley sustantiva, Decreto Ley No. 610 de 1977, por falta de aplicación. Esta norma contentiva del estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, dejó de aplicarse en su integridad, violándose sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 9º, 10, 11, y 22; al resolverse las pretensiones de la demanda con base en el Decreto Ley 2277 de 1979. Me permito formular los siguientes cargos.

Cargo Primero

La sentencia impugnada hizo caso omiso al Decreto Ley 610 de 1977 que rige la relación laboral de los empleados al servicio del Ministerio de Defensa, el cual señala en su artículo 1º, que el citado estatuto regula la administración de este personal. Esta norma que ha debido aplicarse en forma exclusiva, y que la sentencia omite al considerar el fallador que el estatuto aplicable a los accionantes era el Decreto Ley 2277 de 1979, por tratarse de profesores inscritos en el Escalafón Nacional Docente, no tuvo en cuenta que los demandantes eran empleados del Ministerio de Defensa, nombrados por éste, en las categorías que trae el Decreto Ley 610, que percibían el sueldo y primas que corresponden al personal civil del Ministerio, y no empleados cuya autoridad nominadora hubiese sido el Ministerio de Educación, la Secretaría de Educación del Departamento o la correspondiente de la ciudad de Cartagena.

Se aplicó así una norma que rige el ejercicio de la profesión docente dentro del Sistema Educativo Nacional, y que obviamente cobija a todo educador cuando su desempeño se cumple en establecimientos educativos oficiales bajo la jurisdicción de determinada autoridad educativa que lo nombra. Pero que obviamente también, no puede aplicarse, cuando su vinculación es con entidades, que como el Ministerio de Defensa, que no es autoridad educativa, tiene un régimen especial para el civil que se vincula como empleado y sin que se deje de aplicar por perte-

necer a la carrera administrativa, a la carrera diplomática o la carrera docente. Quien se vincula al Ministerio de Defensa como empleado se rige por las normas que el legislador ha expedido para este personal, y no se puede argumentar que su condición de escalafonado le da derechos especiales en cuanto a su permanencia y su situación de retiro, por que de ser así estaríamos frente a la aplicación de dos normas de igual categoría, que se aplicarían en forma fragmentaria según las conveniencias del titular.

El Decreto Ley 2277 de 1979 expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 8a. de 1979, adoptó normas sobre el ejercicio de la profesión docente y al definir en el artículo 1º ésta, establece el "régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional. ..."

Cargo Segundo

Viola también la sentencia el artículo 2º del Decreto Ley 610 de 1977, al no tener en cuenta que los accionantes como personas naturales prestando sus servicios en el Ministerio de Defensa, comprendiendo dentro de éste, el Despacho del Ministro, la Secretaría General, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, integran el personal civil. Si la persona natural que presta servicios al Ministerio de Defensa integra el personal de ésta, mal puede considerarse, como lo entendió la sentencia al resolver favorablemente las peticiones de la demanda, que al docente escalafonado que trabaja con el Ministerio, no se le puede aplicar el estatuto propio de los empleados del Ministerio de Defensa por el hecho de estar inscrito en el escalafón docente, pues si así fuera, no serían empleados del Ministerio, sino del sector docente, nombrados como atrás se anotó por el Ministerio del ramo, la Secretaría de Educación respectiva, o la entidad educativa competente.

Cargo Tercero

El artículo 3º de la norma en cita, también resulta violado por la sentencia impugnada, al desconocer que los accionantes se encontraban clasificados en una de las dos categorías en que se clasifica el personal civil del Ministerio: empleados públicos y trabajadores oficiales. Está probado en el proceso que los accionantes eran empleados públicos del Ministerio de Defensa.

Cargo Cuarto

También viola la sentencia el artículo 4º del tantas veces citado Decreto Ley 610 de 1977, pues desconoce la definición que trae el artículo en mención de empleados públicos. Conforme a la misma, se denomina empleado público del Ministerio de Defensa a la persona natural a quien legalmente se le nombra para desempeñar un cargo previsto en las respectivas plantas de personal del Ministerio de Defensa, de la Fuerzas Militares o de la Policía Nacional y toma posesión del

mismo. Los profesores Urueta Macías y O'byrne Dorado, eran empleados del Ministerio así se desempeñaran como profesores y estuvieran inscritos en el escalafón docente, ya que habían sido nombrados por un acto administrativo del Ministerio de Defensa, atendiendo las plantas de personal de las Fuerzas Militares-Armada Nacional y no de ningún establecimiento educativo. La autoridad nominadora en este caso, fue el Ministerio de Defensa, y por lo mismo la sentencia al no tener en cuenta el Decreto Ley 610 de 1977, desconoció el carácter de empleados públicos del Ministerio, de los accionantes, por lo que violó en forma expresa esta norma.

Cargo Quinto

Igualmente se violaron los artículos 9º, 10º, y 11º, porque se desconoció la clasificación que trae el Decreto Ley 610 de 1977, de los empleados Públicos del Ministerio. La primera de estas normas los clasifica:

a) Especialistas, b) Adjuntos y c) Auxiliares. La segunda divide a los especialistas en: Especialistas del Primer Grupo, clasificándolos en a) Especialista Asesor Primero, b) Especialista Asesor Segundo y c) Especialista (sic) Jefe, agregando la misma norma de considerarlos con categoría oficial para los fines contemplados en el Código de Justicia Penal Militar. La sentencia impugnada desconoce que los profesores Urueta Macía y O'byrne Dorado estaban clasificados dentro de las categorías de los empleados públicos del Ministerio, concretamente como especialistas del primer grupo en la categoría de Especialistas Jefes, así esta demostrado en el proceso, y no clasificados dentro de los grados que determina el Escalafón Nacional Docente en el Decreto 2277 de 1979. Por lo mismo la remuneración percibida no era la señalada para el personal docente por el Ministerio de Educación, y no de acuerdo al grado en el Escalafón, sino la fijada por la norma que determina los sueldos en las distintas categorías del personal civil del Ministerio, que para el caso *sub-lite* era el de Especialista Jefe.

Cargo Sexto

Creemos que la situación administrativa de los accionantes no cambiaba por el hecho de estar escalafonados, pues su situación no era otra que la de empleados públicos del Ministerio de Defensa. Si los actores ingresaron, ascendieron y fueron promovidos dentro de las condiciones del Decreto Ley 610 de 1977, con régimen salarial, prestacional y de seguridad allí previsto, podía la administración retirarlos, presentando (sic) el caso, aplicando la causal correspondiente prevista en el estatuto, que en el caso sub-lite fue el de supresión del cargo, conforme al literal g) del artículo 22 del citado Decreto, y no omitirse su aplicación, al considerar la sentencia a nuestro entender en forma equivocada, que la situación de los accionantes estaba regulada por el Decreto Ley 2277 de 1979. Al no aceptarse la aplicación del Decreto Ley 610, que fue lo que ocurrió en la sentencia al desatar las pretensiones de la demanda, sería tanto como manifestar que para efecto de estabilidad se regía por las normas docentes y que en lo demás se regía por el estatuto

del personal civil del Ministerio. Han dicho reiteradamente los Tribunales de lo Contencioso, que las normas se aplican en su integridad, que no es posible aplicar la inescindibilidad de los cuerpos normativos, los que deben siempre conservar su integridad, no sólo en su articulado sino en cuanto a sus fines. Estando sujetos a las normas del Decreto Ley 610 de 1977, su escalafón queda incólume".

El Ministerio Público rindió concepto negativo a la prosperidad del recurso porque:

"1. Se desarrolla el concepto de violación como un alegato de instancia apoyado en consideraciones fácticas y probatorias; y

"2. Se omite el requisito de expresar la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva, como lo exige el artículo 199-3 del Código Contencioso Administrativo".

A su turno la parte demandante se opone a los cargos formulados con fundamento en que las normas aplicables a los docentes aunque trabajen para el Ministerio de Defensa, lo es el Decreto 2277 de 1979.

Además, argumenta que de conformidad con el artículo 2º de la Ley 153 de 1887 la ley posterior prevalece sobre la anterior, por lo cual el Decreto 2277 de 1979 prevalece sobre el 610 de 1977.

Transcribe el artículo 3º de la Ley 153 mencionada y prosigue, en lo pertinente así:

"No existe en nuestro derecho positivo vigente, ninguna norma que prohíba aplicar el Estatuto Docente a los educadores que presten servicios docentes en el Ministerio de Defensa Nacional.

El Decreto 610 de 1977, es aplicable a los educadores que presten sus servicios docentes en el Ministerio de Defensa Nacional, en todo aquello que no vulnere los derechos que el Estatuto Docente les concede en su calidad de educadores. Inclusive la asignación básica no puede ser inferior a la que determina la ley para el personal docente, según su grado en el respectivo Escalafón Docente".

Más adelante, en el memorial de folios 121 a 123, alega:

"Para hacer claridad sobre los aspectos planteados por la parte demandada, en anulación extraordinaria es menester precisar el texto del artículo 1º del Decreto 610 de 1977, que a la letra reza:

"APLICABILIDAD. El presente Decreto regula la administración del personal civil que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional".

Los demandantes como profesionales docentes, prestaron sus servicios en la Escuela Naval de Cadetes "ALMIRANTE PADILLA" entidad docente adscrita al Ministerio de Defensa Nacional.

Según lo establecido en el artículo 2º del Decreto 610 de 1977, las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta, adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa no tienen la condición de personal civil del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional, y se regirán por las normas orgánicas y estatutarias de cada organismo.

De otra parte surge al rompe, de (sic) que el Decreto 610 de 1977, en manera alguna regula la administración del personal civil docente que presta sus servicios en el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional".

Y finaliza, ese memorial, reiterando los criterios expuestos sobre la aplicación preferencial del Decreto 2277 de 1979 al caso de los demandantes.

Posteriormente, en el memorial de folios 127-128 la misma parte demandante, alega que como el Decreto Extraordinario 610 de 1977 fue derogado expresamente el 11 de septiembre de 1984, por el Decreto también extraordinario 2247 de ese año, cuando se interpuso el recurso extraordinario dicho Decreto había dejado de tener vigencia, por lo cual se "concretó una FALTA ABSOLUTA DE CAUSAL DE ANULACION" por sustracción de materia "en los términos y circunstancias previstas en el artículo 197 del Decreto 01 de 1984".

Llegado el momento de dictar sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. En los cargos primero, segundo, cuarto y sexto se afirma la violación de los artículos 1º, 2º, 4º, y 22, literal g) del Decreto Extraordinario 610 de 1977, en los términos que se transcribieron anteriormente.

Teniendo en cuenta que los demandantes José Angel Urueta Macía y Roberto O'byrne Dorado venían desempeñándose en el cargo de Especialista Jefe Profesor en la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla" de la Armada Nacional, la Sala encuentra demostrados los cargos aludidos, por cuanto el fallado aplicó indebidamente el Decreto Extraordinario 2277 de 1979 e hizo caso omiso de la preceptiva establecida por el legislador en el Decreto Extraordinario 610 de 1977 para regular casos como el presente.

En efecto el Tribunal Administrativo de Bolívar al decidir sobre las pretensiones de la demanda, sin mayores consideraciones procedió a dar por sentado que

la situación *sub-judice* estaba regida por el Decreto 2277 de 1979, sin tener en cuenta cuál es su ámbito de aplicación.

Ahora bien, la Sala estima:

Que el referido Decreto 2277 en su artículo 1º, limita su aplicabilidad a "...las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional..." excluído el nivel superior, de donde se infiere que no regula "las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente" por fuera del Sistema Educativo Nacional.

La Sala no considera necesario entrar a determinar si el régimen contenido en el Decreto 2277 es aplicable a todas las personas que ejercen la profesión docente en el sector oficial del Sistema Educativo Nacional; a su juicio, para el caso es suficiente precisar si la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla" hace o no parte de dicho Sistema.

Para ella la respuesta es necesariamente negativa por cuanto el Decreto Extraordinario 88 de 1976, vigente para la época. "por el cual se reestructura el sistema educativo y se reorganiza el Ministerio de Educación Nacional", bajo el título "Del sector educativo nacional", dijo que "El sector educativo de la Nación estará constituido por el Ministerio de Educación Nacional -del cual hacen parte los planteles oficiales de educación que fueron nacionalizados por la Ley 43 de 1975 y cuya administración fue descentralizada, sin desvincularlos de dicho Ministerio, por el Decreto Extraordinario 102 de 1976- y por los siguientes establecimientos públicos que le están adscritos...". De donde se infiere que el Sistema Educativo Nacional está conformado por dos sectores: de una parte, por el sector privado, (cuyos docentes, de los niveles preescolar, básico primario, básico secundario y medio están regidos por el Decreto 2277 en cuanto a "escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones, y "en los demás aspectos del ejercicio de la profesión" por el Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según las voces del artículo 4º *ibídem*); y de la otra, el denominado por la ley "Sector educativo de la Nación", conformado por el Ministerio de Educación Nacional y sus establecimientos públicos que le están adscritos, dentro de los cuales no se encuentra la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla", por dos razones fundamentales: no es un establecimiento público y no era ni es una dependencia del Ministerio de Educación sino del de Defensa Nacional según el artículo 23 del Decreto Extraordinario 2335/71. En consecuencia, los docentes que laboran en dicha Escuela se rigen por las normas de administración de personal aplicables a los empleados civiles del Ministerio de Defensa, que para la fecha de expedición del acto acusado estaban contenidas en el Decreto Extraordinario 610 de 1977.

Entonces, la conclusión de la sentencia impugnada que aplicó el Decreto 2277 de 1979, es violatoria del régimen de retiro del servicio establecido para dichos

funcionarios en el artículo 22, literal g) del Decreto 610 mencionado, por lo cual la Sala anulará dicho proveído.

2. Respecto de la primera objeción que plantea el Ministerio Público observa la Sala que en relación con los cargos primero, segundo, cuarto y sexto, no le asiste razón.

Aunque es evidente que en tales cargos la violación de las normas del Decreto 610 de 1977 se apoya en aspectos de hecho, ello no significa que la transgresión no sea la directa que exige el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, en tanto que todos ellos los dio por establecidos la sentencia impugnada, lo cual significa que la censura *se identifica fácticamente* con el proveído que impugna.

Los fundamentos de hecho que no son de recibo en la violación directa son diferentes de los que haya dado por acreditados el juzgador y para cuya identificación, consecuentemente se requiere estudiar el material probatorio. En este caso, basta la lectura tanto de las consideraciones transcritas de la sentencia impugnada como de los cargos aludidos para verificar que el asunto es de puro derecho, debido a que en estos no se cuestiona alguno de los hechos que aquella dio por demostrados.

Además, solo en los cargos tercero y quinto la argumentación demostrativa hace referencia a las pruebas, pero, ello no impide el estudio de los demás y su prosperidad como ya se vio.

3. En lo atinente a la segunda objeción del Ministerio Público, a juicio de la Sala el recurso sí expresa la incidencia de la violación de las normas, cuando se planteó:

"La sentencia cuya nulidad se solicita, viola en forma directa la ley sustantiva, Decreto Ley No. 610 de 1977, por falta de aplicación. Esta norma, contentiva del estatuto de personal civil del Ministerio de Defensa Nacional, dejó de aplicarse en su integridad, violándose sus artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 9º, 10º, 11º, y 22º; al resolverse las pretensiones de la demanda con base en el Decreto Ley 2277 de 1979".

4. Los argumentos expuestos por la parte demandante no son útiles para impedir la prosperidad del recurso, en virtud de que:

a) El Decreto 2277 de 1979 aunque es posterior al 610 de 1977 no pudo derogarlo, debido a que están destinados para situaciones diferentes. El primero para los docentes del Sistema Educativo Nacional y el segundo para los empleados civiles al servicio del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional.

b) La aplicabilidad de una norma no depende de que el legislador no la prohíba, sino de que en verdad sea la encargada de regir la respectiva situación de hecho supuesta en ella.

c) La Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla" de la Armada Nacional es una dependencia del Ministerio de Defensa Nacional, cuyo personal civil se regía para la época por el Decreto Extraordinario 610 de 1977; en consecuencia, no es cierto que dicho personal se regía por las normas aplicables a las entidades descentralizadas del sector defensa, como tampoco lo es que dicha Escuela sea uno de los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, como se desprende del Decreto 2335 de 1971, cuyo artículo 5º los enuncia.

d) Pese a que una norma legal sea derogada por otra posterior, ello no genera que las situaciones que se hayan consumado o definido bajo su vigencia dejen de estar reguladas por la norma derogada. Lo contrario conduciría al absurdo consistente en que como la norma posterior, que sería la única vigente según el demandante, no podría aplicarse retroactivamente a las situaciones que se rigieron por la derogada, no habría precepto aplicable a éstas.

5. La sentencia que sustituye a la anulada.

Los señores JOSE ANGEL URUETA MACIA y ROBERTO O'BYRNE DORADO, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar en la cual pretenden se declare la nulidad de la Resolución 1554 del 2 de junio de 1981 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, que los retiró del servicio como Especialista Jefe Profesor de la Escuela Naval de Cadetes "Almirante Padilla", por supresión del cargo y se ordene su reintegro y el pago de los haberes dejados de percibir.

En los hechos de la demanda relatan que venían prestando sus servicios en el cargo aludido, que se encontraban inscritos en el escalafón docente, que devengaban, respectivamente, $23.827.50 y $24.397.50 mensuales y que fueron retirados del servicio "sin tener en cuenta el régimen especial a que estaban sometidos como docentes...".

Como disposiciones violadas se indicaron los artículos 1º, 3º, 26 a 28 y 31 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979, cuyo concepto de violación se hace consistir en que el funcionario que expidió el acto acusado ignoró su contenido, que fue resumido por el Tribunal Administrativo de Bolívar según quedó transcrito anteriormente.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

No acierta el libelo demandatorio al considerar que el vínculo jurídico de servicio que unía a los actores con la administración se regía por el Decreto 2277 de 1979, pues, como ya se dijo, éste se aplica a los docentes del Sistema Educativo Nacional, que comprende, a términos de su artículo 5º, niveles educativos diferentes de los de capacitación militar o policial como son los de las distintas escuelas

Superior de Guerra, de Cadetes, de Suboficiales y Agentes con que cuentan las Fuerzas Armadas.

Por la misma razón los demandantes no hacían parte de las plantas de personal a que se refiere el artículo 6º del mismo Decreto, reglamentado por el 172 de 1981, sino de la respectiva de la Armada Nacional y consecuentemente tenían la calidad de civiles del Ministerio de Defensa Nacional, cuya administración de personal se gobierna, para este caso, por el Decreto 610 de 1977.

No siendo, pues, aplicable al caso de los actores el Decreto 2277 de 1979, el acto acusado no pudo quebrantar alguna de sus normas, por lo que la Sala negará la nulidad impetrada y las demás pretensiones derivadas de ella.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

ANULASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 28 de octubre de 1985 en el proceso promovido por JOSE ANGEL URUETA MACIA y ROBERTO O'BYRNE DORADO y, en su lugar, se dispone:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previa la entrega a la parte demandada del título de depósito judicial del folio 107.

Se aprobó en la sesión de marzo del año en curso.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Ausente.

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

INSUBSISTENCIA/ DESVIACION DE PODER/ REINTEGRO/ INSFOPAL - Liquidación/ **DERECHO DE PREFERENCIA/ DERECHO SINDICAL**

El derecho de sindicalización, en sus distintas facetas y concepciones, inclusive de personas cuyo vínculo se ha establecido con una entidad de derecho público y aunque sea de naturaleza legal y reglamentaria, ha sido reconocido además, por normatividades de orden sustantivo, si bien haya rodeado a estas últimas de algunas restricciones en beneficio de la necesaria continuidad del servicio.

La separación del verdadero fin que tiene en sí la facultad discrecional constituye una cabal desviación de poder, dado que con una apariencia del legalidad, se propuso y llevó a cabo un fin ilícito.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., tres (3) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 483 (11.032). AUTORIDADES NACIONALES. (Reconstrucción D.E., 3825/1985). Actor: Segismundo Elías Ceballos.

Habiéndose tenido por reconstruido el proceso que tuvo origen en la demanda incoada, a través de apoderado judicial, por el señor Segismundo Elías Ceballos, a causa de su destrucción a raíz de los acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá (folio 5) y habiéndose dado el trámite correspondiente señalado en las leyes sobre la materia, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fecha doce (12) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) que dictase en el mismo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera en forma denegatoria de las peticiones del libelista.

Las peticiones en cuestión, comprensivas en la acción de plena jurisdicción, hoy "de restablecimiento del derecho" (artículo 67, Ley 167 de 1941; artículo 65 C.C.A. vigente por Decreto Ley 1 de 1984), solicitaban la declaratoria de nulidad de la resolución No. 667 de 1981 -15 de septiembre-, expedida por el director general del Instituto Nacional de Fomento Municipal, relacionada con la insubsistencia del nombramiento del señor Segismundo Elías Ceballos respecto al cargo de "Oficinista II, categoría 05, de la Sección de Registro y control de Personal, de la División de Personal, dependiente de la Subdirección Administrativa", y que, como consecuencia de ello, se ordene su reintegro al dicho empleo y el pago de "todos los sueldos y prestaciones sociales, con los aumentos legales dejados de percibir entre el retiro y el reintegro, declarándose que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la relación laboral".

I. DE LAS MOTIVACIONES DEL FALLO RECURRIDO.

Sostiénese en los párrafos de la providencia impugnada:

"Debe decirse en el presente proceso sobre la legalidad de la Resolución No. 0667 proferida por el Instituto de Fomento Municipal el 15 de septiembre de 1981, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS del cargo de Oficinista II, categoría 05 de la Sección de Registro y Control de Personal dependiente de la Subdirección Administrativa.

"Funda su ataque el acto acusado en la afirmación de ser éste la culminación de una sistemática persecución sindical, pues el actor afirma que era directivo del Sindicato de Trabajadores de insfopal.

"La distinguida Fiscal 5ª. del Tribunal en su concepto que la Sala comparte y que se transcribe como parte motiva de esta providencia se expresa como sigue:

"Del haz probatorio recaudado formalmente se deduce, que el actor tenía con la entidad nominadora vinculación legal y reglamentaria, valga decir, era funcionario público; de otra parte hay que denotar que no existe constancia procesal alguna que permite inferir que el actor estaba amparado por estabilidad laboral derivada de escalafón en carrera administrativa u otro fuero especial, por lo cual hay que aceptar que era funcionario público de libre nombramiento y remoción, valga decir, que la entidad nominadora estaba autorizada para ejercer la facultad discrecional, o sea para declarar en cualquier tiempo, la insubsistencia de su nombramiento en el cargo, sin tener que motivar la providencia y resumiéndose las razones de buen servicio (artículo 26 Decreto 2400 de 1968).

"Dentro del desarrollo procesal, se pretende desvirtuar esa presunción de legalidad que ampara los actos administrativos, argumentando que,

la declaratoria de insubsistencia del actor no obedeció a razones de buen servicio, sino a una fuerte persecución de carácter sindical desatada por el entonces Director de la entidad, para efectos de fundamentar esa aseveración se allegaron a los autos los nombres, fechas y declaratorias de insubsistencia de algunos funcionarios del "INSFOPAL" quienes ostentaban calidad de sindicalizados.

"Sin embargo, del análisis detenido del haz probatorio recaudado no puede concluirse en forma inequívoca, que la remoción del actor obedeciera a persecución de orden sindical, además de que todas las constancias indican que la declaratoria de insubsistencia obedeció a razones de buen servicio.

"No puede tampoco olvidarse, que el momento de su remoción el actor era un típico funcionario de libre nombramiento y remoción, ya que no existe constancia alguna que demuestre lo contrario, o sea que la facultad discrecional le era plenamente aplicable, habida cuenta de que la calidad de directivo sindical a que alude el libelo, no puede ostentarla un funcionario público, además de que no se demostró que el actor lo fuere.

"En resumen hay que concluir, que no se desvirtuó el principio de legalidad que cobija los actos administrativos y, consecuencialmente, las pretensiones de la demanda no pueden prosperar." (folios 5 a 6).

II. DE LOS HECHOS Y DE LAS DISPOSICIONES VIOLADAS, SEGUN LA DEMANDA

Dicen a la letra:

"1. Previos los requisitos legales y de Nombramiento, Aceptación y Posesión, SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS laboró al servicio del INSFOPAL, desde el 23 de abril de 1979 hasta el 15 de septiembre de 1981.

"2. Mediante la Resolución No. 0667 de 15 de septiembre de 1981, originaria del Director General del INSFOPAL, se declaró insubsistente el Nombramiento hecho a SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS como "oficinista II, Categoría 05, de la Sección de Registro y Control de Personal, de la División de Personal, dependiente de la Subdirección Administrativa" en las Oficinas del Instituto, en el C.A.N. de esta ciudad de Bogotá, D.E.

"3. En el momento del retiro SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS devengaba una asignación de $12.000.oo.

"4. SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS desde tiempo atrás y para la fecha en que se declaró insubsistente su Nombramiento, tenía la calidad de VICEPRESIDENTE de la Junta Directiva Nacional del SINDICATO DE TRABAJADORES DE INSFOPAL y como tal ejercía la repre-

sentación Sindical de los Trabajadores en la Reclamación de sus Derechos ante las Directivas del Instituto.

"5. La Dirección General del INSFOPAL planeó y ejecutó política ANTISINDICAL, tendiente a la REPRESION de la actividad que autónomamente desarrollaba la Organización Sindical, aún contrariando personales y subjetivos criterios Patronales de la Dirección General del Instituto.

"6. En efecto, mediante la Resolución No. 0491 de 17 de julio de 1981, declaró insubsistentes, pagándose la Indemnización Convencional, a los integrantes de la COMISION DE RECLAMOS del SINDICATO: MYRIAM MAYORCA CASTILLA y ADOLFO MENDOZA PRETEL.

"7. Mediante las Resoluciones números 0666 y 0667 de septiembre 15 de 1981, declaró insubsistentes a SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS y ALVARO GARCIA MOSCOTE, Vicepresidente y Secretario de la Junta Directiva Nacional del Sindicato de Trabajadores de Insfopal.

"8. Mediante la resolución número 0684 del 18 de septiembre de 1981, declaró insubsistente a YOLANDA VIVERO DE SANCHEZ, activista Sindical.

"9. Mediante la Resolución número 0756 de 21 de octubre de 1981 se declaró insubsistente el Nombramiento de JESUS ANTONIO MORON MOSCOTE, nuevo miembro de la COMISION DE RECLAMOS Sindical.

"10. Mediante la Resolución número 0761 de 22 de octubre de 1981, se declaró insubsistente el Nombramiento de HUGO LALLEMAN BAUTE, el otro nuevo Miembro de la COMISION DE RECLAMOS Sindical.

"11. SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS durante el tiempo en que laboró al servicio del INSFOPAL, lo hizo dentro de la más alta eficiencia, responsabilidad y cumplimiento de sus Obligaciones.

"12. La Declaratoria de insubsistencia de SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS, no tuvo como Causa el Buen Servicio, sino que se desvió hacia la represión por motivos Antisindicales de la Dirección General del Instituto".

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

"Se citan como normas violadas de la Constitución Nacional: Artículos 16, 17, 26, 30, 44 y 52 de la Constitución Nacional; Artículos 1º, 11 a 14, 26 y 61 del Decreto 2400 de 1968; Artículos 1º, 130 a 167 del Decreto 1950 de 1973; Artículos 12, 353, 373, 374, 390 y 414 del Código Sustantivo del Trabajo; Leyes 26 y 27 de 1977 (convenios 87 y 98 de la O.I.T.)" (folios de 2 a 4).

III. ALEGATO DE CONCLUSION DE LA PARTE ACTORA

Con el fin o propósito de debatir las argumentaciones del *a-quo*, es decir, que no ha surgido de las pruebas de la desviación de poder como causal de nulidad del acto demandado, el mandante del demandado plantea a grandes rasgos:

"*CONDICION DE DIRECTIVO SINDICAL Y PERSECUCION:*

"El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, certificó (folios 134-150) sobre la calidad del Demandante como integrantes de la Junta Directiva Nacional del SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO NACIONAL DE FOMENTO MUNICIPAL.

"Así lo certificó igualmente el Sindicato (folio 37) y lo reconoce el Director General del INSFOPAL. (folio 48 Literal b).

" *DESPIDO MASIVO DE DIRECTIVOS Y REPRESENTANTES SINDICALES:*

"No se trató solamente de la Declaratoria de Insubsistencia del Demandante, como Directivo Sindical, sino también del Secretario General ALVARO GARCIA y de los Miembros de la Comisión Nacional de Reclamos del Sindicato: MYRIAM MAYORCA y ADOLFO MENDOZA, tal como consta a folios 42, 43, 44, 45 y 46/7.

"Masivamente se Despidió a Directivos y Representantes Sindicales.

"Por ello, la Certificación Sindical de que:

"Las circunstancias que ocasionaron la Declaratoria de Insubsistencia... se debe única y exclusivamente a la Persecución Sindical." (folio 37).

"*DESPIDOS MASIVOS Y PERSECUCION SINDICAL: LOS TESTIMONIOS:*

"...a raíz de estos hechos, el Director de INSFOPAL desató una persecución Sindical iniciando con ello unas investigaciones contra los promotores de dichas protestas, lo que consideró, originó el Despido del Compañero Segismundo, así como también el de los compañeros ALVARO GARCIA Secretario de la Organización Sindical, HUGO LALLEMAN, JESUS A. MORON, ADOLFO MENDOZA y MYRIAM MAYORCA, éstos últimos de la Comisión de Reclamos."(f.61 Francisco Sánchez Chaid).

"Días más tarde, ante el evento de una nueva elección de Junta Directiva fueron despedidos los miembros de la organización Sindical SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS, ALVARO GARCIA Secretario General y los Compañeros ADOLFO MENDOZA, JESUS MORON y HUGO

LALLEMAN, éstos como miembros de la Comisión de Reclamos..." (f.63, Alvaro García).

"Aproximadamente a finales del mes de julio comienzan los Despidos en el Instituto en donde aparecían todos como Miembros activos del Sindicato, como en el caso de ADOLFO MENDOZA y MYRIAM MAYORCA, quienes hacían parte en esa oportunidad de la Comisión de Quejas y Reclamos continuando más abierta y terminantemente las persecuciones a los Sindicalizados, fue así como en el mes de septiembre, el día en que se iba a elegir nueva Directiva del Sindicato, *en las horas de la mañana* le comunican a SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS y ALVARO GARCIA M. que habían sido declarados insubsistentes.

"Tanto Segismundo como Alvaro estaban integrando nuevamente la lista para ser reelegidos..." (f.66 Jesús A. Morón.)

"APARIENCIA Y REALIDAD: DESVIACION DE PODER:

"Formal y aparentemente el Acto aparece como motivado por el ejercicio de la Facultad Discrecional de Remoción.

"Real y Procesalmente está demostrado por los Testimonios, los antecedentes, la condición Directiva Sindical del Actor y el Despido Masivo de Directivos y Representantes Sindicales, que motivó fue la represión al ejercicio del Derecho de Asociación Sindical. Desviándose el Poder hacia el ejercicio de la atribución Sancionadora de actividades tuteladas Constitucional (artículo 44 y Legalmente (CST artículos 12 y 353/414).

***"ANALOGIA Y PROTECCION A LOS DIRECTIVOS SINDICALES*:**

"A más de la Desviación de Poder referida, advertimos que los Representantes Sindicales de los Sindicatos de Empleados Públicos, si bien no gozan del Fuero Sindical, si están protegidos legalmente frente al Despido.

"En efecto, conforme al Principio de la Aplicación Analógica prevista en el Código Sustantivo de Trabajo (artículo 19).

"Cuando no haya norma exactamente aplicable al caso controvertido, se aplican los Convenios y Recomendaciones adoptados por la Organización y las Conferencias Internacionales del Trabajo... todo dentro de un espíritu de Equidad."

"Y el CONVENIO número 135 de 1971 "Relativo a la protección y facilidades que debe otorgarse a los representantes de los Trabajadores en la Empresa", preceptúa:

"Los Representantes de los Trabajadores en la empresa, deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido

el despido por razón de su condición de Representantes de los Trabajadores, de sus actividades como tales de la participación en la actividad Sindical..." (artículo 1º).

"Por EQUIDAD debe entenderse, que el Derecho de Asociación como enunciado es insuficiente, si los Representantes de los Asociados no gozan de protección que efectivice la posibilidad real del ejercicio de la actividad Sindical.

"Y por EQUIDAD, ha de apreciarse que de la misma manera como los Representantes Sindicales de los Trabajadores Particulares y Oficiales, gozan legalmente del Fuero Sindical como garantía amplia, así mismo, por haber la misma razón, debe aplicarse Supletoriamente, la norma internacional que conceda alguna protección a los Representantes Sindicales de los Empleados Públicos, igualmente beneficiarios del mismo Derecho de Asociación Sindical.

"*EL BUEN SERVICIO:*

"Adviértase finalmente, que la Hoja de Servicios de mi Mandante es impecable desde el punto de vista de eficiencia y capacidad Laboral en el Buen Servicio, y que la única sanción se deriva del ejercicio de actividades Sindicales. (folios 76 y 77).

"Por las anteriores Consideraciones, respetuosamente solicito se REVOQUE la Sentencia Apelada y en su lugar, se Acceda a las Pretensiones de la Demanda." (folios 20 a 21).

IV. DEL ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Expresa lo que a continuación se transcribe:

"El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en apartes de las consideraciones de su fallo, en absoluto acuerdo con el concepto fiscal, con acierto dijo que: "... del análisis detenido del haz probatorio recaudado no puede concluirse en forma inequívoca que la remoción del actor obedeciera a persecución de orden Sindical, además de que todas las constancias indican que la declaratoria de insubsistencia obedeció a razones del buen servicio. No puede tampoco olvidarse, que al momento de su remoción el actor era típico funcionario público de libre nombramiento y remoción, ya que no existe constancia alguna que demuestre lo contrario, o sea que la facultad discrecional le era plenamente aplicable, habida cuenta de que la calidad de directivo Sindical a que alude el libelo, no puede ostentarlo un funcionario público...".

"En realidad de verdad no se probó en ninguna de las instancias que la declaratoria de insubsistencia del señor SEGISMUNDO ELIAS haya obedecido a razones distintas de las de necesidades del servicio. Los testimonios se pesan y no se cuentan, de manera que el número de ellos tiene sólo importancia secundaria. Además todos los testimonios rendidos en la primera y segunda instancia presentan motivos de sospecha respecto de su veracidad, por el interés que asiste a estos testigos en el proceso y por la amistad íntima, presumible, entre estos y el actor.

"De otra parte no se ha demostrado que el demandante poseyera fuero sindical, lo cual es natural en este caso, debido a que el suministro de esta prueba es un imposible legal (en insfopal por imperativo de la Ley no hay trabajadores Oficiales), y tratar de probar esto con las inconducentes pruebas presentadas no es de recibo, puesto que el caso precisa una prueba solemne constitutiva del deber procesal de probar el hecho o acto jurídico origen del derecho que se invoca.

"Creo, como lo expresó el Tribunal, que si el demandante era un autentico empleado público (así como los consagran los Decretos 3135/68 y 2804/75) que fue declarado insubsistente por estrictas necesidades del servicio; lo corroboran los testimonios de CARLOS ENRIQUE DIAZ y FANNY BARRAGAN AVILA (folios 56 y siguientes), la certificación jurada del Exdirector ALVARO MARTINEZ RUJANA (folio 48) y los documentos que obran a folios 77 y 78 constitutivos de una sanción disciplinaria impuesta al actor.

"Por las ideas anteriores solicito con todo respeto la confirmación del fallo de primera instancia" (folio 36).

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Rendido en su oportunidad por la Fiscalía Quinta de la corporación, siente el siguiente criterio:

"Se solicitó en la demanda la nulidad de la Resolución número 0667 del 15 de septiembre de 1983, proferida por el Director General del Instituto Nacional de Fomento Municipal "INSFOPAL", mediante la cual se declaró insubsistente, el nombramiento hecho al señor Segismundo Elías Ceballos, del cargo de Oficinista II, categoría 05 de la Sección de Registro y Control de Personal, dependiente de la Subdirección Administrativa.

"Para obtener la nulidad se invocaron varias normas en la demanda, folio 11 y se adujo que el acto acusado se profirió con desviación de poder por cuanto con este se reprimió la actividad sindical.

"El Tribunal administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada, denegó las súplicas de la demanda, aduciendo que el actor era funcionario de libre nombramiento y remoción y que no se probó que se debiere a persecución sindical sino que por el contrario las constancias traídas a los autos señalan que el acto se profirió por razones del buen servicio.

"El señor apoderado del actor sustentó el recurso de apelación y solicitó pruebas que se surtieron en la segunda instancia, las cuales llevan a la Fiscalía al convencimiento que la declaratoria de insubsistencia, proferida por la administración mediante el acto acusado, no se realizó en aras del buen servicio, sino por el contrario fue el resultado de otros motivos tales como el ser del demandante miembro de la Junta Sindical y participar activamente en todos los eventos atinetes a los fines del sindicato.

"En efecto, al folio 64, se encuentra una constancia del abogado de Reglamentación y Registro Sindical del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en el cual certifica que en dicha entidad aparece inscrita la Organización Sindical de primer grado y de Base, denominada Sindicato de Trabajadores del Instituto Nacional de Fomento Municipal "SINTRAINSFOPAL" con resolución Jurídica No. 433 de marzo de 1963, y que para la época del caso en estudio el demandante figuraba como suplente de la Junta Directiva.

"Al folio 67 aparece una constancia de Sintrainsfopal que da cuenta que el actor estaba afiliado en calidad de socio a la organización sindical. En esta certificación se señala que varios miembros pertenecientes a dicha asociación fueron declarados insubsistentes en la misma época del actor, tales como Miryam Mayorca y Alvaro García Moscote y otros cuyas insubsistencias se encuentran a folios 79 a 89.

"Lo anterior indica que el motivo determinante y único de la actuación de la Administración al proferir el acto acusado no fue el buen servicio sino uno distinto, la participación activa sindical del demandante en el sitio de trabajo.

"De acuerdo con lo anteriormente señalado es preciso concluir que el acto acusado por el cual se declaró la insubsistencia del actor en este proceso fue proferido con desviación de poder.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones del actor. (folios 88 a 90).

De esta suerte, no observándose la existencia de vicio alguno capaz de incidir negativamente en la validez de la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1. La perspectiva del casi sub-judice, como se deduce de los anteriores planteamientos, va dirigida al análisis de un acto administrativo de tipo discrecional, por medio del cual fue declarado insubsistente el nombramiento de un empleado público no vinculado a carrera. Ostenta, por ende, la doble prerrogativa o garantía de la "presunción de legalidad" y de que emitido en aras del buen servicio. En otras palabras, se entiende en principio, que ha sido emitido atendiendo todas y cada una de las disposiciones constitucionales y legales que rigen la materia, que es perfecto y que es regular en su expedición, por una parte, y que, además, lo decidido responde a la finalidad del interés general, por la otra.

Como es sabido, los dos principios o presunciones, puntos de partida para el estudio que ha de emprenderse, son "*luris tantum*", vale decir, juicios anticipados o hipotéticos que admiten prueba en contrario, mediante la demostración de la existencia de que las características básicas están afectadas de vicio, demostración o prueba que cobra mayor relieve, importancia, severidad y trascendencia en la apreciación de las pruebas, cuando se está en presencia de la *discrecionalidad*, que le da el funcionario que lo ha expedido la apreciación libre acerca de la conveniencia, dentro de ciertos límites.

2. Al acto administrativo que aquí se examina se le endilga la denominada "desviación de poder", causal de anulación prevista tanto bajo la égida del código que regía cuando fue incoada la presente acción (artículo 66, segundo inciso, Ley 167 de 1941) como bajo el vigente en la actualidad (artículo 84, segundo inciso, Código Contencioso Administrativo, Decreto Ley 1 de 1984). Según la demanda y de ello es participe el Ministerio Público por conducto de su agente ante el Consejo de Estado, la determinación de desvincular al hoy actor del servicio, obedeció a un fin ilegítimo, consistente en la "persecución sindical" de que fueron victimas, por las directivas de INSFOPAL, casi simultánea y constantemente, distintos miembros que alideraban la organización, entre otros quien aparece como demandante en este proceso. Para decirlo de otro modo, la acusación fundamental se orienta a la demostración de un fin desviado e ilegal que desconoce y viola la amplia gama de normas constitucionales y legales que cita y comenta, entre las cuales han de descartarse los artículos 12, 353, 373, 390 y 414 del Código Sustantivo del Trabajo y las Leyes 26 y 27 de 1977, aprobatorias de los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)

3. Tanto la demanda como la contestación a la misma están contestes en afirmar que el actor ejercía, al momento de ser declarado insubsistente su nombramiento, un "cargo de representación sindical". Es más: la certificación expedida por la División de Relaciones Colectivas de Trabajo y Seguridad Social obrante a folio 54, revela que el señor Elías Ceballos era suplente en la junta Directiva del Sindicato de Trabajadores del Instituto Nacional de Fomento Municipal "Sintrainsfopal", al tenor de la inscripción ordenada por resolución No. 11309 de 8 de abril de 1980; si bien de dicha certificación no

surge la prueba de que en el momento de proferirse el acto acusado tuviese ese rango, tanto el oficio 7416 del 17 de diciembre de 1986 del sindicato mencionado (folios 67 y 68) como el testimonio rendido por la señora Miryam Mayorca Castilla (folios 61 a 63) permiten establecer que en verdad el señor Segismundo Elías Ceballos desempeñaba el cargo de Vicepresidente de la Junta Directiva de Sintrainsfopal para la época en que se expidió el acto acusado, o sea para el 15 de septiembre de 1981.

También surge de autos que hubo una simultaneidad de declaraciones de insubsistencias recaídas en miembros de la directiva del sindicato mencionado, como la de Alvaro García Moscote (folio 81) en igual fecha a la de Elias Ceballos (13 de septiembre de 1981), quien desempeñaba la función de secretario (folios 64 y 67), lo propio que la de Miryam Mayorca Castilla, miembro de la comisión de quejas y reclamos del sindicato (folios 60 y 79), producida el 17 de junio de 1981.

De esas evidencias deducen el apoderado de la parte actora y la señora Fiscal Quinta de la corporación que, dice ésta, "que si motivo determinante y único de la situación de la Administración al proferir al acto acusado *no fue el buen servicio, sino uno distinto, la participación activa sindical del demandante en el sitio de trabajo*" por lo que "*es preciso concluir que el acto acusado por el cual se declaró la insubsistencia del actor en este proceso fue proferido con desviacion de poder.*" (subraya la Sala).

4. No se ha sostenido en el decurso de este proceso que el actor estuviese protegido por el llamado "fuero sindical", de que obviamente no podía gozar en su calidad de directivo de la organización por tratarse de un sindicato que, por albergar personas vinculadas a una entidad de derecho público, ha de tener ciertas limitaciones para su funcionamiento. Por eso extraña que el representante judicial de INSFOPAL (folio 30) recuerde, como de manera de explicar por qué la aclaratoria de insubsistencia de Elías Ceballos no quebrantó ese privilegio y refuerza su argumentación con doctrina de la Corte -Sala Laboral- (Sentencia 32 octubre 1981), Sala de Casación Laboral) sobre el tópico.

Lo que se censura al acto es que, de modo recóndito y so pretexto del ejercicio de la facultad discrecional de libre remoción y amparado de la doble prerrogativa que lo cobija, olvidase la vigencia de normas de distinta estirpe, como son los convenios internacionales y disposiciones constitucionales y legales. Según su espíritu, los trabajadores, sin distinción alguna, están especialmente protegidos contra todo acto que tenga por objeto despedirlos o perjudicarlos en cualquier otra forma o causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo, o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. Y no cabe duda de que la circunstancia de que en forma casi coetánea, como se ha visto, el INSFOPAL declarase las insubsistencias de sus respectivos nombramientos, a varios de los directivos del sindicado de marras, se eclipsasen dichos principios.

El derecho de sindicalización, en sus distintas facetas y concepciones, inclusive de personas cuyo vínculo se ha establecido con una entidad de derecho público y aunque sea de naturaleza legal y reglamentaria, ha sido reconocido, además, por normatividades de orden sustantivo, si bien haya rodeado a estas últimas de algunas restricciones en beneficio de la necesaria continuidad del servicio. Así, el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo enseña "El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo el servicio oficial, con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden, *pero los sindicatos de empleados públicos* tienen sólo las siguientes funciones: 1. Estudiar las características de la respectiva profesión y las condiciones de trabajo de sus asociados; 2. Asesorar a sus miembros en la defensa de sus derechos como empleados públicos, especialmente los relacionados con la carrera administrativa; 3. Representar en juicio o ante las autoridades los intereses económicos o generales de los agremiados, o de la profesión respectiva; 4. Presentar a los respectivos jefes de la administración memoriales respetuosos que contengan solicitudes que interesen a todos sus afiliados en general, o reclamaciones relativas al tratamiento de que haya sido objeto cualquiera de éstos en particular, o sugestiones encaminadas a mejorar la organización administrativa o los métodos de trabajo; 5. Promover la creación, el fomento o subvención de cooperativas, cajas de ahorro de préstamo u de auxilios mutuos, escuelas, bibliotecas, institutos técnicos o de habilitación profesional, oficinas de colocación, hospitales, campos de experimentación o de deporte y demás organismos adecuados a los fines profesionales, culturales, de solidaridad y de prevención, contemplados en los estatutos, y 8. Adquirir a cualquier título y poseer los bienes inmuebles y muebles que requieran para el ejercicio de sus actividades." (subrayas fuera del texto). Y el artículo 145 ibídem recalca: "Las funciones señaladas en los apartes 3º y 4º. del artículo anterior *implican para las autoridades,* y especialmente para los superiores jerárquicos de los asociados, *la obligación correlativa* de recibir oportunamente a los representantes del sindicato y de procurar la adecuada solución a sus solicitudes." (Vuélvese a subrayar). Remata el artículo 416: "los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga".

Colígese, pues, de lo visto y, sobre todo de la ponderación de las pruebas que se ha hecho por la Sala, cual fue el móvil que llevó al Director General de INSFOPAL a declarar insubsistente los nombramientos de varios de los adalides de la organización sindical de sus empleados, entre ellos el de actor: no compartir sus actividades proselitistas o la defensa de "las banderas de defensa de los derechos de los funcionarios", como explica la testigo Myriam Mayorca Castilla (folio 6). Y se valió para lograr tales fines del mecanismo aludido, partiendo del principio de la discrecionalidad que supone, a su turno, la noción del buen servicio. Esa separación del verdadero fin que tiene en sí la facultad

discrecional constituye, a ojos de la Sala, una cabal "desviación de poder", dado que, con una apariencia de legalidad, se propuso y llevó a cabo un fin ilícito.

5. Impónese, por tanto, la revocatoria de la sentencia apelada y, en su lugar, la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado y el restablecimiento del derecho.

Sin embargo, surge la dificultad derivada de la supresión del Instituto Nacional de Fomento Municipal (Insfopal), entidad aquí demandada, conforme lo dispuso el artículo 2º del Decreto Ley 77 de 1957 -15 de enero-, la que, al tenor del mismo, el proceso de su liquidación debió concluir, a más tardar, el 31 de diciembre de 1989, liquidación que se ha realizado acorde al procedimiento establecido por el Gobierno Nacional.

Ahora bien, con arreglo al artículo 7º del mencionado Decreto Ley, "una vez concluida la liquidación de la entidad todos sus derechos y obligaciones pasarán a la Nación", y según el artículo 105 ibídem, "los empleados oficiales a quienes se les suprima el cargo que desempeñan, como consecuencia de la eliminación de un organismo o dependencia o por supresión o traslado de funciones de una entidad a otra, en desarrollo de las facultades conferidas al Gobierno Nacional por la Ley 12 de 1986, *tendrán derecho de preferencia a ser incorporados en los empleos que, de acuerdo con las necesidades del servicio, se creen en las plantas de personal de las entidades que deben asumir sus funciones*". (se subraya). Ese denominado "*derecho de preferencia*" se halla regido por el artículo 105 que a la letra dice: "Dentro del orden de preferencia a que se refiere el artículo anterior, los empleados vinculados a la carrera administrativa, tendrán derecho a ser incorporados a cargos equivalentes o afines, en armonía con lo dispuesto en los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y demás normas concordantes. *Los empleados oficiales no vinculados a ella tendrán derecho a ser incorporados en cargos equivalentes.* Parágrafo. En los casos de incorporación a cargos equivalentes no se requiere acreditar los requisitos mínimos señalados para el ejercicio del respectivo empleo" (Las subrayas no son del texto).

De manera, pues, que en criterio de la Sala, el restablecimiento el derecho no podrá ordenarse en la forma solicitada en la demanda, sino que habrá de amoldarse a las normatividades que se han transcrito, amén de tener de presente las pautas indicadas por los artículos 107 y 108 del citado Decreto Ley 77 de 1987, como lineamientos a seguir en lo que atañe a la incorporación propiamente dicha y al cambio de sede del empleado, si a ello hubiere lugar.

En mérito de todo lo cual, 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 de doce (12) de noviembre de mil novecientos ochenta y uno (1981) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este asunto, y en su lugar se dispone:

1o. Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 667 de 1981 -15 de septiembre- originaria del Director General del Instituto Nacional de Fomento Municipal Insfopal, en cuanto decretó la insubsistencia del nombramiento del señor Segismundo Elías Ceballos como oficinista II, categoría 05, de la Sección de Registro y Control de Personal dependiente de la Subdirección Administrativa de dicha entidad.

2o. Declárase que el señor Segismundo Elías Ceballos tiene derecho preferencial a ser designado en un cargo equivalente al que venía desempeñando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 del Decreto Ley 77 de 1987. La Nación a través del Departamento Administrativo del Servicio Civil, proveerá lo que fuere necesario para el cumplimiento de lo que aquí se dispone.

3o. Ordenase a la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- reconocer y pagar al señor Segismundo Elías Ceballos todo lo correspondiente a sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar, con los aumentos legales del caso, desde el día de su desvinculación del servicio hasta la fecha de liquidación final del INSFOPAL, y declárase para todos los efectos legales, que no ha habido solución de continuidad en el servicio oficial entre las aludidas fechas.

4o. Las anteriores condenas se condicionan, en todo lo demás a lo dispuesto en el Decreto Ley 77 de 1987.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de marzo de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario Sección II.

ISS - Régimen de personal/ **REPRESENTANTE LEGAL** - Funciones/**CARRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL** - Escalafonamiento/**INSUBSISTENCIA** - Procedencia

Por voluntad legislativa la facultad de nombrar los empleados de los establecimientos públicos (entre ellos el ISS) radica en los gerentes, presidentes o directores, esto es, en sus representantes legales. De ahí que no es dable admitir que por medio de un Decreto Reglamentario como lo es el No. 413 de 1980, se despoje al director general del ISS de aquella atribución, para asignarla, en forma incorrecta, a los gerentes seccionales del mismo, quienes de acuerdo con los estatutos legales que regulan su organización y administración (Decreto 1650 de 1977), sólo pueden ejercerla validamente, en virtud de delegación que a su favor haga el director general de ese organismo. No es de recibo la argumentación sobre escalafonamiento automático en la carrera e la seguridad social; para ingresar a ella es menester cumplir los requisitos que al efecto señala el D. 1651/77, lo cual ha debido probarse. Como no lo hizo el accionante, debe entonces considerarse como funcionario de libre nombramiento y remoción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Bogotá, D.E., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3959. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: Héctor Emilio Sánchez Troncoso

El Instituto de Seguros Sociales interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 17 de marzo de 1988, en el proceso de restablecimiento del derecho adelantado por Héctor Emilio

Sánchez Troncoso, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 04277 de 8 de octubre de 1983, mediante la cual el director General del establecimiento público mencionado, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Odontólogo Especialista, Clase III, Grado 38 de la División de Servicios de Salud de la Seccional del Tolima.

Como restablecimiento del derecho se pidió el reintegro del actor al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría, el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar, declarando la no solución de continuidad de sus servicios.

Como hechos fundamentales de la acción se relataron los siguientes:

1o. El actor ingresó a prestar sus servicios al Instituto de Seguros Sociales mediante contrato de trabajo. Posteriormente, fue nombrado como funcionario de Seguridad Social, modificando aquella relación laboral, por una de carácter legal y reglamentario.

2o. El cargo que desempeñaba el accionante como Odontólogo Especialista, Clase III, Grado 38, de acuerdo con el Decreto 413 de 1980, era de carrera, pues tenía el carácter de asistencial toda vez que para su desempeño se requiere ser profesional de la Odontología.

3o. De conformidad con el Decreto mencionado, por estar vinculado al Instituto desde antes de 1978, al demandante le fueron habilitados los seis meses anteriores a su posesión como período de prueba y por haber tomado posesión del cargo dentro del término previsto en las normas pertinentes, la Administración debía inscribirlo dentro de los noventa días siguientes a su posesión, en la carrera de seguridad social, so pena de no poderlo desvincular del servicio discrecionalmente, mientras no se expidiera la resolución de escalafón correspondiente (artículo 70 Decreto 413 de 1980).

4o. Hasta la fecha de su remoción del cargo, no le había sido notificada la resolución de su escalafonamiento en la carrera de seguridad social, a pesar de tener pleno derecho a ello.

5o. El actor sólo podía ser separado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia motivada, siempre que se dieran los requisitos contemplados en el artículo 124 del Decreto 1651 de 1977, lo cual no ocurrió en el presente caso.

6o. El Director General del Instituto de Seguros Sociales, violando claras prohibiciones legales, a solicitud del Director Seccional del Tolima, declaró la insubsistencia del nombramiento del accionante.

7o. El mencionado Director Seccional de la entidad, manifestó que la separación del servicio público del actor, obedeció a "las actuaciones temperamentales del actor, pero de dichas faltas nunca se le corrieron cargos ni se le dio la oportunidad de la defensa violándose así en forma ostensible el régimen disciplinario

consagrado (Artículos 48 y ss. Decreto 1651/77) y la Constitución Nacional (Artículo 26)". (fl 16 cdno. ppal.)

En la demanda se indicaron como violados por el acto acusado, los artículos 16, 17, 20, 26 y 62 de la Constitución Política, al desconocerse al actor las garantías en ellos consagradas; los Decretos números 1651 de 1977 y 219 de 1980 y la Resolución No. 660 de 1979, sin que en el respectivo concepto se señalaran las razones de su transgresión y los artículos 4, 67 y siguientes del Decreto 413 de 1980, por cuanto al expedir la Resolución impugnada no se tuvo en cuenta, en primer lugar, que el cargo que desempeñaba el demandante había sido catalogado como perteneciente a la carrera de la seguridad social (artículo 4º) y que la competencia para separarlo del servicio se hallaba radicada en el Director Seccional del Instituto en el Tolima y no en el Director General, quien la suscribió (artículo 67) .

Finalmente, el accionante considera que la Administración quebrantó el artículo 70 del Decreto 413 de 1980, en virtud de que no lo inscribió en la mencionada carrera, dentro de los 90 días siguientes a su posesión en el cargo del cual fue removido.

El Tribunal del conocimiento accedió a las súplicas del libelo, en sentencia de 17 de marzo de 1988, con fundamento en lo siguiente:

1o. Que si el nombramiento del actor emanaba del Director del Instituto de Seguros Sociales Seccional Tolima, este funcionario era el competente para declarar la insubsistencia de su nombramiento y no el Director General de la entidad.

2o. Que existieron vicios ocultos en la expedición del acto acusado, los cuales aparecen en el Oficio No. 271 del 14 de septiembre de 1983, originario del Director Seccional del Instituto de Seguros Sociales del Tolima y que hacen relación con la comisión de hechos que ameritaban el adelantamiento de investigación disciplinaria, "en la cual se le hubiere oído en descargos al inculpado, y practicado las pruebas que se hubieren solicitado, pero ante todo garantizarle el derecho de defensa al acusado". (fl 170 cdno. ppal.).

Resta agregar que el *a-quo* desechó los razonamientos del demandante, en lo atinente a su calidad de funcionario de carrera de la seguridad social y al respecto concluyó:

> "De todo lo anterior, se tiene que al actor no le asiste la razón, ya que no demostró que hubiere cumplido con los requisitos a que se refiere los artículos 108 y 109 (sic) del Decreto 1651 de 1977, lo que quiere decir que no se encontraba ni siquiera en período de prueba, y por ende, este cargo no prospera". (folios 173 a 174 cdno. ppal.).

La parte demandada interpuso el recurso de apelación contra dicha sentencia, sustentándolo en las razones siguientes:

El argumento del Tribunal, acera de la incompetencia del director General del Instituto de Seguros Sociales, para proferir el acto acusado, carece de fundamento, toda vez que "según el literal k) del artículo 57 del Decreto 1650 de 1957 el Director General del ISS tiene la facultad de "EFECTUAR LOS TRASLADOS Y REMOCIONES", con arreglo al régimen de administración de personal; luego si el Gerente de la Seccional del Tolima según el Decreto Reglamentario 413 de 1980 podía nombrar, por delegación del Director, *la delegación no incluye, ni la norma última lo dice, la facultad de remover;* así un funcionario puede tener la facultad de nombrar pero si otro más alto como lo es el Director General tiene la facultad de remover, prima la Ley frente a cualquier interpretación de un Decreto Reglamentario; por ello, la jurisprudencia citada en la sentencia apelada (caso del Inderena) no es igual al caso sub-judice del ISS". (folios 209 y 210 cdno. ppal.).

De igual manera, para el recurrente la comunicación del Director Seccional del ISS del Tolima resulta inicua frente al ejercicio de la facultad discrecional del Director General del Instituto de remover al actor, "pues dicho Gerente es un subalterno del Director y por tanto no tiene capacidad jurídica para *remover*, ya que esta facultad legal radica como se anotó en el Director; caso distinto sería si el propio Director le hubiere hecho los cargos al actor, pues allí si habría manifiesta la intención y las obligación de quien tiene la facultad de remover de 'destituir' con motivación al funcionario; la declaración de insubsistencia se podía producir por el Director, con carta o sin carta del Gerente de la Seccional Tolima, es decir ese hecho resulta inicuo porque el Director no tiene que obedecer a solicitudes de subalterno". (folio 210 cdno. ppal.).

La Fiscalía Quinta de la Corporación conceptuó de fondo, solicitando la revocatoria del fallo apelado, por estimar que no se dio la alegada incompetencia del Director General del Instituto de Seguros Sociales para expedir la Resolución acusada, ni se configuró la desviación de poder endilgada a la Administración en la demanda, pues no se acreditó que la decisión de separar del servicio público al actor obedeciera a los motivos relatados en el Oficio No. 271 de 1983 y porque "si bien es cierto que el actor al momento de ser retirado del servicio ocupaba un cargo de carrera (artículo 4º del Decreto 413 de 1980), este simple hecho no le ofrece estabilidad en el mismo, en razón de que el ingreso a la carrera no es automático, sino que se hace indispensable llenar los requisitos legales correspondientes, tales como el de haber participado en concurso, haber pertenecido a la lista de elegibles, haber superado el período de prueba, ninguno de los cuales se acredita dentro del *sub lite*". (folio 218 cdno. ppal.).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Se trata en el caso presente de dilucidar la legalidad de la Resolución No. 4277 del 6 de octubre de 1983, expedida por el Director General del Instituto

de Seguros Sociales, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Odontólogo Especialista, Clase III, Grado 38 de la División de Servicios de Salud de la Seccional del Tolima.

Uno de los motivos de impugnación de esa Resolución, es la supuesta incompetencia del Director General de la entidad demandada para expedirla. La Sala hace por tanto un análisis de las disposiciones que regulan el régimen de administración de personal del Instituto de Seguros Sociales, con miras a definir si tal funcionario podía validamente separar del servicio del actor.

Así tenemos que mediante el Decreto Ley 1650 de 1977, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por medio de la ley 12 de 1977, se reorganizó el Instituto como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Trabajo, cuya dirección está a cargo de una Junta Administradora y del Director General, quien, conforme reza el artículo 57 del citado Decreto, tiene entre otras funciones la de "K) Nombrar el personal del Instituto y efectuar los traslados y remociones, con arreglo al régimen de administración de personal"; atribución que, al igual que las demás que le asigna, puede delegar en el Secretario General, Gerentes Seccionales y en los Jefes de otras unidades o dependencias del Instituto, siempre que tenga autorización previa de la Junta Administradora (literal q) artículo 57 del Decreto 1650 de 1977).

En consonancia con lo anterior, el mismo Decreto el artículo 65 atribuye a los Gerentes Seccionales la función de "I) nombrar por delegación del director general los funcionarios de la respectiva seccional, con estricta sujeción a la planta de personal y a las normas legales sobre administración de personal del Instituto".

La distribución de funciones que hace el Decreto citado, consulta lo dispuesto por el legislador extraordinario en los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968 sobre organización y funcionamiento de las entidades descentralizadas del orden nacional, como lo es el Instituto de Seguros Sociales.

De manera que, por voluntad legislativa, la facultad de nombrar los empleados de los establecimientos públicos (entre ellos el I.S.S.), radica en los gerentes, presidentes o directores, esto es, en sus representantes legales. De ahí que no es dable admitir que por medio de un Decreto Reglamentario, como lo es el No. 413 de 1980, se despoje al Director General del Instituto de Seguros Sociales de aquella atribución, para asignarla, e forma incorrecta, a los gerentes seccionales del mismo, quienes de acuerdo con los estatutos legales que regulan su organización y administración (Decreto 1650 de 1977), sólo pueden ejercerla validamente, en virtud de delegación que a su favor haga el Director General de ese organismo.

Por tal razón, es decir, por fundamentarse en un Decreto reglamentario que desborda los preceptos legales que desarrolla, la Sala rechaza los planteamientos del demandante, acogidos por el *a-quo*, pues su aceptación equivaldría a prohijar la tesis equivocada de que el estatuto reglamentario tiene la virtualidad de modificar lo dispuesto en las normas legales.

El Director General del Instituto de Seguros Sociales, sí podría legalmente declarar insubsistente el nombramiento el actor, toda vez que, según la preceptiva reguladora del fenómeno jurídico de delegación de funciones administrativas, así hubiera delegado en los Gerentes Seccionales la facultad de nombrar y remover a los funcionarios de dichas dependencias, en cualquier momento podía reasumir tal competencia como lo hizo cuando expidió directamente el acto objeto de la impugnación.

Por consiguiente, la Administración no quebrantó las normas señaladas en la demanda como transgredidas en razón de una supuesta ausencia de competencia del Director General del ISS para proferir el mencionado acto.

En cuanto a la calidad de escalafonado en carrera de la Seguridad social que invoca el demandante, el Tribunal acoge la tesis sostenida por el consejo de Estado en sentencia de 24 de agosto de 1989, al desatar el recurso extraordinario de anulación propuesto por el señor Jorge E. Penagos Cuéllar.

En efecto, en ninguno de los Decretos leyes que reorganizaron el Instituto se estableció el escalafonamiento automático en la carrera de la Seguridad Social y por tanto su consagración no podía hacerse en un Decreto reglamentario.

Observa la Sala que a este respecto el demandante no cita concretamente como violada ninguna norma del Decreto 1651 de 1977 y se limita a mencionarlo; en cambio sí invoca los artículos 4º, 67 y siguientes del Decreto 413 de 1980.

No es de recibo pues, la argumentación del accionante sobre su escalafonamiento automático en la carrera de Seguridad social (Decreto 413 de 1980). Para ingresar a ella, es menester a la luz del Decreto 1651 de 1977, cumplir los requisitos que para el efecto señala, lo cual ha debido probarse. Como no lo hizo, debe entonces considerarse como funcionario de libre nombramiento y remoción.

Finalmente examinará la Sala si efectivamente se probó que la expedición de la Resolución acusada, obedeciera a móviles ocultos aducidos por el libelista y aceptados por el Tribunal en la sentencia impugnada.

Se afirma que tales motivos se hallan consignados en el Oficio No. 271 de 1983, originario de la Gerencia Seccional del Instituto de Seguros Sociales del Tolima.

La comunicación mencionada da cuenta de que el Gerente Seccional del Tolima, solicitó la declaratoria de insubsistencia del actor expresando los motivos que, en su concepto, justificaban la adopción de esa medida.

Para la Sala los motivos aducidos constituyen razones de buen servicio, en los cuales la autoridad nominadora podía respaldarse, si a bien lo tenía para tomar la determinación administrativa objeto de la impugnación.

Aun cuando no exista obligación de motivar los actos de insubsistencia, es claro que dicha medida obedece siempre a algún motivo, pues de lo contrario

seria arbitraria; lo que debe analizarse es si esos motivos se encuentran en perfecto acuerdo con la finalidad para la cual se concede la facultad de libre remoción, es decir, la de lograr el buen servicio.

En tales circunstancias, aún en el caso de haberse probado rehacientemente que la decisión acusada se fundamentó en las aludidas razones, cosa que no se hizo, resultaría ajustada a derecho.

Al actor no se le aplicó sanción disciplinaria alguna y por eso no fue menester adelantar contra él proceso disciplinario previo. Simplemente se hizo uso de la facultad de removerlo libremente, para lo cual no había obstáculo legal pues no estaba amparado por fuera de estabilidad.

La facultad discrecional del nominador para remover un empleado sin fuero de estabilidad, con el fin de velar por la conveniencia del servicio, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar unas presuntas faltas cometidas, las cuales no generan el privilegio de inamovilidad en el cargo.

En este orden de ideas es preciso concluir, que no habiendo sido aprobada la desviación de poder, ni la violación de las normas indicadas en la demanda, la Resolución impugnada continúa amparada por la presunción de legalidad.

Consecuentemente debe revocarse la sentencia recurrida y en su lugar, denegar las súplicas de la demanda.

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,

FALLA:

Revócase la sentencia del 17 de marzo de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en el proceso instaurado por Héctor Sánchez Troncoso contra el Instituto de Seguros Sociales.

En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 30 de marzo de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Ausente.

Miguel A. Perilla P. Secretario Seccional II.

INSTITUTO NACIONAL DE SALUD - Régimen de personal

El INS presta servicios de salud y, por ende, la administración de su personal se gobierna por el Decreto 694 de 1975.

Las normas de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, sobre administración de personal, no son aplicables a los empleados del Instituto Nacional de Salud y, obviamente, mal pudieron quebrantarse con la expedición del acto acusado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Bogotá, D.E., abril dieciseis (16) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 282. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: SERGIO PAPAGAYO FORERO.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de agosto de 1983, dentro de la acción de plena jurisdicción regulada por el artículo 67 del anterior Código Contencioso Administrativo, promovido por Sergio Papagayo Forero, mediante apoderado.

El actor solicitó que se hagan las siguientes declaraciones:

"1o. Es nula la Resolución No. 02986 de 2 de diciembre de 1980, cuyo contenido fue notificado el 5 de Diciembre de 1980, por medio de la cual el Director del Instituto Nacional de Salud destituyó del cargo de Jefe de Sección, Grado 05, de la Sección de Servicios Generales de la División Administrativa al señor Licenciado SERGIO PAPAGAYO FORERO y se le inhabilita por el término de dos (2) meses para ejercer cargos públicos.

2o. Como consecuencia de la anterior declaración el Instituto Nacional de Salud deberá reintegrar al Licenciado SERGIO PAPAGAYO FORERO al cargo que ocupaba en el momento de su destitución o a otro de igual o superior categoría y deberá pagarle los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones inherentes a tal cargo desde el día en que dejó de prestar sus servicios al Instituto hasta el día en que sea reintegrado al servicio.

3o. Se entenderá que para todos los efectos legales y en particular para lo relacionado con prestaciones sociales no ha habido solución de continuidad en la prestación de los servicios del Licenciado PAPAGAYO FORERO durante el tiempo en que quedó cesante como consecuencia de la destitución a que se refiere el punto primero de la Sentencia en el término señalado.

4o. El Instituto Nacional de Salud dará "INS" cumplimiento (sic) a esta sentencia en el término señalado por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo" (folio 34 - cdno. ppal.).

Los hechos fundamentales de la acción fueron relatados como se lee a folio 35 y 36 del cuaderno principal.

En la demanda se citaron como normas violadas, los artículos 16, 17, 20, 26 y 62 de la Constitución Política, 12, 46 y 47 del Decreto 2400 de 1968 y 125, 133 a 137 y 161 del Decreto 1950 de 1973 (folio 36 cdno. ppal.).

La violación de estas normas se atribuyó en síntesis, a las razones siguientes:

El acto acusado quebranta los preceptos constitucionales a que se hizo referencia, por cuanto la Administración al expedirlo olvidó los principios allí consagrados referentes a la finalidad de las autoridades de la República, a la obligación social del trabajo y a la proteccion que el Estado debe prestar a éste, exageró, además, la responsabilidad del actor ante las autoridades y se extralimitó en el ejercicio de sus funciones.

Asímismo, el demandante asevera que la transgresión del artículo 26 de la Constitución Política se configura en virtud de que no se investigaron los cargos que él formulo al Director del Instituto Nacional de Salud, dentro del proceso disciplinario que se adelantó en su contra, lo cual "habría conducido a una decisión distinta de la destitución" (fl. 36 cdno. ppal.).

Aduce también que el acto acusado se sale de la graduación de las sanciones disciplinarias establecida por el artículo 12 del Decreto 2400 de 1968 y contraría los artículos 46 y 47 del citado estatuto, toda vez que excluyó al actor de la carrera administrativa con motivaciones no inspiradas en el buen servicio público sino en factores diferentes, como lo es "la ira o la venganza del nominador" (folio 37 cdno ppal.), lo que se evidencia en la comunicación que éste envío al funcionario investigador, en la cual "ya estaba prejuzgando y manifestando su inquina hacia mi mandante" (folios 37 a 38 cdno. ppal.).

Igualmente alega, que se tuvieron en cuenta como circunstancias agravantes sanciones que fueron impuestas al inculpado en 1975 y 1979, lo cual no era procedente a la luz de lo previsto en el artículo 137 del Decreto 1950 de 1973 y más adelante agrega que el acto de destitución tampoco se ajustó a lo preceptuado con el artículo 161 del mencionado Decreto, sin especificar las razones de su dicho.

El Tribunal del conocimiento negó las súplicas de la demanda, en sentencia de 19 de agosto de 1983, en virtud de que no se probó que la decisión administrativa demandada estuviese inspirada en factores distintos del buen servicio público y por el contrario, consideró que la destitución del accionante "era conve- niente en orden a salvaguardiar (sic) los intereses estatales y al cumplimiento de las metas y programas trazados" (folios 58 a 69 cdno. ppal.)

Esta sentencia fue apelada por la parte demandante.

En el trámite del recurso de apelación el expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, motivo por el cual la parte apelante solicitó y obtuvo su reconstrucción. Llegado el momento de dictar sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Conforme se dijo anteriormente la pretensión de nulidad se apoya en la presunta infracción por el acto acusado de las siguientes normas: artículos 16, 17, 20, 26 y 62 de la Constitución Política, 12, 46 y 47 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y 125, 133 a 137 y 161 del Decreto reglamentario 1950 de 1973.

El Instituto Nacional de Salud, a términos del artículo 3º del Decreto Extraordinario 671 de 1975, es un establecimiento público dotado de personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Salud Pública e integrante del sistema Nacional de Salud.

El Decreto Extraordinario 694 del mismo año que estableció el Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud, dispuso en su artículo 1º:

> "El presente Decreto regula la administración de personal de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, de las entidades creadas o autorizada su creación, por Ley de la República, Ordenanza Departamental, Acuerdo Municipal, Intendencial, Comisarial o Distrital, que prestan servicios de salud, inclusive los de la seguridad social y, de las dependencias de otras entidades del sector público que prestan servicios de atención médica.

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

Respecto de los objetivos del Instituto el artículo 4º del mencionado Decreto 671, dispuso:

"Son objetivos del Instituto Nacional de Salud la promoción, coordinación y realización de la investigación en el campo de la salud, la bio-medicina y la medicina preventiva, así como la aplicación de la tecnología para fines de diagnóstico, preservación de las salud y vigilancia epidemiológica y, en general, el ejercicio de las funciones necesarias para el mejoramiento el la salud".

Las funciones que debe ejercer el Instituto, que concuerdan con sus objetivos, están señaladas en el artículo 6º ibídem, y de unas y otros la Sala concluye que el INAS presta servicios de salud, y por ende, la administración de su personal se gobierna por el mencionado Decreto 694 de 1975.

Asunto diferente que no impida llegar a tales conclusiones, es lo atinente a la clasificación de empleados públicos y trabajadores oficiales de los servidores del Instituto, que se gobierna por los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1950 de 1973 en los términos del artículo 20 del mencionado Decreto 671.

Consecuentemente, las normas de los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, sobre administración de personal, no son aplicables a los empleados del Instituto Nacional de Salud y, obviamente, mal pudieron quebrantarse con la expedición del acto acusado.

Observa la Sala, además, que la resolución impugnada no cita disposición alguna, por lo cual debe entenderse que fue expedida con apoyo en las normas aplicables del Decreto 694 de 1975.

Y en lo referente a la transgresión de las normas constitucionales arriba indicadas reitera la Sala su criterio en el sentido de que por no regular ellas en concreto sino abstractamente la situación aquí debatida, o su violación solo podría llegarse por la infracción de las normas legales que las desarrollen, hipótesis que como se vio anteriormente no se configuró en el presente caso.

De lo anterior concluye la Sala que la parte demandada mal pudo haber demostrado la violación de alguna de las normas que invocó como infringidas por el acto acusado, cuando ellas no son aplicables al caso sub-júdice. Por tanto aunque por razones diferentes a las expuestas en el fallo de primera instancia, las pretensiones de la demanda no pueden prosperar.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día seis (6) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Clara Forero de Castro, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel A. Perilla P., Secretario Seccional II.

INSUBSISTENCIA/ COLDEPORTES - Régimen de personal/ **REPRESENTANTE LEGAL** - Funciones.

Un acuerdo de junta directiva no puede subsistir frente a un Decreto del gobierno nacional que contenga disposiciones en contrario. Según éstas la facultad de administrar el personal corresponde al director general del Instituto, el cual puede delegarlas a los directores regionales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 1070. Reconstrucción - Unica Instancia. Actor: JORGE IVAN VELASQUEZ RESTREPO.

Reconstruido el expediente en los términos del Decreto 3825 de 1985 por haber desaparecido en la destrucción del Palacio de Justicia, se procede a fallar la controversia no observándose causal de nulidad que invalide la actuación y previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. En ejercicio de la acción entonces llamada de "plena jurisdicción", el señor Jorge Iván Velásquez Restrepo ha demandado al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte "Coldeportes", solicitando declarar la nulidad de la Resolución No. 00032 de enero 25 de 1983 por la cual el Director Ejecutivo de la Regional de Deportes de Antioquia declaró insubsistente el nombramiento del actor y que, a título de restablecimiento del derecho, se le reintegre al cargo, se le paguen los emolumentos dejados de percibir y se declare que no ha existido solución de continuidad en los servicios.

Relata el accionante que se vinculó a la entidad en mayo 31 de 1974 y que, pese a venir ejerciendo el cargo de Jefe de la División de Organización y Control Deportivo "con la eficiencia que hace suponer su amplia experiencia y su limpia hoja de vida", fue declarado insubsistente "sin el poder legal necesario, es decir, sin la competencia del caso", pues, según el artículo 11, ordinal 6º, de los Estatutos de la institución (Decreto 148 de 1969), esa atribución corresponde al Director Ejecutivo del Instituto.

Agrega que, si bien por Decreto 1566 de 1980 se autorizó al Director General para delegar en los Directores Regionales las facultades de nombrar, remover y administrar el personal, no se conoce el acto por el cual se haya hecho tal delegación.

Concluye que, aceptado en gracia de discusión que existiera competencia, el acto enjuiciado adolece de desviación de poder según los hechos que prescriben a la decisión, "culminación de una serie de presiones e intrigas".

Invoca el actor como normas violadas, aparte de los artículos 17 y 20 de la Constitución, las contenidas en los artículos 109 del Decreto 1950 de 1973, 11-6º del Decreto 148 de 1969, adicionado por el artículo 8º, parágrafo 1º, del Decreto 1566 de 1980 (Folios 3-6).

El Agente del Ministerio Público conceptúa que debe accederse a las súplicas de la demanda por haberse expedido el acto sin competencia, lo que explica en los siguientes términos:

> Examinando atentamente el acto acusado (Folio 103) se encuentra que en él no se hace referencia alguna al acto administrativo que tenía forzosamente que haber sido expedido por el Director Ejecutivo del Instituto y contentivo de la delegación para producir el acto acusado. No. En éste, el Director Regional, sólo cita el Decreto 1566 de 1980, que, como vimos atrás, faculta al Director ejecutivo del Instituto para delegar en el último funcionario en cita sus facultades de nombramiento y remoción del personal al servicio del Instituto. Pero esta delegación, como bien lo enfatiza el señor apoderado del actor, no es obligatoria ni genérica, solo opera por concreta expresión de voluntad del delegante en el o los casos específicos que lo estime conveniente o necesario. Se trata, en suma, de una facultad discrecional que en el caso de autos las constancias procesales predican que no fue ejercida. Por tratarse de una alegada omisión de la Administración, le correspondía a ésta demostrar que no incurrió en ella, acercando a los autos el acto administrativo contentivo de la delegación echada de menos. Pero, la Administración, aquí, brilló por su ausencia y, en orden a la defensa de su acto, no compareció a asumir la carga procesal que le competía, pues las negaciones indefinidas no le corresponde probarlas al actor.
>
> **Por lo discurrido, conceptúa esta Agencia Fiscal que las súplicas de la demanda deben prosperar. Comprobado como está el vicio de incompetencia alegado en ella, no es preciso ocuparse del meritorio esfuerzo dia-**

léctico del actor para alegar también una presunta desviación de poder, (folio 107).

2. Como se ha podido observar, el actor cifra su derecho reclamado en dos circunstancias:

1. La falta de competencia de quien declaró su insubsistencia;

2. La desviación de poder.

La falta de competencia del Director Ejecutivo de la Regional de Deportes de Antioquia, funcionario que expidió el acto acusado, se desprende según la demanda, de lo dispuesto en el artículo 11, ordinal 6º, del Decreto 148 de 1969, que atribuye al Director Ejecutivo (sic) del Instituto la facultad de nombrar, remover, administrar el personal. Agrega el actor que, si bien por Decreto 1566 de 1980, artículo 8º, se facultó al Director General para "delegar en los directores regionales las funciones que acaban de transcribirse, sin embargo hasta la fecha no se conoce resolución emanada de la citada Dirección General que delegue la atribución estatutaria" (folio 4)

El acto enjuiciado, visible a folio 103, hace referencia en su encabezamiento al Decreto 1566 de 1980, en la siguiente forma:

"El Director Ejecutivo de la Regional de Deportes de Antioquia, en uso de sus atribuciones legales y en particular de las conferidas en el Decreto 1566 de 1980,

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar la insubsistencia del cargo del doctor JORGE IVAN VELASQUEZ RESTREPO ..."

Ahora bien, en su artículo 8º expresa el Decreto 1566 de 1980:

"Adiciónase el artículo 11 de los estatutos con los siguientes parágrafos:

Parágrafo 1º.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 11, el Director General del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte podrá delegar en los directores regionales las funciones del numeral 6º del mencionado artículo".

Los siguientes son los textos de las normas de los Estatutos a que se hace referencia:

"*Artículo 11*.- El Director Ejecutivo del Instituto tendrá las siguientes funciones:

...

6º. Nombrar, remover y administrar el personal al servicio del Instituto, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y estatutarias vigentes sobre la materia.

...

13. Delegar en otros empleados algunas de sus atribuciones, cuando lo considere necesario".

De esta suerte, queda claro que, conforme al artículo 11 de los Estatutos, la atribución de nombrar, remover y administrar el personal del Instituto corresponde al Director del mismo, quien puede "delegar en otros empleados algunas de sus atribuciones, cuando lo considere necesario" (Decreto 148/69, artículo 11, numerales 6 y 13), y que, según la reforma introducida por el Decreto 1566 de 1980, concretamente puede delegar en los Directores regionales las funciones del numeral 6º del artículo 11 de los Estatutos, a saber, las de nombrar, remover y administrar el personal. A este respecto, conviene recordar que, mediante auto para mejor proveer de noviembre 3 de 1989, se ordenó librar oficio a COLDEPORTES para obtener el texto del Acuerdo No. 51 de 1980, pedido como prueba por la parte actora, o "del acto por el cual se delegó en el Director Ejecutivo de la Regional de Deportes de Antioquia la facultad de remover personal de su dependencia". (Folio 110).

Respondió la entidad remitiendo una serie de estatutos relativos a las Juntas Administradores de Deportes juntamente con el texto del Acuerdo 051 solicitado. Este, que se dice expedido para efectuar "algunas modificaciones a la estructura orgánica del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte", crea las Direcciones Regionales de Deportes "con el fin de administrar los fondos de origen nacional con destinación específica al fomento del deporte aficionado, la educación física y la recreación popular, así como los recursos de carácter regional que las entidades territoriales aporten con tales objetivos", atribuye al Director Regional la función de "nombrar y remover conforme a las disposiciones legales el personal de su dependencia" (artículo 9, literal f).

El apoderado de la parte actora expresa en su alegato de conclusión a este respecto:

"Y no venga a decirse que el Acuerdo 51/80 confiere esas funciones a los Directores Regionales, pues existen potísimas razones para sostener que tal Acuerdo no tiene validez. Entre otras está la de que el citado Acuerdo 51 de 1980 fue emanado de la JUNTA DIRECTIVA de Coldeportes. Toda decisión tomada por tal órgano Directivo debe observar el mandato impuesto por el artículo 14 del Decreto Ley 2743 de 1968, cuyo tenor es el siguiente: "Las decisiones de la Junta Directiva requerirán para su validez la aprobación del Ministerio de Educación".

De otro lado, tal Acuerdo 51, así no lo diga, modifica los Estatutos del ente administrativo, y por ello de conformidad con el artículo 13 numeral 3º del tantas veces mencionado Decreto Ley 2743/68, también requiere de aprobación por parte del Gobierno Nacional" (folios 62-63).

A este razonamiento, que ciertamente no puede ser ignorado, se agrega la consideración de que el citado Acuerdo 051 de 1980 fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado en auto de octubre 24 de 1980 (Expediente No. 3430, Actor: Ismael Quintero, Ponente: Consejero Doctor Mario Enrique Pérez), de suerte que, al proferirse el acto enjuiciado en enero 25 de 1983, carecía de vigencia.

De otro lado, es obvio que un Acuerdo de la Junta Directiva no puede subsistir frente a un Decreto del Gobierno Nacional que contenga disposiciones en contrario. Según éstas, la facultad de administrar el personal corresponde al Director General del Instituto, el cual puede delegarlas a los Directores Regionales.

La entidad demandada tuvo oportunidad de aportar la prueba de la delegación al solicitársele en providencia de noviembre 3 de 1989 que hiciera llegar el texto "del acto por el cual se delegó en el Director Ejecutivo de la Regional de Deportes de Antioquia la facultad de remover personal de su dependencia". Evidentemente la delegación debía provenir del Director General, no de la junta Directiva. Así que, no obrando en autos tal prueba, se impone la prosperidad de la acción.

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. Declárase la nulidad de la Resolución No. 00032 de enero 25 de 1983, proferida por el Director Ejecutivo de la Regional de Deportes de Antioquia, en que se declaró insubsistente el nombramiento del señor JORGE IVAN VELASQUEZ RESTREPO del cargo del Jefe de la División de Organización y Control Deportivo, Código 2040, grado 14.

2o. El Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte -COLDEPORTES- deberá reintegrar al demandante al mencionado cargo y, de no ser ello posible, a otro de igual o superior categoría y pagarle los sueldos, primas y demás emolumentos dejados de percibir por éste desde la fecha de su desvinculación (enero 25 de 1983) hasta cuando se le reintegre al servicio.

3o. Para todos los efectos legales pertinentes, declárase que no existe solución de continuidad en el lapso comprendido entre la desvinculación y el reintegro al servicio.

4o. De las sumas que correspondan al actor por los conceptos atrás mencionados habrá de descontarse cuanto haya recibido del erario público por prestación de servicios al Estado en el mismo lapso.

A la sentencia habrá de darse cumplimiento en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 20 de abril de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., **Secretario.**

TRABAJADOR OFICIAL - Régimen aplicable/ **INSFOPAL**

Los trabajadores no se rigen, en cuanto a las relaciones individuales, por el Código Sustantivo del Trabajo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 1669. Reconstrucción-Unica Instancia. Actor: INSTITUTO NACIONAL DE FOMENTO MUNICIPAL INSFOPAL.

Tras haber desaparecido en el Palacio de Justicia, se reconstruyó el proceso adelantado por el Instituto Nacional de Fomento Municipal -INSFOPAL- para solicitar la anulación del artículo 33 del Decreto 1157 de 1976, reglamentario del Decreto 2804 de 1975, en cuanto declaró trabajadores oficiales a los empleados de los Organismos Ejecutores y se les señaló el régimen jurídico aplicable.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se dice en los hechos de la demanda que por Decreto 2804 de diciembre 19 de 1975 el Gobierno, en ejercicio de facultades extraordinarias, reorganizó el Instituto Nacional de Fomento Municipal y lo autorizó para constituir Organismos Ejecutores organizados como empresas industriales y comerciales del Estado (artículos 13, 15 y 18) y que el Decreto reglamentario 1157 de junio 7 de 1976 confirió en su artículo 33 el carácter de trabajadores oficiales a todos

los empleados de los Organismos Ejecutores, salvo el Gerente, y prescribió el régimen jurídico aplicable a los mismos, lo que es contrario al estatuto reglamentado.

Como normas quebrantadas, se invocan el artículo 120, numeral 3º, de la Constitución; el artículo 4º de los Decretos 2663 y 3743 de 1950; el; artículo 5º, Inciso 2, del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 27 y 28 del Decreto 2804 de 1975.

Gira el concepto de la violación en torno solamente de las disposiciones de los dos últimos Decretos citados.

La Fiscalía Quinta de la Corporación estima que deben atenderse las peticiones de la demanda por cuanto el artículo 33 vulnera normas superiores "al limitar la clasificación de empleados públicos en la persona del Gerente, siendo que esta denominación puede darse a otros servidores que realicen funciones de dirección o confianza" (folios 60-64).

Del contenido del Concepto de Violación se deduce que dos son los argumentos centrales de la acción:

"1.- Los artículos 27 y 28 del Decreto 2804 de 1975 catalogaron a los Gerentes de los Organismos Ejecutores de Carácter regional o municipal como empleados públicos, sin tener siquiera la remota intención de hacer una clasificación exclusiva o excluyente, entre otras razones, por la muy sencilla de no oponerse a lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968..."

El artículo 33 en comento suprimió la potencia de los mencionados artículos 27, 28 y 5º, al prohibir tácitamente el discrecional acceso a la calificación mediante estatutos, de las actividades de dirección o confianza". (Folio 2)

2.- La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado dijo en noviembre 16 de 1982 que el artículo 33 del Decreto Reglamentario 1157 de 1976, "al someter las relaciones de los trabajadores oficiales al servicio de los Organismos Ejecutores del Instituto Nacional de Fomento Municipal INSFOPAL al Código Laboral, excede el Decreto 2804 de 1975 que reglamenta... Un Decreto reglamentario como el 1157 de 1976 no puede arrogarse la facultad de determinar el régimen jurídico aplicable a unos trabajadores oficiales por ser ésta materia reservada la ley... De otra parte, es antitécnica la remisión que hace el artículo 33 del Decreto Reglamentario 1157 de 1976 al Decreto 694 de 1975 que establece el régimen de personal para el Servicio Nacional de Salud, por cuanto la primera norma hace referencia a los Organismos Ejecutores del INSFOPAL, materia totalmente ajena a lo reglamentado por la segunda, y que no admite similitud para efectos de un tratamiento uniforme" (folios 1-4).

Plantea la controversia en estos términos, resulta claro que la ilegalidad del precepto acusado consistiría en que contraría las disposiciones de los artículos 27 y 28 del Decreto reglamentado y del artículo 5º, inciso 2, del Decreto 3135 de 1968.

Los textos referenciados son los siguientes:

Decreto 2804 de 1975

"*Artículo 27.*- Los gerentes de los organismos ejecutores de carácter regional, tienen la calidad de empleados públicos y serán nombrados para un período de dos (2) años, por el Ministro de Salud Pública de terna que le presentará el Director General de insfopal, en la cual incluirá al Gerente en ejercicio.

Sin embargo, los citados gerentes podrán ser removidos en cualquier por el Ministerio de Salud Pública antes del vencimiento de su período, cuando por necesidades del servicio así lo solicita el Director General de Insfopal."

Artículo 28.- Los gerentes de los organismos ejecutores de carácter municipal tienen la calidad de empleados públicos, y serán nombrados para un período de dos (2) años por el Director General del Insfopal, de terna que le pase el Consejo Directivo correspondiente, en la cual incluirá al Gerente en ejercicio.

Sin embargo, los citados gerentes podrán ser removidos en cualquier momento por el Director General del Insfopal cuando las necesidades del servicio así lo exigieren.

Parágrafo.- Si veinte (20) días después de presentada la vacante definitiva del cargo de Gerente, el Consejo Directivo no hubiere enviado la respectiva lista, el Director General del Instituto procederá directamente a la designación del Gerente".

Decreto 3135 de 1968.

Artículo 5º.

"...

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".

Por su parte, el texto acusado dispone:

Decreto 1157 de 1976.

"Artículo 33.- Con excepción del Gerente, el personal de los organismos ejecutores tiene la calidad de trabajador oficial y sus relaciones laborales se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 694 de 1975".

Síguese de la anterior confrontación:

I. Que, respecto de los Gerentes de los citados organismos, no existe contradicción entre el texto enjuiciado y los preceptos invocados del Decreto 2804 de 1975;

II. Que, respecto de los demás empleados de los mencionados organismos, tampoco existe contradicción ya que las normas invocadas no se refieren a los mismos;

III. Que tampoco se advierte violación del inciso 2 del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, pues, según allí se expresa, quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado *son trabajadores oficiales* y ocurre justamente que los organismos ejecutores se deben constituir como empresas industriales y comerciales.

En efecto: el Decreto 2804 de 1975 dispone en sus artículos 15 y 18 al respecto:

"*Artículo 15.*- Los organismos regionales que se constituyan en desarrollo del presente Decreto serán entidades dotadas de personería jurídica, autonomía, administrativa, capital independiente, *organizadas como empresas industriales y comerciales.*"

"*Artículo 18.* También podrán crearse organismos de carácter municipal, los cuales estarán dotados de personería jurídica, autonomía administrativa, capital independiente y *organizados como empresas industriales y comerciales.*

..."

También el Decreto 1157 de 1976 se refiere a este punto en su artículo 3º, así:

"Los organismos ejecutores de carácter regional o municipal se denominarán con la expresión 'Empresas de Obras Sanitarias de...', seguida del nombre de la División Territorial correspondiente y de la palabra limitada o de las letras S.A. según fuere la especie de sociedad que se constituye".

Así pues, no aparece justificada la censura que se hace al artículo 33 del Decreto 1157 de 1976 de contrariar las disposiciones de los artículos 27 y 28

del Decreto 2804 de 1975 y el artículo 5º, inciso 2, del Decreto 3135 de 1968, norma ésta que simplemente se repite en la parte que es objeto de regulación. Por cuanto en forma alguna se refiere a la facultad que tienen las empresas oficiales de precisar en sus estatutos "que actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos", lógicamente esta facultad no resulta cercenada por el acto enjuiciado.

El segundo aspecto de la impugnación aparece simplemente mencionado en el Hecho 4º de la demanda en la parte final que se subraya:

> "El Decreto Reglamentario 1157 de 1976, en el acápite DEL PERSONAL, artículo 33, violó entre otras normas de orden superior, el Decreto 2804 de 1975 al determinar la calidad de trabajadores oficiales de todo el personal de los Organismos Ejecutores (salvo el Gerente), y *prescribir, además, el régimen jurídico aplicable a éstos*" (folio 1)

Se refiere, sin duda, la acusación a la parte del artículo 33 que a continuación se destaca:

> "Con excepción del Gerente, el personal de los organismos ejecutores tiene la calidad de trabajador oficial y *sus relaciones laborales se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 694 de 1975.*"

Pese a que la formulación del cargo adolece de notorias deficiencias, no hay duda de que la acusación tiene fundamento y debe atenderse. La remisión que se hace al Decreto 694 de 1975 en su artículo 4º es, en efecto, inapropiada, aparte de que, como esta Corporación lo ha subrayado en numerosas oportunidades, los trabajadores oficiales no se rigen, en cuanto a las relaciones individuales, por el Código Sustantivo del Trabajo.

Evidentemente, el Decreto 694 de abril 14 de 1975, "por el cual se establece el estatuto de personal para el sistema nacional de salud", establece en su artículo 1º a qué entidades se aplica el estatuto, en los siguientes términos:

> "ARTICULO PRIMERO.- El presente Decreto regula la administración de personal de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, de las entidades creadas, o autorizada su creación, por ley de la República, Ordenanza Departamental, Acuerdo Municipal, Intendencial, Comisarial o Distrital, que prestan servicios de salud, inclusive los de la seguridad social y, de las dependencias de otras entidades del sector público que presten servicios de atención médica.
>
> Se exceptúan las dependencias del Ministerio de Defensa Nacional que presten servicios de atención médica".

Cierto es que, por mandato del artículo 1º del Decreto Ley 2804 de 1975 el Instituto Nacional de Fomento Municipal está adscrito, como restablecimiento público, al Ministerio de Salud, pero también lo es que no tiene entre sus funciones la de prestar servicios de salud o atención médica.

Habrá de anularse, por ende, la norma acusada en esta segunda parte.

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:

Declárase la nulidad del artículo 33 del Decreto reglamentario 1157 de 1976 en su parte final que expresa: "y sus relaciones laborales se regirán por el Código Sustantivo del Trabajo de acuerdo con el artículo 4º del Decreto 694 de 1975".

Niéganse, en lo demás, las pretensiones de la demanda.

Reconócese a la Doctora ZULAY BENAVIDES LUNA como apoderada sustituta del Doctor WILLIAM CABALLERO RESTREPO, quien venía actuando en representación del Instituto Nacional de Fomento Municipal -INSFOPAL- (Folio 46), en los términos y para los efectos del poder visible a folio 65 del expediente.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 6 de abril de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Con salvamento de voto; *Alvaro Lecompte Luna.,*

Miguel A. Perilla P., Secretario.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/ EMPLEADO PUBLICO/ TRABAJADOR OFICIAL (Salvamento de voto)

Por vía reglamentaria no se puede limitar o cercenar, menos aun, eliminar la facultad que el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968 le ha dado al órgano competente para determinar en los estatutos a manera de excepción y de acuerdo con las características propias de la respectiva entidad, qué actividades de dirección o confianza de las empresas industriales y comerciales del Estado deben ser desempeñadas por empleados públicos como tampoco lo puede hacer, respecto de la competencia que tiene dicho órgano de los establecimientos públicos para precisar igualmente con carácter restrictivo y sin convertir la excepción en regla general cuáles actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR JOAQUIN BARRETO RUIZ

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. 1669. Decretos del Gobierno. Actor: INSTITUTO NACIONAL DE FOMENTO MUNICIPAL.

Con todo comedimiento me aparto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala en cuanto no accedió a decretar la nulidad de la totalidad del artículo 33 del Decreto 1157 de 1976, reglamentario del extraordinario 2804 de 1975.

Lo anterior, no obstante lo expresado a folio 8 de la sentencia en el sentido de que el referido artículo no cercena la facultad de señalar otras actividades de confianza que deban ser desempeñadas por empleados públicos; pues el

referido artículo no solo cercenó, sino que a mi juicio eliminó la facultad consagrada en el artículo 5º del Decreto Extraordinario 3135 de 1968, para que en los estatutos denominados "organismos ejecutores", que fueron creados con el carácter de empresas industriales y comerciales del Estado con el auspicio del hoy extinguido Instituto de Fomento Municipal, INSFOPAL, se señalen actividades adicionales a las del Gerente que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Si bien es cierto al comparar el texto del Decreto 2804 de 1975 y los artículos 23 y 24 de su reglamentario se encuentra que, como lo dice la sentencia, "respecto de los Gerentes de los citados organismos, no existe contradicción entre el texto enjuiciado y los preceptos invocados del Decreto 2804 de 1975", también lo es que el artículo 33, impugnado, si va más allá de la ley; pues si se armoniza con los artículos 23 y 24 ya mencionados, y se tiene en cuenta que según se dice en el encabezamiento del Decreto 1157 este constituye "el régimen para los organismos ejecutores previstos en el Capítulo V del Decreto 2804 de 1975", se concluye que los estatutos, normas jerárquicamente inferiores a la ley y su reglamento, no podrían señalar otras actividades de dirección o confianza que deban ser desempeñadas por empleados públicos, pues el artículo 33 lo prohíbe cuando se dice que "con excepción del gerente, el personal de los organismos ejecutores tiene la calidad de trabajador oficial..."

En síntesis, a mi juicio por vía reglamentaria no se puede limitar o cercenar y menos aún, eliminar, la facultad que el artículo 5º del Decreto extraordinario 3135 de 1968 le ha dado al órgano competente para determinar en los estatutos, a manera de excepción y de acuerdo con las características propias de la respectiva entidad, qué actividades de dirección o confianza de las empresas industriales y comerciales del Estado deben ser desempeñadas por empleados públicos; como tampoco lo pueden hacer, respecto de la competencia que tiene dicho órgano de los establecimientos públicos para "precisar -igualmente con carácter restrictivo y sin convertir la excepción en regla general- cuales actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Joaquín Barreto Ruiz.

PRESTACIONES SOCIALES/ EMPLEADO PUBLICO/ UNIVERSIDAD NACIONAL

Las prestaciones sociales de los servidores oficiales sólo pueden regularse por la ley o por Decretos con igual fuerza jurídica.

Si aparentemente se tenía la calidad de trabajador oficial, pero jurídicamente se era empleado público, no solamente no hay cambio sino que el salario y las prestaciones sociales convencionales que no se habrían alcanzado conforme a derecho, toda vez que los empleados públicos de la Universidad Nacional de Colombia nunca han estado habilitados por la ley para celebrar convenciones colectivas.

DECLARASE LA NULIDAD de los artículos 1º, 2º, numeral 1º, incisos 1º, 4º, 5º, 6º, 7º, y 8º; 3º, 4º, 5º, del Acuerdo No. 169 de diciembre de 1980 proferido por el Consejo Superior de la Universidad Nacional de Colombia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., abril treinta (30) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 7589-1610 AUT. NACIONALES. Actor: LAURENTINO BENITEZ RAIGOSO Y OTROS.

Laurentino Benítez Raigoso y otros cinco ciudadanos, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad, solicitaron se declare la nulidad de algunos artículos del Acuerdo 169 de 1980 del Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Se expusieron en la demanda los siguientes hechos:

"1. En virtud de la llamada Reforma de la Educación Superior del Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley 8a. de 1979, expidió entre otros, los Decretos 80 de 1980, "por el cual se organiza el Sistema de Educación post-secundaria", y 82 de 1980, "por el cual se establece el régimen orgánico de la Universidad Nacional de Colombia y se dictan otras disposiciones".

2. Como consecuencia de dicha reforma, quienes hasta entonces venían vinculados a la Universidad Nacional de Colombia en calidad de trabajadores oficiales, en adelante quedaron asimilados a la condición de empleados públicos. Así fue dispuesto por el artículo 122 del Decreto 80 de 1980.

3. La Universidad Nacional de Colombia expidió la Planta de Personal mediante Acuerdo No. 39 del 28 de marzo de 1980 del Consejo Superior Universitario.

4. Los servidores de la Universidad Nacional que hasta entonces laboraron como trabajadores oficiales, estaban organizados gremialmente en el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Nacional, y disfrutaban de un régimen salarial y prestacional especial conquistado esforzadamente a través de numerosas Convenciones Colectivas, la última de las cuales se firmó el día 14 de octubre de 1980.

5. Según el artículo 130 del Decreto 80 de 1980, inciso dos, "El cambio de la naturaleza jurídica de la vinculación no implicará disminución o pérdida de la remuneración o de las prestaciones sociales que hubieren alcanzado conforme a derecho con anterioridad a la expedición de este Decreto. Esta disposición es aplicable a quienes actualmente están al servicio de una institución oficial de educación superior, mientras conserven su vinculación a la misma".

6. No obstante que el artículo 130 del Decreto 80 de 1980 ampara los salarios y prestaciones que los trabajadores oficiales "hubieren alcanzado conforme a derecho", en clarísima alusión a los beneficios económicos y sociales logrados mediante Convención Colectiva, el Consejo Superior de la Universidad Nacional no tuvo inconveniente en disminuirlos, recortarlos y derogarlos mediante un acto administrativo audaz, por decir lo menos, el Acuerdo 169 del 3 de diciembre de 1980.

7. El Acuerdo 169 de 1980 no sólo ha transgredido ostensiblemente la Constitución, las leyes y el carácter contractual bilateral que el Derecho atribuye a las Convenciones Colectivas pactadas, sino que ha perturbado innecesariamente la paz laboral y ocasionado considerables perjuicios sociales que afectan, hoy, a miles de colombianos".

Las normas violadas y el concepto de la violación se plantearon así:

Artículos 30 y 76, ordinales 1º y 9º de la Constitución Nacional.

Artículo 130 del Decreto 80 de 1980, artículo 13 del Decreto 82 de 1980, artículos 478, 479 y 480 del Código Sustantivo del Trabajo.

IV. CONCEPTO DE LA VIOLACION

1. *La regulación de las prestaciones sociales en el sector público.* El acto demandado precisa su objeto y contenido en el encabezamiento, que dice: "Por el cual se regula el reconocimiento y pago de algunas prestaciones sociales de los Empleados Oficiales que en virtud de los Decretos Leyes 080 y 082 y del Acuerdo 39 de 1980 adquirieron la calidad de Empleados Públicos".

Bien sabido es que, ordinariamente, sólo el Congreso tiene atribución constitucional para legislar en materia de prestaciones sociales para los servidores del sector público, y excepcionalmente el Gobierno Nacional, en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas de manera precisa y pro témpore por el Congreso. La Universidad Nacional de Colombia es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Educación Nacional, y sus servidores son, bien trabajadores oficiales o bien empleados públicos.

El ordinal 9º del artículo 76 de la Carta faculta al Congreso para, mediante leyes, "Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, ASI COMO EL REGIMEN DE SUS PRESTACIONES SOCIALES" (subrayo).

Es evidente que el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional, al expedir un estatuto de prestaciones sociales para sus empleados, invadió un ámbito de competencia privativo del Congreso Nacional, no delegado por éste a la administración en ninguno de sus niveles para este objeto específico. Por tanto, el Acuerdo 169 de 1980 es inconstitucional. El Consejo Superior de la Universidad Nacional se erigió intempestivamente en legislador y, so pretexto de interpretar las leyes recurriendo para tal propósito hasta a la Ley 153 de 1887, las reelaboró caprichosamente y las vació de contenido como veremos a continuación. Por todas estas razones el Acuerdo 169 de 1980 viola también el ordinal 1º del artículo 76 de la Constitución, según el cual corresponde de manera exclusiva al Congreso "Interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes".

2. *Los salarios y prestaciones alcanzados conforme a derecho.* Por virtud de la ley los servidores de la Universidad Nacional, así como los de las instituciones oficiales de educación superior en general, que hasta entonces venían vinculados como trabajadores oficiales, adquirieron el carácter de empleados públicos sin necesidad de nombramiento ni de posesión. Naturalmente esta transición de régimen laboral implicaba un enorme cambio en las condiciones salariales y prestacionales que la ley no quiso dejar desamparado. Con el objeto de no cometer una gran injusticia con los trabajadores afectados, y con la sana intención de que no sufrieran

disminución en sus ingresos y demás beneficios laborales aquéllos que estaban amparados por las conquistas recogidas en sucesivas Convenciones Colectivas, se redactó el artículo 130 del Decreto 80 de 1980, que en su segundo inciso expresa: "El cambio de naturaleza jurídica de la vinculación no implicará disminución o pérdida de la remuneración o de las prestaciones sociales que hubieren alcanzado conforme a derecho con anterioridad a la expedición de este Decreto. Esta disposición es aplicable a quienes actualmente están al servicio de una institución oficial de educación superior, mientras conserven su vinculación a la misma".

De manera que si, por consecuencia del cambio de la naturaleza jurídica de la vinculación, uno solo de los trabajadores llegare a padecer "disminución o pérdida de la remuneración o de las prestaciones sociales que hubieren alcanzado conforme a derecho", se estaría consumando un acto flagrantemente violatorio de este artículo 130, es decir, un acto ilegal.

Pues bien, la ilegalidad del procedimiento adoptado por las directivas de la Universidad Nacional ha quedado documentada en el Acuerdo 169, que a través de su articulado condiciona, recorta y deroga unilateralmente salarios y prestaciones alcanzados "conforme a derecho" merced a arduas negociaciones plasmadas en Convenciones Colectivas. Ningún jurista podría dudas del fundamento jurídico de la negociación colectiva, ni de que los derechos consagrados por el compromiso de una Convención Colectiva corresponden a esa categoría a que alude el artículo 130 del Decreto 80 de 1980: los salarios y prestaciones alcanzados conforme a derecho.

El desconocimiento de lo que en buena lid se ha alcanzado a través de los canales y procedimientos jurídicos, con tan justo título como lo son las Convenciones Colectivas, respecto de las cuales no opera sólo el interés de los particulares contratantes sino el interés público, la credibilidad misma que merece todo el ordenamiento jurídico y la paz social, constituyen una violación evidente de los derechos civiles y garantías sociales contenidos en el Título III de nuestra Constitución, y en particular de su artículo 30.

3. *Las funciones del Consejo Superior Universitario.* El artículo 13 del Decreto 82 de 1980, que establece el régimen orgánico de la Universidad Nacional de Colombia, reglamenta las funciones del Consejo Superior, "máximo órgano de gobierno de la Universidad", en diecisiete literales. Pues bien, con todo y ser numerosas y detalladas las competencias fijadas por la ley a este organismo, por ninguna parte aparece que esté facultado para modificar el régimen prestacional de los empleados de la Universidad, razón por la cual el acto demandado debe considerarse nuevamente ilegal, esta vez por violación del artículo 13 del Decreto 82 de 1980.

4. *Las Convenciones Colectivas.* La convención colectiva se considera como institución central y finalidad suprema del derecho colectivo del trabajo, elemento esencial del derecho de las relaciones colectivas de trabajo y medio de organización económica e instrumento de paz social. En términos semejantes a los anteriores se

expresan eminentes especialistas nacionales y extranjeros: Guillermo Camacho Henríquez, Mario de la Cueva, Durand.

Y no se trata de simple retórica forense. Ciertamente, la convención colectiva de trabajo, por los fines sociales de la institución y por canalizar efectivamente los conflictos económicos mediante fórmulas jurídicas, goza de amplia protección del Estado y de las leyes. Sería gravemente perturbador que, por la acción del mismo Estado, comenzara a perderse fe en la eficacia de la negociación colectiva para solucionar pacíficamente los conflictos surgidos en las relaciones de trabajo, y que por culpa de la acción irresponsable de la administración comenzaran a ser inseguros o inciertos, en la conciencia de la ciudadanía, los derechos legítimamente alcanzados dentro de los cauces legales que, se supone, la misma administración patrocina y ampara. Un estado de derecho no puede tolerar semejante contradicción sin el riesgo de disolverse irremediablemente.

La Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo reglamenta detalladamente los procedimientos que deben seguirse para solucionar los conflictos colectivos de trabajo y que normalmente concluyen en acordar una convención colectiva. En particular creo merecen especial comentario los artículos 478, 479 y 480 del Código.

Según el artículo 478, la convención se entiende prorrogada por período sucesivos de seis en seis meses, si dentro de los sesenta días anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubieren hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada. Esta manifestación escrita sólo puede hacerse conforme a las exigencias del artículo 479 del mismo código.

Aún formulada en estos términos la denuncia, la convención colectiva continuará vigente hasta tanto se firme la nueva convención.

La revisión de las convenciones colectivas sólo puede hacerse de acuerdo con el procedimiento que fija el artículo 480 del CST. Cuando no haya acuerdo entre las partes, "CORRESPONDE A LA JUSTICIA DEL TRABAJO DECIDIR SOBRE ELLAS Y ENTRE TANTO ESTAS CONVENCIONES SIGUEN EN TODO SU VIGOR".

Como el Acuerdo 169 de 1980 fue expedido por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional con el exclusivo propósito de revisar la Convención Colectiva vigente, de modificarla e, inclusive, de derogarla, sin que hubiere antecedido acuerdo entre las partes y sin acatar para nada el riguroso procedimiento que prescribe la ley en estos casos, el Acuerdo perturba nuevamente el orden jurídico colombiano, creando de paso una grave perturbación, también, del orden público y una crisis de credibilidad en las instituciones".

Tramitado el proceso, el Ministerio Público opinó en el sentido de que las normas impugnadas del Acuerdo aludido deben ser anuladas por los conceptos de

violación que desarrolla la parte demandante, "pero sólo respecto a los ar- tículos 76-9a. de la Constitución Nacional y 13 del Decreto Ley 82 de 1980".

El proceso hubo de reconstruírse como consecuencia de su destrucción en los hechos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia. Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Ya se vio que el acto acusado pretende regular el reconocimiento y pago de algunas prestaciones sociales de determinados empleados públicos de la Universidad Nacional de Colombia.

Al efecto, su artículo 1º dispuso:

"Quienes a partir del 28 de marzo de 1980, de conformidad con los considerandos anteriores, quedaron incorporados como Empleados Públicos por disposiciones de las leyes y reglamentos, disfrutarán de prestaciones sociales en los términos que consagra el presente Acuerdo, siempre y cuando permanezcan sin solución de continuidad al servicio de la Universidad".

El artículo 2º estableció:

"El personal a que se refiere el artículo anterior tendrá derecho al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales": y a renglón seguido se dispuso cuáles y en qué condicione se causaban las prestaciones sociales.

Para la Sala, es evidente que con la expedición de las disposiciones acusadas del Acuerdo 169 aludido, se quebrantó el artículo 76, numeral 9, de la Constitución Política, que deja en manos del legislador la fijación del régimen de prestaciones sociales de los servidores del Estado, el cual, también puede serlo por el Ejecutivo, pero mediante la expedición de Decretos extraordinarios en virtud de precisas facultades que se le confieran con arreglo a los mandatos del numeral 12 *ibídem*.

Vale decir, que las prestaciones sociales de los servidores oficiales sólo pueden regularse por la ley o por Decretos con igual fuerza jurídica, de la cual carece, como es obvio, el Acuerdo acusado.

Le asiste, pues, razón a la parte demandante en la primera acusación que formula, según quedó transcrito, y al Ministerio Público cuando opina que las normas impugnadas deben ser anuladas por la violación del artículo 76, numeral 9, de la Constitución Política.

Al ser suficiente la transgresión de la mencionada norma constitucional para despachar la nulidad que se impetra y que la Sala acaba de verificar, no se requiere del estudio de las demás infracciones de preceptos superiores que

CONSEJO DE ESTADO

se denuncian en la demanda, y porque, además los efectos de la nulidad de un acto administrativo son iguales en caso de que con su expedición se haya infringido una o varias disposiciones jurídicas, como reiteradamente se ha sostenido.

No obstante la conclusión ya expuesta a que ha llegado la Sala, conviene hacer la siguiente aclaración respecto a la nulidad de normas que, como el numeral 1, inciso primero del artículo 2º del Acuerdo en cuestión, se limitan a hacer referencia al ordenamiento jurídico que conforme a derecho debe ser aplicado, como acontece con la remisión que al Decreto 3135 de 1968 hace el referido inciso.

En principio, podría pensarse que no sería procedente anular aquella norma, porque se limita a hacer referencia a la ley, sin alterarla o desconocerla.

Pero, debe tenerse en cuenta que dicho inciso primero hace parte de un cuerpo jurídico de indiscutible naturaleza normativa, como lo es el Acuerdo 169 impugnado, cuya expedición está por fuera de la competencia que le asigna el artículo 13 del Decreto extraordinario 82 de 1980 al Consejo Superior Universitario.

No se trata entonces, de averiguar si las normas expedidas coinciden o no con otras de superior estirpe, sino de verificar, como se hizo, la acusación formulada sobre la incompetencia del órgano que las profirió.

De otro lado, también quiere la Sala referirse, por la importancia que le derivan los demandantes a los efectos del artículo 130 del Decreto Extraordinario 80 de 1980, al tema de las prestaciones sociales logradas conforme a derecho con anterioridad a la expedición del mencionado Decreto, pero sólo respecto de una de las condiciones implícitas, como lo es la de haber tenido la verdadera calidad de trabajador oficial.

Es evidente que el cambio de condición jurídica de trabajador oficial a empleado público supone aquella hipótesis; pues, si aparentemente se tenía la calidad de "trabajador oficial", pero jurídicamente se era empleado público, no solamente no hay cambio sino que el salario y las prestaciones sociales convencionales no se habrían alcanzado conforme a derecho, toda vez que los empleados públicos de la Universidad Nacional de Colombia nunca han estado habilitados por la ley para celebrar convenciones colectivas.

En mérito de lo dicho, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

DECLARASE que son nulos los artículos 1º, 2º, numeral 1º inciso primero, 4, 5, 6, 7 y 8; 3º, 4º y 5º del Acuerdo número 169 del 3 de diciembre de 1980,

proferido por el Consejo Superior Universitario de la Universidad Nacional de Colombia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

Aprobada en la Sala el 27 de abril de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

PRESTACIONES SOCIALES/ EMPLEADO PUBLICO

El Consejo Directivo de la CVC, no podía como lo hizo, ni aún en la hipótesis de que la norma del Decreto Extraordinario 1707 de 1960 que se invocó estuviere vigente, regular materia alguna de las reservadas por la Constitución Política al legislador, como lo es la relativa al auxilio de cesantía de los empleados oficiales de dicha Corporación.

SE SUSPENDE PROVISIONALMENTE el inciso 1º de la decisión contenida en el punto "V. Asuntos Laborales" del Acta No. 1.243 del 18 de enero de 1989 correspondiente a sesión del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4921. Autoridades Nacionales. Actor: LA NACION COLOMBIANA.

1o. Se le reconoce personería al abogado Carlos Modesto Quintero Puentes como apoderado de la Nación.

2o. Admítese la demanda presentada.

3o. Fíjese en lista por el término de 5 días.

4o. Solicítense los antecedentes administrativos, para que se remitan dentro del término de 10 días.

5o. *Suspensión provisional.*

La parte demandante solicita se suspenda provisionalmente la norma acusada, contenida en el Acta número 1.243 correspondiente a la sesión del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca de 18 de enero de 1989, cuyo tenor es el siguiente:

"V. *Asuntos Laborales*. Con fundamento en el Decreto Ley 1707 de 1960, artículo 45, ordinal q), el Consejo Directivo decidió que la liquidación de las cesantías del personal vinculado a la Corporación el día 1o. de enero de 1989 se haga retroactiva al 1o. de enero de 1985, con base en el salario promedio devengado en el último año de servicio. Para quienes ingresen o hayan ingresado a la Corporación en fecha posterior al 1o. de enero de 1985, la liquidación de cesantías se hará retroactiva a la fecha de entrada".

La solicitud se sustentó en los términos siguientes:

"1. El acto acusado viola de manera manifiesta el artículo 20 de la Constitución Nacional. En este artículo se establece que: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios Públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas". Es decir, que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les permite la ley. Esto indica que, si de acuerdo con el numeral 9 del artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al congreso hacer las leyes, y por medio de ellas fijar el régimen de las prestaciones sociales de los empleados públicos, la susodicha acta, en el numeral V (Asuntos Laborales), se opone manifiestamente al artículo 20 de la Constitución Nacional, pues resulta en abierta contradicción con él, dado que el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca "C.V.C." no tiene ninguna competencia para modificar el régimen prestacional de sus empleados, extralimitándose en sus funciones al expedir el acto acusado, arrogándose facultades que son exclusivas del legislador.

2. Igualmente el acto acusado viola de manera manifiesta el artículo 76, numeral 9, Constitución Nacional.

El Decreto 1707 de 1960, en su artículo 45 literal "Q", "Son funciones del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca "C.V.C." aprobar, improbar o modificar las normas generales que han de regir el empleo, *las escalas salariales* y la administración del personal general de la Corporación que prepare y presente el Director Ejecutivo" (Subrayado nuestro).

Nótese que la facultad legal contenida en la disposición que acaba de transcribirse, sólo se refiere a la modificación del régimen salarial, *y nada se dijo del régimen prestacional*. Por ello, es bueno recordar que uno y otro se diferencian, mientras el primero está constituido por factores como asignación básica, gastos de representación, prima técnica, auxilios de transporte y ali-

mentación, prima de servicio, bonificación por servicios prestados, etc.; el segundo según el artículo 5 del Decreto 1045 de 1978 está integrado por elementos como vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de maternidad, *auxilio de cesantías,* pensión de jubilación, etc.

No debemos olvidar que con fundamento en el numeral 9 del artículo 76 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso por medio de la Ley "... Determinar la estructura de la administración nacional mediante la creación de Ministerios, Departamentos Administrativos y Establecimientos Públicos, y fijar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos, *así como el régimen de sus prestaciones sociales...*" (Subrayado nuestro).

Facultad que igualmente puede ejercer el Ejecutivo cuando expresamente la citado corporación le conceda atribuciones precisas para ello, con fundamento en el numeral 17 del artículo 76 ya anotado.

Indiscutiblemente la modificación del procedimiento legal vigente para la liquidación de cesantías tanto parciales como definitivas, cae bajo el régimen prestacional y no abarca ni puede abarcar el régimen salarial".

Se remata la sustentación con transcripción de una providencia de esta Sala.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Tratándose de la acción de nulidad, el actual artículo 152 del C.C.A., exige para la procedencia de la suspensión provisional, que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas con fundamento en la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

Al confrontar la Sala la norma acusada con el artículo 76, numeral 9 de la Constitución Política, verifica la ostensible transgresión del segundo en tanto que sólo el legislador puede fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales.

El Consejo Directivo de la CVC, no podía como lo hizo, ni aún en la hipótesis de que la norma del Decreto Extraordinario 1707 que se invocó estuviere vigente, regular materia alguna de las reservadas por la Constitución Política al legislador, como lo es la relativa al auxilio de cesantía de los empleados oficiales de dicha Corporación.

Sin necesidad de argumentación adicional, la Sala dispondrá la suspensión provisional solicitada.

POR LO EXPUESTO, SE DISPONE

SUSPENDESE provisionalmente el inciso primero de la decisión contenida en el punto "V. *Asuntos Laborales.*" del acta número 1.243 del 18 de enero de 1989 correspondiente a sesión del consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca.

6o. Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público y al Director Ejecutivo de dicha corporación y por estado. Para notificar al Director se considera al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por el término de 10 días. Líbrase el oficio correspondiente. La notificación por estado será la última.

Cópiese.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.*

Miguel Antonio Perilla P., Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites/ **NOTARIOS**

La potestad reglamentaria que el artículo 120 numeral 3 de la Constitución confiere al Presidente de la República sólo permite expedir normas que hagan viable el cumplimiento y ejecución de las leyes, más no su modificación, ampliación o restricción; y es claro que mediante un Decreto reglamentario no pueden establecerse excepciones a la aplicación de una norma legal, sin exceder esa potestad reglamentaria.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de la frase contenida en el artículo 1º del Decreto Reglamentario No. 3047 de 1989: "Salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4889. Decretos del Gobierno. Actor: Manuel Ignacio Galvis Esteban.

Admítese la demanda que en su propio nombre y en acción de nulidad presenta el señor Manuel Ignacio Galvis Esteban.

Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público, al señor Ministro de Justicia y al señor Superintendente de Notariado y Registro.

Fíjese en lista por el término de 5 días, para los efectos señalados en el numeral 5 del artículo 207 del C.C.A.

Solicita el demandante la suspensión provisional de la frase contenida en el artículo 1º del Decreto Reglamentario No. 3047 de 1989, expedido por el señor Presidente de la República, que reza:

"... salvo que se trate de un Notario en propiedad caso en el cual podrá terminar el período en curso".

Argumenta el libelista para sustentar su petición que "Al establecer una excepción la disposición reglamentaria, el Gobierno violó expresamente el numeral 3º del artículo 120 de la C.N. que lo faculta únicamente para expedir "las ordenes, Decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las Leyes", y no para modificarlas ni reformarlas como ha sucedido en este caso".

Y agrega: "El Gobierno modificó la Ley al establecer con la aludida excepción un régimen particular para "quienes ejercen el cargo en propiedad", desvirtuando así el límite de edad de retiro forzoso que consagró como precepto general".

Cita y transcribe el artículo 182 del Decreto 960 de 1970 para demostrar que esta norma, que tiene fuerza de ley, no contempla la excepción establecida en el Decreto Reglamentario.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Es evidente que el artículo 1º del Decreto 3047 de 1989 reglamenta el Decreto Ley 960 de 1970, como lo indica su encabezamiento, y que la parte final acusada, se refiere expresamente al artículo 182 del Decreto Ley 960 de 1970, que es del siguiente tenor:

> **"El Notario que llegue a encontrarse en circunstancias de retiro forzoso deberá manifestarla al funcionario que lo haya designado, tan pronto como ella ocurra. El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público o de la vigilancia notarial, o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal".**

El artículo 1º del Decreto Reglamentario, luego de señalar la edad de 65 años para el retiro forzoso de los Notarios, reproduce el 182 transcrito en cuento al procedimiento para que el retiro se produzca y el plazo dentro del cual se debe efectuar, pero agrega una salvedad que cobija a los notarios nombrados en propiedad, los cuales pueden permanecer en su cargo hasta terminar el período en curso.

De la simple comparación de textos se infiere, que el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3047 de 1989 en su parte final, establece una excepción a lo dispuesto por el artículo 182 del Decreto Ley 960 de 1970, excepción no contenida en esta norma y que indudablemente modifica los términos de su aplicación.

La potestad reglamentaria que el artículo 120 numeral 3º de la Constitución confiere al Presidente de la República sólo permite expedir normas que hagan viable el cumplimiento y ejecución de las leyes, mas no su modificación, ampliación o restricción; y es claro que mediante un Decreto reglamentario no pueden establecerse excepciones a la aplicación de una norma legal, sin exceder esa potestad reglamentaria.

En consecuencia, preciso es concluir que se dan los requisitos para suspender provisionalmente la norma acusada, conforme al artículo 152 de C.C.A.

POR LO EXPUESTO SE RESUELVE

Decrétase la suspensión provisional de la siguiente frase contenida en el artículo 1º del Decreto Reglamentario No. 3047 de 1989:

"Salvo que se trate de un Notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 27 de abril de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PERSONAL DE BOMBEROS/ JORNADA LABORAL

La relación laboral de algunos servidores públicos que trabajan en entidades que por su naturaleza y fines deben prestar determinados servicios que interesen a la comunidad y que hace relación, especialmente, con la tranquilidad ciudadana, el orden público, la salubridad y seguridad de las personas, no puede someterse a una jornada de labores con límite específico de tiempo, toda vez que tales servicios deben prestarse ininterrumpidamente. De ahí que, en virtud de los reglamentos internos de dichas instituciones, se establezca la disponibilidad permanente de las personas encargadas de prestar esos servicios, como única manera de poder atender en forma eficaz y eficiente las situaciones que se presenten en cualquier momento y que hagan menester la prestación inmediata del servicio a ellas encomendado.

La administración de Medellín podía establecer validamente una reglamentación sobre la jornada laboral del Cuerpo de Bomberos, sin sujeción al límite de la jornada laboral ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr.Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4420. Asuntos Municipales. Actor: NELSON DE J. CIFUENTES SUAREZ.

Consulta el Tribunal Administrativo de Antioquia su sentencia de 17 de marzo de 1989, por la cual accede las súplicas del actor señor Nelson de J. Cifuentes Suárez, quien, por conducto de apoderado, demandó la nulidad de las Resoluciones números 969 de 3 de abril de 1986 y 159 de 1o. de diciembre del mismo año,

proferidas en su orden por la Jefatura de Personal y la Secretaría de Servicios Administrativos del Municipio de Medellín, a fin de obtener, a título de restablecimiento del derecho, el pago de las sumas que se le adeuden por un período de tres años, contados a partir de la solicitud de reconocimiento y de las que se causen en el curso del proceso, por los siguientes conceptos:

"a) Por reajuste en el pago de los salarios causados, teniendo en cuenta la jornada laboral asignada y cumplida así como el salario hora que corresponde a la categoría del cargo del actor, $375.954.00 de enero 1o. de 1983 a diciembre 31 de 1986 inclusive.

b) Por reajuste en el pago de la sobreremuneración por trabajo nocturno, teniendo en cuenta las horas laborales dentro de cada jornada y el factor hora aplicable a la categoría del cargo del actor, $31.583.00 de enero 1o. de 1983 a diciembre 31 de 1986 inclusive.

c) Por reajuste en el pago de los dominicales y festivos laborados, teniendo en cuenta la jornada laboral y el salario hora que corresponde a la categoría el cargo del actor, para con base en ellos reconocer el recargo del ciento por ciento (100%) sobre las horas diurnas y adicional a éste el treinta y cinco por ciento (35%) por las horas nocturnas así laboradas, $71.961.00 de enero 1º de 1983 a diciembre 31 de 1986 inclusive.

d) Por reajuste en el pago de las diferentes prestaciones sociales reconocidas tales como prima de navidad, prima de vida cara o costo de vida, prima de vacaciones, prima de maternidad, prima de ambigüedad, vacaciones, aguinaldo, etc., $143.283.00 de enero 1o. de 1983 a diciembre 31 de 1986, inclusive.

e) Por reajuste en el pago de los períodos de incapacidad y vacaciones, teniendo en cuenta el salario hora que corresponde a la categoría del cargo del actor y además las sumas que constituyen salario y que determinan el promedio con el que se deben liquidar tales conceptos, es decir, los derivados de los recargos por trabajo nocturno, dominicales, festivos, tiempo suplementario que por ser salario deben tenerse como tal para liquidar las prestaciones dichas, $21.588.oo de enero 1o. de 1983 a diciembre 31 de 1986, inclusive.

f) El pago en dinero de los descansos compesatorios que se adeudan al actor por su trabajo habitual en domingos y festivos.

g) Pago de la sobreremuneración debida por el tiempo extra laborado en cada jornada, es decir, el laborado excediendo los límites de la jornada máxima legal, $656.645.00 de enero 1o. de 1983 a diciembre 31 de 1986" (folios 30-31)

El Tribunal acogió los planteamientos de la demanda considerando que las actividades desarrolladas por el actor, que se desempeña como Conductor Mecánico en el Departamento Metropolitano de Bomberos de Medellín, es continua y regular, y por tanto, "la jornada de trabajo debe corresponder a la regla general prevista en el artículo 3º del la Ley 6a. de 1945 que no puede exceder de 8 horas al día o 48 semanales, lo que permite afirmar que todo aquello que exceda de 8 horas diarias o 48 semanales constituye trabajo extra o suplementario, que debe ser remunerado de conformidad con los recargos legales a que haya lugar" (folio 222).

Surtido del trámite establecido en el artículo 184 del C.C.A. y ordenado el traslado al Agente del Ministerio Público, éste emitió su concepto así:

> "La sentencia consultada se ciñe estrictamente a las evidencia procesal y al ordenamiento jurídico que le es aplicable, en especial al Acuerdo No. 60 de 1961 del Consejo Municipal de Medellín, cuya inaplicación se tradujo en la protestada liquidación del salario que debía reconocerse al actor: y es que la administración no respaldó su negativa a aplicar el Acuerdo en cita, en razonamientos que sustentaran una excepción de inconstitucionalidad o de ilegalidad del mismo. No. Simplemente le dio una interpretación restrictiva, distinguiendo, como intérprete, donde el productor de la norma no distinguió, pues, para el caso, no resulta cierto que el Concejo, en el Acuerdo en referencia, hubiera dispuesto un factor diferente de liquidación de salarios atendiendo el número de horas laboradas. No. Claro que el factor de liquidación es el mismo, variando, desde luego, el cuantum según las horas laboradas. Tampoco resulta cierto que el Acuerdo en comento discrimine para efectos salariales, sobre la clase de funciones desempeñadas.
>
> Como base en consideraciones similares a las anteriores se profirió el fallo recurrido, cree esta Agencia Fiscal que el mismo amerita confirmación" (folio 245).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

La fijación de la jornada de trabajo de la administración pública es de origen estatutario, es decir impuesta por la ley. Mas como el demandante presta sus servicios a una organización especial del Municipio de Medellín, como lo es el cuerpo de Bomberos, se examinará si la jornada de trabajo corresponde a la máxima determinada directamente por la ley, o si por el contrario, su señalamiento ha sido deferido por el legislador a otra autoridad y si la fijada en este caso por la Alcaldía Municipal de esa ciudad mediante Decreto No. 100 de 1965, armoniza o no con las directrices existentes sobre el particular.

La Ley 6a. de 1945 que en el inciso 1º del artículo 3º señaló en forma general que las horas de trabajo no pueden exceder de ocho (8) al día, ni de cuarenta y ocho (48) a la semana, en el parágrafo 1º del mismo artículo preceptúa que esa disposición no se aplica, entre otras actividades a las "laborales que a juicio del Gobierno,

no sean susceptibles de limitación de la jornada o deban regirse por normas especiales". Como plenamente lo justifica la prestación de un servicio como el de bomberos, que no es susceptible de interrupción.

Por consiguiente, el Gobierno ya sea del orden nacional, departamental o municipal, dentro de los límites señalados en dicha norma, goza de facultad discrecional para fijar la jornada de trabajo sin sujección a la regla general a la cual hizo referencia.

El actor como se dijo, es funcionario del Municipio de Medellín y se desempeña como conductor mecánico en el Departamento de Bomberos de la Secretaría de Gobierno, en tal virtud, debe prestar sus servicios con sujeción a los turnos de trabajo señalados en los artículos 4º y 5º del Decreto 100 de 1965, expedido por la Alcaldía de Medellín, en los cuales se dispone:

> "ARTICULO 4º.- El Cuerpo de bomberos está organizado en dos compañías que atenderán al servicio por turnos de un día natural (24 horas), de 8 a.m. a 8 a.m. y descansarán durante un lapso exactamente igual, excepto, en los casos en que por razones de organización, en sus días de franquicia (horas matutinas), deban desarrollar campañas de prevención; o en el transcurso del día, o de la noche, deban asistir a las llamadas de Bomberos; o cuando por cualquier motivo se llame al personal para acuartelamiento. Se denominarán Compañía "A" y Compañía "B".
>
> ARTICULO 5º.- Para compensar los excesos de trabajo en los días de franquicia, o de descanso, citados en el artículo anterior, todas las unidades, excepto el jefe, el sub-Jefe, el Secretario Almacenista y el Auxiliar del Secretario Almacenista, disfrutarán semanalmente y por turnos rigurosos de un día de descanso, denominado "Día de Civil", del cual harán uso en día que corresponda libre, con la diferencia de que no tendrán obligaciones materiales con la Institución a partir de las 8 a.m. del día en que entregan el servicio y que les corresponda como de "Civil" hasta el día siguiente a la misma hora, salvo en los casos de acuartelamiento y otros especiales en los cuales el Jefe, a su juicio, podrá suspender el uso de dicho día, para reconocerlo luego, cuando las circunstancias se normalicen. Durante los días de civil el personal tendrá obligación de vestirse de tal manera y no podrá usar el uniforme, sin previo permiso del Jefe o del Sub-Jefe (folio 78).

(...) Mediante Decreto No. 272 de 18 de junio de 1975 (folios 110 a 116), la Alcaldía de Medellín, reglamentó la jornada de trabajo de sus empleados públicos y trabajadores oficiales en general, la cual fue establecida en 8 horas diarias o cuarenta y ocho a la semana. Empero, en el artículo 8º del citado Decreto se dispuso que "Los demás empleados públicos y trabajadores oficiales municipales que tengan señaladas, por la naturaleza de sus funciones, jornadas máximas legales superiores a la ordinaria de cuarenta y ocho (48) horas semanales, las conservarán con la misma intensidad y distribución con que han venido rigiendo,..." (folio 113).

De igual manera, el Decreto No. 086 de 1983 (folios 120 a 122), mediante el cual la Alcaldía de Medellín, estableció el horario de trabajo para los empleados de ese Municipio, exceptuó del horario general allí señalado, al personal que trabaja en actividades que por razón del servicio requieren horarios especiales, "o la labor que se realiza sin solución de continuidad" (folios 120 a 122).

De lo anterior se desprende, en primer término, que por disposición del Gobierno Municipal a las personas vinculadas al Cuerpo de Bomberos de Medellín se les señaló una jornada de trabajo excepcional dada las especiales características de la labor que desarrollan.

La voluntad gubernamental en este sentido se manifiesta, no sólo a través de lo previsto en el Decreto 100 de 1965, sino también en lo dispuesto en los Decretos 272 de 1975 y 086 de 1986, antes mencionados, ya que éstos consagran excepciones que permiten una jornada laboral más amplia que la jornada ordinaria de trabajo de 8 horas. excepciones en las cuales encaja perfectamente la labor realizada por la dependencia citada; vale decir, la jornada de trabajo del Cuerpo de bomberos, no sufrió ninguna alternación con la expedición de esos estatutos, continuando vigente la señalada en el Decreto 100 de 1965, cuya duración es de 24 horas, lo cual armoniza con lo preceptuado en el parágrafo 1o. del artículo 3º de la ley 6a. de 1945.

Asímismo, se conservó la distribución del personal del mencionado Departamento, señalado por la administración municipal, mediante el Decreto citado.

Sentado lo anterior, debe la Sala examinar si ciertamente el personal que presta sus servicios en el Departamento de Bomberos de Medellín, esta o no sujeto a la jornada laboral ordinaria prevista en la Ley 6a. de 1945, como lo sostiene el Tribunal en el fallo que se consulta, o se halla dentro de las jornadas de trabajo excepcionales previstas por el legislador y respecto de las cuales esta Corporación ha hecho precisiones jurisprudenciales acerca de su procedencia.

Para la Sala, la relación laboral de algunos servidores públicos que trabajan en entidades que por su naturaleza y fines deben prestar determinados servicios que interesan a la comunidad u que hacen relación, especialmente, con la tranquilidad ciudadana, el orden público, la salubridad y seguridad de las personas, no puede someterse a una jornada de labores con límite específico de tiempo, toda vez que tales servicios deben prestarse ininterrumpidamente. De ahí que, en virtud de los reglamentos internos de dichas instituciones, se establezca la disponibilidad permanente de las personas encargadas de prestar esos servicios, como única manera de poder atender en forma eficaz y eficiente las situaciones que se presenten en cualquier momento y que hagan menester la prestación inmediata del servicio a ellas encomendado. Tal sucede entre otros, respecto del personal del Ministerio de Defensa, del Departamento Administrativo de Seguridad, del Departamento de Bomberos de las distintas localidades, cuya finalidad como lo precisa el artículo 36 del Código Nacional de Policía, es la extinción de incendios, estatuto que cataloga, acertadamente a esa actividad como un servicio de policía que puede prestarse

por organizaciones privadas o de cargo del Tesoro local, con miras a la protección del orden público interno, y, que como tal, no puede sufrir interrupción en su prestación.

El anterior criterio lo ha expresado esta Sección en fallos como el fecha el 9 de octubre de 1979, expediente número 1765, actor David Aguilera Gómez, Consejero Ponente doctor Ignacio Reyes Posada, el cual fue confirmado por la Sala Plena de la Corporación, mediante sentencia de 19 de octubre de 1982, Consejero Ponente doctor Jorge Dangong Flórez, en uno de cuyos apartes se lee:

> "Se afirma en el acto administrativo acusado (folios 1 y 2) 'que en virtud de los reglamentos internos que rigen la institución y la índole de las funciones que la ley señala, sus empleados están obligados a una disponibilidad permanente, única manera de poder atender en forma eficiente y eficaz las situaciones de carácter delictivo que se puedan presentar', lo que efectivamente sucede cuando se trata de personas que prestan sus servicios oficiales en determinados Ministerios, instituciones o departamentos administrativos como serían el Ministerio de Defensa Nacional, la Policía Nacional, el Departamento Administrativo de Seguridad, demandado en este juicio, etc., que tienen a su disposición un personal cuya relación legal y reglamentaria se adapta a las condiciones exigidas por el servicio mismo, dada su naturaleza, organización y fines, lo que implica por consiguiente horarios, disciplinas y disponibilidades que le son propias y distintas a las del resto de empleados públicos cuyos horarios generalmente están comprendidos entre las 8 a.m. y las 12 meridiano y de las 2 p.m. a las 6 p.m. de lunes a viernes de cada semana y en los sábados de 8 a.m. a 12 meridiano.
>
> De lo anterior se puede concluir que cuando la persona se vincula a la administración pública en esta clase de labores, acepta de antemano las reglamentaciones que sobre el particular tengan señaladas estas entidades y por tanto no existe razón para que posteriormente se reclamen del Tesoro Público pago de dominicales, recargos nocturnos u horas extras, pues la modalidad de la vinculación, en cuanto a horarios y jornadas de trabajo se refiere, es propia de esta categoría de funcionarios" (Anales del C. de E. - 2o. Semestre de 1979, página 303).

También en fallo de 20 de marzo de 1980, esta Sección, sobre el particular, dijo lo siguiente:

> "La Sala acoge en su integridad al anterior concepto porque es evidente que en el orden jerárquico de los empleos públicos existen algunos que por su naturaleza y las funciones correspondientes no están sujetos a jornada de trabajo, esto es, no están sometidos a horario, sino que, por el contrario, sus titulares se entienden estar comprometidos en todo momento al ejercicio de las funciones que le son propias.

En el orden de actividad privada la ley consagra expresamente cuáles trabajadores no están sujetos a jornada alguna de trabajo por razón de la función desempeñada y entre ellos, los primeros, son los empleados de dirección y de confianza. En el sector privado un presidente de empresa, un gerente, vicepresidente o subgerente no está sujeto a jornada de trabajo. Se entiende que las obligaciones y responsabilidades propias del cargo implican que tales empleados están en disponibilidad en todo momento para acudir al cumplimiento de sus deberes.

Si esto se predica, con definición legal, de los empleados del sector privado, con cuánta mayor razón debe consagrarse este criterio para los empleados del servicio público, cuyo correcto desempeño interesa a la comunidad entera y compromete la tranquilidad ciudadana, el orden público y la seguridad de las personas, factores todos que requieren que en ningún momento pueda presentarse un vacío de autoridad que pudiere producir funestas consecuencias." (Expediente 2395 - Actor Ignacio Reyes Posada - Anales del C. de E. - 1er. Semestre de 1980, páginas 181 - 182).

De acuerdo con lo expuesto, en criterio de la Sala, la administración de Medellín podía establecer validamente una reglamentación sobre la jornada laboral del Cuerpo de Bomberos, sin sujeción al límite de la jornada laboral ordinaria, como lo hizo. Esto es, podía determinar para esa institución una jornada laboral excepcional que permita la disponibilidad permanente del personal a ella vinculado, que garantice el adecuado cumplimiento de la importantísima labor que le ha sido encomendada.

La Sala pues, considera que la reglamentación sobre el particular efectuada por la Alcaldía del citado Municipio, mediante Decreto 100 de 1965, conforme al cual el personal vinculado al Departamento de Bomberos de esa localidad, está organizando en dos compañías que atienden el servicio por turnos de un día natural de 24 horas, de 8 a.m. a 8 a.m. del día siguiente, descansan durante un lapso exactamente igual y disfrutan semanalmente y por rigurosos turnos, de un día de descanso, o "día civil", tiene una sólida fundamentación en la naturaleza misma de la actividad que desarrolla el organismo, que se halla relacionada con la seguridad de la comunidad, lo cual determina que su prestación sea continua e ininterrumpida y le imprime, en términos del Código Nacional de Policía, el carácter de un servicio de policía, cuya prestación está sometida a un régimen especial, que desborda la preceptiva que regula actividades despojadas de esa especial condición que caracteriza aquellas que guardan íntima conexión con la protección ciudadana, como lo es el servicio de extinción de incendios.

Se repite que la jornada de trabajo de 24 horas fijada para el Cuerpo de Bomberos de Medellín, se ajusta a las previsiones del parágrafo 1º del artículo 3º de la Ley 6a. de 1945 y al criterio jurisprudencial reiterado en varios fallos proferidos por esta Corporación, debiéndose entender que ella comprende un lapso de trabajo diurno y otro nocturno, que debe cancelarse este último con los recargos

previstos para el trabajo nocturno en el Decreto 272 de 1975, como bien lo hace la Administración, según se desprende de los actos demandados.

Se trata, pues, de una jornada de trabajo máxima, especial y excepcional, parcialmente diurna y parcialmente nocturna.

No le asiste razón al Tribunal cuando asevera que la jornada de trabajo de los mencionados servidores es de 8 horas y que lo que exceda de ésta constituye horas extras o trabajo adicional y por ende, su decisión de decretar el reconocimiento y pago de este tiempo como tal, contraría también el ordenamiento jurídico al cual se ha hecho referencia.

Es evidente que a la luz de las referidas disposiciones legales, de los decretos municipales citados y del criterio jurisprudencial expuesto, es improcedente reconocer como extra del servicio prestado por los servidores del Cuerpo de Bomberos de Medellín durante la jornada laboral señalada en el Decreto 100 de 1965, así como los demás emolumentos que el actor reclama con fundamento en el criterio equivocado de considerar el trabajo de tales funcionarios que exceda de 8 horas, como trabajo adicional. Por ende, lo dispuesto en la sentencia sobre estos aspectos debe revocarse.

Respecto de la liquidación del salario del demandante de conformidad con el sistema salario hora establecido en el Acuerdo 060 de 1961, la Sala encuentra que, según lo preceptuado en el artículo 1o. de ese estatuto, el aludido régimen se aplica a los empleados al servicio del Municipio de Medellín pertenecientes a las Secciones de Fondos Comunes, Empresas Varias y al Departamento Administrativo de Valorización.

Revisado el expediente no se encontró prueba alguna que acredite que el Cuerpo de Bomberos de esa ciudad forme parte de esas dependencias u organismos.

Por consiguiente, en ausencia de esa prueba la Corporación no puede establecer si realmente a sus servidores le es aplicable el referido sistema de liquidación del salario y, en consecuencia, le es imposible despachar favorablemente las peticiones que en tal hecho se fundamentan.

Por la razón anotada y teniendo en cuenta que según se deduce de los documentos obrantes en el proceso, para establecer si el salario devengado por el actor es o no inferior al percibido por los trabajadores oficiales del Municipio de Medellín, en el lapso a que se contrae la reclamación del demandante y así determinar si se quebrantó o no lo previsto en los Acuerdos números 17 de 1980, 31 de 1982 y 40 de 1985 es preciso recurrir al factor salario hora correspondiente a tales funcionarios, la Corporación encuentra que sin haberse probado que la liquidación del salario de los servidores del Cuerpo de Bomberos, debe efectuarse con sujeción a dicho régimen, no le es posible verificar si tal situación se da en el presente caso y, por ende, tampoco puede decidir a favor del accionante la pretensión relacionada

con el reajuste del factor salario hora y, por tanto, previa revocación de lo dispuesto en la sentencia sobre el particular, ella se denegará.

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 fechada el diecisiete (17) de marzo de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el presente asunto.

En consecuencia, se dispone: niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de marzo de 1990.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SEGURO SOCIAL - Obligatoriedad

La obligación del seguro social, implica que no afiliados, llámense patronos o trabajadores, ni el ente asegurador (ISS), unilateralmente o de consuno puedan oponerse a la inscripción bien sea expresamente o posponiéndola indefinidamente.

***SE SUSPENDEN PROVISIONALMENTE** los efectos del acto administrativo contenido en el Oficio DG. 03126 DE 22 de diciembre de 1989, que el director general del ISS, dirigió al vicepresidente de la Flota Mercante Grancolombiana S.A.*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4982. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S.A.

I

Tiénese al doctor ROBERTO RODRIGUEZ D'ALEMANA como apoderado sustituto de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, S.A. en la demanda incoada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (con solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto - administrativo contenido en el oficio DG 03126 de diciembre de 1989) contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, ante el escrito que en tal sentido ha presentado el apoderado original, doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, cuya representación se admite asímismo.

II

Por cumplir los requisitos señalados en los artículos 137, 138 (artículo 24, Decreto Ley 2304 de 1989), 139 (artículo 25, *ibídem*) y 142 del C.C.A., ADMITESE la demanda presentada en legal forma, a través de apoderado judicial, por la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, S.A. contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. En consecuencia, SE DISPONE:

1o. Notifíquese al representante legal de la entidad demandada, o a su delegado, conforme a lo dispuesto por el artículo 150 del C.C.A.;

2o. Notifíquese personalmente al señor agente del Ministerio Público;

3o. Fíjese en lista, por el término de cinco (5) días, para que el demandado pueda contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas, si a ello hay lugar;

4o. Solicítese al funcionario correspondiente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el envío de los antecedentes del oficio No. DG-03126 del 22 de diciembre de 1989, si los hubiere, dentro del término de cinco (5) días.

5o. No hay lugar al depósito a que se refiere el ordinal 4o. del artículo 207 (artículo 46, Decreto Ley 2304 de 1989) del C.C.A.

III

La demanda solicita igualmente que, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 152 (artículo 31, Decreto Ley 2304 de 1989) del C.C.A., se suspenda el acto administrativo acusado. Sustente su petición tomando como fundamento el artículo 158 (artículo 34 *ibídem*) del mismo código, porque, según su criterio, en el oficio No. DG 03126 de 22 de diciembre de 1989, suscrito por el Director General del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, se reproduce en esencia la resolución No, 5042 del 15 de noviembre de 1982, igualmente proferida por el Director General del ISS, que fue declarada nula por el Consejo de Estado por sentencia de 24 de marzo de 1988. Dicha resolución había decidido dejar sin efecto indefinidamente "La Resolución No. 3951 del 1o. de septiembre de 1982 por medio de la cual se fijó la fecha de llamamiento a inscripción al régimen de los Seguros Sociales obligatorio de invalidez, vejez y muerte a todos los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo"; la providencia de esta Corporación se halla legalmente ejecutoriada, según afirma.

El acto administrativo que se acusa, continúa el libelo, expresa de manera textual: "Por lo tanto, las conversaciones que durante algún tiempo se han adelantado con el fin de buscar una solución para el cubrimiento de los marineros por la Seguridad Social, no puede interpretarse como una dilatación (sic) injustificada por parte de esta entidad sino como una decisión *que debe ser discutida y acogida*

por los Organismos Directivos del I.S.S., la cual una vez se tome le será oportunamente comunicada... Para terminar, le solicito abstenerse de seguir afiliando al personal de mar porque hasta tanto no se expida el acto administrativo que así lo ordena (sic), ella es ilegal".

Con base en esa motivación del acto acusado, y sobre todo en lo que subraya, la demandante ve que, en esa negativa de inscribir a los marinos al servicio de la FLOTA al régimen de los Seguros Sociales obligatorio, se está desconociendo en forma notoria el fallo arriba mencionado, dado que este dijo que la Dirección del Organismo "no podía suspender indefinidamente el señalamiento de la fecha de llamamiento a inscripción que se había realizado mediante Resolución 3051 de 1o. de septiembre de 1982 para los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo y que además tampoco podía ni debía el Director someterse a la recomendación de la Junta del Consejo Directivo del mismo establecimiento, pues ello implicaba condicionar la inscripción a consideraciones o requisitos que el Decreto 1993 de 1967 no contemplaba. Igualmente destacó que no cabía acudir a concertación alguna ya que de lo contrario se desnaturalizaría el régimen de los Seguros Sociales obligatorio que depende para su eficaz realización de la inscripción tal como ya había sido ordenada." En otras palabras, el nuevo acto administrativo, es decir, el acusado, está disponiendo otra vez, la suspensión indefinida del llamamiento a inscripción de las personas cuya actividad es el transporte marítimo.

Sostiene también el libelista que la persona jurídica demandante "ha sufrido notorios y considerables perjuicios con la ejecución del acto acusado, pues es de suponer que al no inscribir en el Seguro Social a los marinos al servicio de la FLOTA al régimen propio de los riesgos de invalidez, vejez y muerte y demás prerrogativas establecidas en la Ley sobre enfermedades, maternidad y accidentes de trabajo, debe directamente la demandante asumir el cubrimiento de dichos riesgos, lo cual ocasiona tener que afrontar dichos riesgos con respecto al personal del mar, como se deduce con el cuadro que se anexa sobre costo promedio de los servicios médicos que deben realizarse por los conceptos mencionados, lo que refleja sumariamente el perjuicio causado a la parte actora y lo que no ocurre con los demás navieros que ejercen actividades marítimas similares, que se benefician desde hace varios años de todos los amparos del Seguro Social, no obstante los regímenes legales bajo los cuales se hayan sometido en idéntica circunstancias".

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Ciertamente que, conforme a los preceptuado por el artículo 34 del Decreto Ley 2304 de 1989, el artículo 158 del C.C.A. prohíbe la reproducción de actos anulados o suspendidos mediante providencia de esta Jurisdicción, si el nuevo acto, dictado por el mismo organismo o entidad que profirió el anterior, "conserva en esencia las mismas disposiciones anuladas o suspendidas, a menos que con posterioridad a la sentencia o al auto hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión".

"Conforme se lee en la sentencia dictada por esta Sección a 24 de marzo de 1988 (expediente No. 1783, autoridades nacionales, actor: Silvestre Pardo Santamaría; folios 28 a 42), el acto declarado nulo -la resolución No. 5042 de 15 de noviembre de 1982, expedida por el Director General del Instituto de Seguros Sociales- dejaba sin efecto indefinidamente la resolución No. 3951 del 1o. de septiembre de 1982 por medio de la cual se fijó la fecha de llamamiento a inscripción al régimen de los seguros Sociales Obligatorios de Invalidez, Vejez y Muerte a todos los patronos y trabajadores que desarrollen actividades relacionadas con el transporte marítimo".

Las motivaciones que tuvo de presente la Corporación consistieron en la violación, por una simple resolución del Director General de la entidad, así fuera con la anuencia de su Junta o Consejo de Directivos, de una normatividad o acto administrativo genérico de carácter superior, cual lo fue el *Decreto 1993 de 1967*, aprobatorio del acuerdo No. 257 de 1967 expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, que llamó "a inscripción en el Seguro Social Obligatorio de Enfermedad no Profesional y Maternidad; Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; Invalidez, Vejez y Muerte a las empresas y trabajadores de algunas actividades, dado que, el desarrollo del mismo y en cumplimiento de ese decreto en cuanto ordenó que "la inscripción de patronos y trabajadores se iniciará en las fechas que determine, por resolución, la Dirección General del Instituto Colombiano de Seguros Sociales", dictó la resolución 3951 del 1o. de septiembre d 1982 para llamar a inscripción a los patronos y trabajadores dedicados al transporte marítimo a partir del 1o. de octubre de 1982, para después aplazarla hasta el 1o. de noviembre de ese año (Resolución No. 4402 de 28 de septiembre), más tarde hasta el 1o. de enero de 1983 (Resolución No. 4658 de 15 de octubre) y luego indefinidamente a través del acto entonces acusado, que a la postre se declaró nulo.

Dijo también el ameritado fallo que como no aparece demostrado que en tal sentido el Consejo Directivo del Instituto hubiese sometido al Gobierno Nacional, un acuerdo sobre el aplazamiento del llamado a inscripción a patronos y trabajadores del transporte marítimo, sino que directamente procedió al respecto. Así las cosas, remató la sentencia: "... no le era permitido al Director del referido Instituto, al expedir la Resolución demandada, condicionarla en sus considerandos a requisitos que el Acuerdo No. 1993 no contempla, tanto más si se tiene en cuenta que las autoridades de la República sólo pueden hacer lo que por medio de normas expresas les esta atribuido y que los Seguros Sociales son obligatorios, de utilidad pública e interés social y constituyen un servicio común orientado y dirigido por el Estado como claramente lo establece el artículo 3º del Decreto con fuerza de Ley No. 1650 de 1977. De ahí que lo expresado por el demandante a folio 5 de la demanda sea de recibo al sostener que la obligatoriedad del régimen de los Seguros Sociales, comporta que tanto patrones como trabajadores como en ente gestor del Seguro Social tengan la obligación de realizar las actuaciones conducentes a la operación práctica del sistema, dentro de lo cual uno de los primeros pasos es el llamamiento a inscripción y el procedimiento del registro.

Dicho en otros términos, la obligatoriedad del Seguro Social, implica que ni afiliados, llámense patronos o trabajadores, no el ente asegurador (ISS) unilateralmente o de consumo puedan oponerse a la inscripción ya bien sea en forma expresa o posponiéndola "indefinidamente", pues para la eficacia práctica de la seguridad social, éstas no pueden quedar condicionada (sic) ni siquiera a los avenimientos a que lleguen los interesados, obligados, ni mucho menos a reglamentaciones unilaterales de carácter subalterno que dispongan el aplazamiento indefinido...".

Sin embargo, el acto acusado, o sea, el contenido en el oficio DG 03126 de 22 de diciembre de 1989, deriva su negativa de ordenar el llamado a inscripción en los seguros sociales obligatorios a los trabajadores del mar, en la circunstancia consistente en que, después de dictada la resolución No. 5042 de 15 de noviembre de 1982 (la declarada nula por la Sala el 24 de noviembre de 1982), fue dictada la Resolución No. 7192 de 1982 mediante la cual se derogó la Resolución sobre fijación de fecha de inscripción, por cuanto la Junta Administradora del I.S.S.... "en sesión de 21 de noviembre de 1985, consideró que el Instituto no está en condiciones de prestar los servicios de salud a este personal en alta mar, por lo cual autorizó al Director General para que revocara la Resolución mediante la cual señaló fecha para la inscripción del mencionado grupo de población", acto que se halla vigente y que no ha sido suspendido ni aludado por la Jurisdicción del ramo.

De lo anterior se desprende que, pese a que el acto ahora acusado insiste -igual que el declarado nulo por el Consejo de Estado- en postergar indefinidamente el llamamiento a inscripción de patronos y trabajadores dedicados al transporte marítimo debido a que aún está vigente una resolución dictada con autorización de la Junta Administradora, los fundamentos legales que sirvieron de apoyo para anular la Resolución No. 5042 de 1982 -15 de noviembre-, que lo es el Decreto 1993 de 1967, norma de carácter superior, no han desaparecido, imponiéndose, por ende, su suspensión provisional, tal como lo ha impetrado la demanda, máxime si se ha demostrado, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto trae consigo.

En mérito de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

DECIDE:

Suspéndese provisionalmente los efectos del acto administrativo contenido en el oficio DG 03126 de 22 de diciembre de 1989, que el Director General del Instituto de Seguros Sociales dirigió al Vicepresidente Administrativo de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. de esta ciudad.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de mayo de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

NOTARIOS - Naturaleza jurídica/ **EDAD DE RETIRO/ SERVICIO PUBLICO NOTARIAL/ POTESTAD REGLAMENTARIA** - Límites

En el ámbito de función pública, se crea una interrelación jurídica evidente, respecto a la categoría de los notarios con los rasgos esenciales del funcionario público. Si se dan entonces los elementos de las definiciones del artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 de empleo y de empleado lo que lleva al convencimiento de que los notarios, si bien bajo circunstancias muy *sui generis*, son funcionarios públicos; en otras palabras, son empleados públicos especialísimos de acuerdo con la exégesis conjunta de los Decretos Leyes y de la ley que integran ahora su especialísimo estatuto, sin que esos elementos hagan del notariado una profesión u oficio. Es apenas obvio, por ende, que si la ley, de modo general, ha fijado como edad de retiro forzoso para los servidores públicos la de sesenta y cinco años (65) no puede un decreto reglamentario señalar un límite diferente para que ocurra un fenómeno, y mucho menos prolongar o extender más allá de dicha edad el tiempo de retiro, en el caso de que sobrevenga durante el período para el cual fue designado.

DECLARASE LA NULIDAD de los siguientes ordenamientos del artículo 75 del Decreto 2148 de 1983: a)"Señalase como edad de retiro forzoso de los notarios la de 70 años" y b) "Salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso" que se hallan en el artículo 75 del Decreto 2148 de 1983.

DECLARASE LA NULIDAD de las palabras "antes o" del artículo 39 del Decreto 2148 de 1983.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., catorce (14) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expedientes Nos. 281 (reconstrucción D.e. 3825/1985) y 2996 (acumulados -auto de 3 de agosto de 1988, folio 106 cuad. No. 1) DECRETOS DEL GOBIERNO. Actores: Esther Elena Mercado Javara y Alberto Hernández Mora y otro.

Se procede a resolver acerca de las demandas incoadas por los ciudadanos Esther Elena Mercado Jarava, de una parte, y Alberto Hernández Mora y Mario Latorre Rueda (q.e.p.d.), de la otra, en sus propios nombres y en ejercicio de la acción de nulidad.

A la demanda presentada por los últimos, se ha sumado, en calidad de coadyudante, el ciudadano Carlos Galindo Pinilla, también en su propio nombre.

II

Los mencionados libelistas, en sendos escritos calendados a 16 de diciembre de 1983 y 2 de octubre de 1987, han impetrado al Consejo de Estado que declare la nulidad de las siguientes oraciones, proposiciones, frases o palabras contenidas en los artículos 75, 39, 48 (segundo parágrafo) y 44 del Decreto 2148 de 1983 -1o. de agosto- dictado por el Presidente de la República para reglamentar los Decretos Leyes 960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973, y que a continuación se destacan:

1."*Artículo 75.- Señálase como edad de retiro forzoso de los notarios, la de 70 años.* El retiro se producirá a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, *salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso*".

2. "Artículo 39.- La copia sustitutiva de aquella que preste mérito ejecutivo, sea que se expida por solicitud de las partes mediante escritura pública otorgada antes o después de su destrucción o por orden judicial, contendrá la nota de su expedición con el número de orden que le corresponda, la cantidad de hojas en que se computa, la constancia de ser sustitutiva de la primera y el nombre del acreedor en favor de quien se expida".

3. "Artículo 48.- Cuando se pretenda cambiar alguno de los elementos esenciales del negocio jurídico no podrá autorizarse escritura de corrección ni aclaratoria. En este caso, los otorgantes deberán cancelar o dejar sin efecto la anterior, por medio de una nueva de la cual se tomará nota de referencia. Esta escritura se tendrá como un acto sin cuantía.

Solo procede escritura de aclaración de la constitución de sociedades cuando aún no se ha inscrito en la Cámara de Comercio. Esta escritura debe ser otorgada por todos los socios".

4. "Artículo 84.- El nombramiento de notario en propiedad no procede sino mediante concurso. La Superintendencia de Notariado y Registro en los casos de notarios de círculos de primera categoría y la autoridad nominadora en los demás, comunicarán de inmediato al Consejo Superior de la Administración de Justicia la necesidad de proveer la vacante por falta absoluta de notario.

Cuando se declare desierto el concurso o cuando no se realice por no haberse presentado el número de aspirantes requeridos o el único aspirante no hubiere aprobado el examen de méritos, *sólo procede el nombramiento en interinidad*".

Quepa aclarar que es común la pretensión de los demandantes y del coadyuvante en cuanto atañe a los subrayados del artículo 75 tránsito; los atinentes a las nulidades de los otros, únicamente han sido formuladas por el ciudadano Mercado Jarava.

1. HISTORIA PROCESAL.

1.1.- Por auto de 30 de marzo de 1984, al admitirse la demanda de la ciudadana Mercado Javara, en Sala Unitaria accedióse a su solicitud de suspender provisionalmente los efectos de las disposiciones reglamentarias impugnadas, en cuanto se refiere a la expresión "ANTES O" del artículo 39 del mencionado Decreto 2148 de 1983, y e cuanto a las oraciones "*El nombramiento de notario no procede sino mediante concurso*" y "*sólo procede nombramiento en interinidad*" que aparecen en el artículo 84 *ibídem*.

Nada se dijo acerca del segundo parágrafo del artículo 48 del decreto reglamentario en cita, cuya suspensión provisional igualmente había impetrado la demandante Mercada Javara.

Además, como lo explicó el proveído en cuestión, la *suspensión provisional* de los apartes, frases, proposiciones u oraciones del artículo 75 del decreto reglamentario de marras, ya había sido dispuesta mediante auto de 15 de febrero de 1984, dictado por el expediente No. 10.528 (Sección Segunda), que tuvo origen en la demanda que, con petición en tal sentido, había formulado el ciudadano *Jorge Edgardo González Vidales,* expediente que, igual a lo sucedido al que contenía la demanda y el proceso adelantado por la ciudadana Mercado Javara, desapareció a raíz de los trágicos acontecimientos de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el palacio de Justicia de Bogotá, pero que, a diferencia de éste, su reconstrucción no se solicitó. Por esa razón no se proveyó respecto a la nueva petición de suspensión provisional de las mismas.

No hubo petición de esta medida de suspensión provisional respecto a tales normatividades en la demanda de los ciudadanos Hernández Mora y Latorre Rueda.

1.2.- Como se ha anotado en la referencia que inicia el texto de este fallo, la acumulación de los dos procesos se dispuso por auto de 3 de agosto de 1988, ante la solicitud que en tal sentido hiciese el doctor Hernández Mora, teniendo en cuenta su factibilidad al tenor de los artículos 149 y 150 del C. de P.C.

De esta suerte, reunidos los expedientes y continuada la tramitación conjunta de los mismos, emitido el concepto del señor agente del Ministerio Público -Fiscal Cuarto del Consejo de Estado-, y resuelto el incidente presentado con ocasión de la coadyuvancia solicitada por el ciudadano Carlos Galindo Pinilla, ha llegado el momento de dictar sentencia a fin de decidir lo que fuere pertinente.

2. LOS FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES

2.1.- Acerca de las disposiciones subrayadas del artículo 75 del Decreto 2148 de 1983, cuya nulidad, se repite, es rogada por los dos grandes grupos de actores y secundada por el coadyuvante, o sea, la que señala como edad de retiro forzoso de los notarios la de 70 años y la que indica que esto no tendrá lugar cuando se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso, no son uniformes los planteamientos de los dos grupos de demandantes y del coadyuvante.

2.2.- Para la ciudadana Mercado Javara, los notarios siendo *empleados públicos* y habiendo la ley establecido la edad de retiro forzoso de éstos en 65 años, salvo excepciones que la propia ley ha precisado, la norma reglamentaria va más allá de lo que sobre el tópico ha establecido el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, máxime cuando permite exceder los 70 años tratándose de notarios en propiedad que se hallen dentro del período en curso para el que fueron nombrados, "con lo cual se quiere que el Notariado sea un cargo vitalicio...".

La doctora Mercado Javara opina, además, que las dos normas en estudio -reglamentarias- contrarían dos pronunciamientos del Consejo de Estado, puesto que, bajo el radicado número 4510 (actor, Aníbal Turbay Ayala), la Sección Segunda sentó esa tesis, amén de que la Sala Plena la acogió en su integridad en el expediente No. 10.817.

2.3.- Mas los ciudadanos Hernández Mora y Latorre Rueda estiman en su libelo -y el primero lo recalca en su alegato de conclusión- que no obstante a que en verdad los notarios cumplen y llenan funciones públicas, no son funcionarios o empleados públicos,sino personas particulares que, en virtud de su oficio, cumplen un servicio público, a la manera, por ejemplo, de las Cámaras de Comercio.

Después de un enjundioso y erudito análisis en el que rememoran la historia, la evolución y la presencia del notario o escribano a través de la crónica jurídica y su papel conforme diversas legislaciones de ayer y de hoy , sostienen ellos que el notariado, pese a que es un servicio público evidente por su naturaleza y porque así lo ha consagrado el artículo 188 de la Constitución política colombiana, la Ley lo ha dejado en manos de personas privadas, profesionalmente calificadas para cumplir las diversas tareas que tradicionalmente se le han asignado, más otras de atribución recientísima, todas enmarcadas dentro de la labor de dar o transmitir fe pública en variados actos y hechos de la vida de relación de la comunidad. Sin embargo, admiten que hay serias controversias al respecto, por lo que ruegan al Consejo de Estado definirlas.

Para sostener su aserto, los mencionados actores hacen un bosquejo acerca de la organización republicana de Colombia antes y después de la reforma Constitucional aprobada por el plebiscito de 1o. de diciembre de 1957 y especialmente a partir de la expedición de la ley 19 de 1958, creadora del Consejo Nacional de Política Económica y Planeación, del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos, del Departamento Administrativo del Servicio Civil y de la Comisión de Reclutamiento. Ascensos y Disciplina (hoy Consejo Nacional del Servicio Civil), de la denominada Sala del Servicio Civil en el seno del Consejo de Estado (más tarde unida a la antigua Sala de Consulta) y de la Escuela Superior de la Administración Pública -ESAP-, así como "dispone que con base en la clasificación de los cargos prevista en el ordinal c) del artículo 7º, el Gobierno *formará y adoptará una nomenclatura de cargos y una escala de sueldos para los empleos de la Administración Pública Nacional* y tomará las medidas necesarias para incorporar a tales nomenclaturas y escalas, *al personal de los Ministerios y Departamentos Administrativos,* así como de las *demás entidades y servicios públicos nacionales incorporados al Servicio Civil*", nada se dice de los notarios en relación con su nomenclatura y escala de sueldos, empero su innegable importancia como prestatarios de un servicio público de tanta significación.

Otros aspectos que analizan los doctores Hernández Mora y Latorre Rueda son los atinentes al desarrollo, por el Gobierno Nacional de las facultades extraordinarias otorgadas por la nombrada Ley 19 de 1958, por medio de decretos que reestructuraron la Administración, "los que forman un conjunto armónico y complemento para determinar la nueva estructura y el nuevo sistema funcional...", especialmente en lo que hace a la Rama Ejecutiva del Poder Público. Relievan en que en ninguno de ellos aparecen los notarios, ni aún en el Decreto Ley 550 de 1960 que determina los organismos que integran esa rama del Poder, entre otros la Presidencia de la República, los Ministerios, los Departamentos Administrativos, ni en el Decreto Ley 1732 de 1960 "sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa", ni en el Decreto Ley 1678 de 1960 que adopta la nomenclatura de empleos y la correspondiente escala de sueldos; en ninguno de ellos, reiteran, como se colige de su lectura, aparecen los notarios.

Seguidamente recalcan la transcendencia que tienen las definiciones que trae el artículo 10 del último Decreto Ley en cita. "Empleo: un conjunto de deberes y atribuciones establecidas por la ley, reglamento o contrato, para satisfacer necesidades de la Administración Pública y asignados por autoridad competente, que deben ser ejercidos por un empleado". "Empleado: la persona que se encuentra desempeñando legalmente un empleo al servicio del Estado".

Y argumentan que los elementos de esas definiciones son inaplicables a los notarios, en sana lógica, por lo que concluyen que el notariado no es un empleo, ni los notarios son empleados.

Pasan entonces al estudio de la reforma constitucional y administrativa de 1968. Ocúpanse primeramente del artículo 76, ordinal 10 de la Carta, del Decreto Ley 1050 de 1968, y luego, de la organización de las Superintendencias y de otras entidades públicas, y de ello derivan "que el concepto de la Administración Pública y de su limitación orgánica se encuentra establecido en la propia Constitución, que es su estructura general, y su estructura interna, por divisiones o unidades de servicio y por empleos que se crean con funciones y remuneración como elementos integrantes de esa estructura, igualmente están regulados por normas constitucionales y legales".

De todo ese conjunto de reglas, el Decreto Ley 1042 de 1978, de los Decretos 1577 y 2759 de 1979 y del Decreto Ley 2400 de 1968, del Decreto 3135 de este mismo año, reglamentado a su vez por el Decreto 1848 de 1969, y de la definición del artículo 238 del Código de Régimen Político y Municipal, pasan los actores al Decreto Ley 960 de 1970, "verdadero estatuto notarial, completo y técnico que, con algunas modificaciones secundarias en el actualmente vigente".

2.4.- Este punto del recuento legislativo de los actores Hernández y Latorre es de singular importancia, pues antes de ser expedido, rigió durante breve lapso el Decreto Ley 2163 de 1967, que pretendió "*nacionalizar*" u "*oficializar*" el servicio de notariado. No hay duda de que ese antiguo estatuto, que ya no rige, cuya vida jurídica fue breve, sí dio a los notarios la calidad o categoría de *funcionarios públicos* y a sus subalternos, el rango de *empleados públicos*. Pero todo ello fue efímero al ser derogado el dicho Decreto Ley 2163 de 1967 por el Decreto Ley 960 de 1970, por lo que los intentos de "nacionalizar" u "oficializar" el notariado y de hacer de los notarios "funcionarios públicos" se frustraron.

Según los ciudadanos Hernández y Latorre lo que hizo en realidad el Decreto Ley 960 de 1970, fue *reglamentar por ley,* al volver al régimen anterior, "un servicio público que prestan personas privadas a quienes el Estado da la investidura profesional de Notarios, es decir, la reglamentación de una profesión liberal, como la de los abogados, la de los médicos, la de los contadores públicos juramentados, con fundamento en el artículo 30 de la Constitución, que permite a la ley exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de una profesión u oficio, y el artículo 188 que autoriza al legislador para organizar y reglamentar el servicio público que prestan los Notarios y Registradores".

Y a guisa de corolario, plantean: "si no existe norma legal vigente que disponga incorporar orgánicamente a la Administración Pública el servicio notarial para que forme parte de ella, los particulares que prestan ese servicio son personas privadas amparadas por el precepto constitucional del libre ejercicio de las profesiones, a las que no se pueden aplicar normas legales dictadas específicamente para los funcionarios públicos, y mucho menos cuando éstas son limitativas de la libertad del ejercicio de una profesión u oficio como es la edad de retiro forzoso".

2.5.- En cuanto a los demás cánones reglamentarios acusados únicamente por la ciudadana Esther Elena Mercado Jarava, se argumenta por ella:

a) "Evidentemente, el artículo 39, transcrito en la parte subrayada está infringiendo la norma superior, como es el Decreto Ley 960 de 1970, el antecedente de esta norma es el artículo 2601 y 2602 (sic) del C.C.C. que sólo permitía en caso de pérdida o destrucción de la copia de la escritura pública que presta mérito para exigir el cumplimiento de la obligación se haría por orden judicial, estos preceptos fueron derogados por el llamada estatuto Notarial, el cual con la expedición de la norma acusada (en la parte correspondiente) que se quebranta en sus artículos 80 y 81, al permitir con la elocución (sic) ANTES O, está renunciando a un derecho antes de tenerlo, pues el mismo nace una vez que se haya dado el hecho real y auténtico de la pérdida o desaparición de la copia de la escritura pública para exigir el cumplimiento de la obligación. Se está dando por sentado un hecho del futuro que es su destrucción, sin saber si esta situación se llegue a dar, con lo cual se quebrantan las normas de derecho público interno y se permite la existencia de varias copias que prestan mérito ejecutivo, cuando es clara la ley al disponer QUE ES SOLO LA PRIMERA COPIA QUE DEL INSTRUMENTO SE EXPIDA, la que tiene ese carácter".

b) "Con la expedición del artículo 48, en la parte acusada, el reglamento sustituye y quebranta en forma ostensible los artículos 113 y 158 del Código de Comercio (Decreto Ley 410 de 1971), en dichas normas se permite que los socios otorguen escrituras adicionales antes de su correspondiente inscripción, con la norma acusada se está dictando una nueva disposición, por lo tanto el Presidente no está reglamentando sino legislando. Es diferente el vocablo ACLARAR que CORREGIR, por lo cual el código de comercio permite corregir de acuerdo con los artículos citados y no una escritura de aclaración, con ello se está quebrantando los artículos 25, 27 y 28 del C.C.C. sobre interpretación de una ley".

c) "Finalmente, con la expedición del Artículo 84 de la parte acusada, se viola de manera ostensible y clara, el Artículo 146 del Decreto Ley 960/70, pues (sic) le restringe la facultad nominadora que tienen el Gobierno Nacional, los Gobernadores, Intendentes y Comisarios respectivos (artículo 161, modificado por el Artículo 5º, D. 2163 de 1970). Limita el nombramiento en propiedad permitiendo que sólo sea por ausencia o falta de otro, con lo cual excede la potestad reglamentaria (artículo 146), que permite el nombramiento en propiedad cuando el concurso no

se haya realizado, o cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron (artículos 172 y 174 *ibídem*)".

2.6.- Para la ciudadana Mercado Jarava los preceptos reglamentarios enjuiciados quebrantan los artículos 2º, 55, 62, 120 (ordinal 3º) y 188 de la Constitución; los artículos 80, 81, 137, 147, 181, 182 y 146 del Decreto Ley 960 de 1970; el artículo 42 del Decreto 2163 de 1970; el artículo 5º del Decreto Ley 250 de 1970; los artículos 1º y 21 de la Ley 24 de 1973; el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968; los artículos 113 y 158 del Decreto Ley 410 de 1970 y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

2.7.- Para la otra parte actora, se han vulnerado los artículos 39, 55, 62, 76, 120 (ordinales 2o. y 3o.) y 188 de la Constitución; 183 y 184 del Decreto Ley 960 de 1970; el 46 del Decreto Ley 2163 de 1970; el 22 de la Ley 29 de 1973 que derogó expresamente el artículo 3º del Decreto 2163 de 1970; el artículo 75 del Decreto Ley 2148 de 1983 y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887.

3. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

El sentido de los correspondientes alegatos de conclusión de las partes (folios 119 a 124 y 126 a 127, más folleto que se acompaña) son reiterativos de los pensamientos expresados por ambas, que, en síntesis, acaba de recoger la Sala. En aras de la brevedad, omite aquí su transcripción, aunque obviamente, ha de tenerlos frente a sí en lo que fuere pertinente.

4. DEL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto de la corporación, en su vista de fondo, indica:

"La primera norma en cita es del siguiente tenor: "Señálase como edad de retiro forzoso para los Notarios, la de 70 años. El retiro se produciría a solicitud del interesado, del Ministerio Público, de la Superintendencia de Notariado y Registro o de oficio, dentro del mes siguiente a la ocurrencia de la causal, (salvo que se trate de un Notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso)".

"En este proceso la solicitada suspensión provisional de la norma pretranscrita fue negada, aduciéndose: "En lo relativo a la suspensión provisional del artículo 75 del Decreto en mención, es conveniente destacar que ésta misma Sala, en providencia de fecha febrero 15 de 1984, al admitir la demanda, procedió a decretar la suspensión provisional de las normas impugnadas, razón por la cual, no es procedente un nuevo procedimiento acerca de su juridicidad, pues se repite, sus efectos fueron suspendidos". (folio 18). En el auto a que se refiere esta decisión (folio 28 y s.s., proceso 281). El Honorable Consejo de Estado consideró que la cuestionada norma reglamentaria extra-

limitó las previsiones de los preceptos que pretendía reglamentar "...en ellos no existe actualmente una edad de retiro forzoso para los Notarios, el Decreto demandado no podía señalarla porque esto le compete hacerlo únicamente al legislador.

"En consecuencia, si en los estatutos que actualmente rigan (sic) para los notarios no existe en forma expresa señalada una edad de retiro para los Notarios y aquéllos son específicos y de aplicación preferencial para dicha clase de funcionarios, si no pueden hacérselas extensivas aquellas normas que señalan la edad en 65 años para los empleados y funcionarios civiles de la administración pública, forzoso es concluir que existe al respecto un vacío en la ley, y por lo tanto el Decreto Reglamentario acusado no podía suplir la voluntad del legislador, con apoyo en lo explicado anteriormente en forma amplia y de acuerdo con la doctrina de esta Corporación. El hecho de que algunas normas, antes examinadas, el Decreto 960 de 1970 hagan referencia al retiro de los Notarios cuando se ""encuentren en situación de retiro forzoso"" no le permitía al Presidente de la República, axecer (sic) la facultad reglamentaria en que incurrió porque lo cierto es que la edad de retiro debe aparecer señalada expresamente en cada estatuto, como efectivamente se consagra en 65 años en el de los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y en el que regula lo relativo a los empleados y funcionarios de la Rama Civil o de la Administración Pública" (folios 35 y 36, proceso 281).

"Lo pretranscrito, que se sintetiza en la incuestionable verdad jurídica de que sólo al legislador ordinario o extraordinario compete proveer sobre la edad de retiro del servicio público (artículo 62 de la Constitución Nacional), respalda con solvencia el decreto de nulidad impetrado en relación con el artículo 75 del Decreto Reglamentario 2184 de 1983.

"Con respecto al artículo 39 *ibídem*, en el auto que decretó su suspensión provisional (folio 17) se dice:

"Efectuando la confrontación correspondiente de las normas contenidas en los decretos extraordinarios y en el decreto reglamentario, se ve claramente que en este último se amplía el contenido de la ley que se pretende desarrollar, pues la expresión ""antes o después de su destrucción"" implica necesariamente que la copia sustitutiva podrá otorgarse en los eventos descritos, no en la única posibilidad que establece en el artículo 81 del Decreto 960 de 1970, cual es el de los casos de pérdida o destrucción, circunstancias éstas últimas que indican necesariamente que la expedición de la copia sólo puede hacerse después de sucedido el hecho, pero nunca antes" (folio 18, proceso 281).

"Basta la pretranscrita argumentación para sustentar el decreto de nulidad de la expresión "ANTES O" del citado artículo 39.

"Igualmente en orden a su declaratoria de nulidad, adhiere la Fiscalía al razonamiento que sigue, consignado en el auto en referencia:

"Por último, el aparte objeto de impugnación del artículo 84 del decreto reglamentario en virtud del cual "el nombramiento de notario en propiedad no procede sino mediante concurso" resulta ostensiblemente violatorio el precepto que reglamenta, pues como fácilmente se advierte, restringió el contenido de la ley cuyo desarrollo se pretende.

"Nótese, en efecto, que el Decreto 960 de 1970, exige, para ser notario en propiedad el lleno de los requisitos legales y además habrá sido seleccionado mediante concurso y posibilita su designación prescindiendo de la selección de candidatos mediante concurso, cuando éste no se haya realizado o cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron, todo lo cual significa que no siempre el aludido nombramiento en propiedad está condicionado a la realización del concurso.

"O sea, pues, que la norma reglamentaria al condicionar el nombramiento en propiedad del Notario exclusivamente a la realización de un concurso, desbordó la potestad reglamentaria de que está investido el Presidente de la República, razón por la cual el aparte objeto de la impugnación, es manifiestamente violatorio del precepto que reglamenta". (folios 18 y 19, proceso 281).

"Con respecto al impugnado artículo 48 del Decreto en referencia en cuanto a la expresión "SOLO PROCEDE ESCRITURA DE ACLARACION DE LA CONSTITUCION DE SOCIEDADES, CUANDO AUN NO SE HA INSCRITO EN LA CAMARA DE COMERCIO. ESTA ESCRITURA DEBE SER OTORGADA POR TODOS LOS SOCIOS", y del cual se dice que "... sustituye y quebrante en forma ostensible los artículos 113 y 158 del Código de Comercio (Decreto Ley 410 de 1971), en dichas normas se permite que los socios otorguen escrituras adicionales antes de su correspondiente inscripción, por lo tanto el Presidente no está reglamentando sino legislando. Es diferente el vocablo aclarar que CORREGIR, por lo cual el Código de Comercio permite corregir de acuerdo con los artículos citados y no una escritura de aclaración, con ello se está quebrantando los artículos 25, 27 y 28 del C.C.C. (sic) sobre interpretación de una Ley" (folio 4, proceso 281), es cargo inocuo ya que el artículo 113 del Código de Comercio dice lo mismo que la expresión acusada en cuanto a que sólo antes de la correspondiente inscripción proceden las escrituras adicionales aclaratorias. Y, en cuanto al artículo 158 *ibídem*, éste se refiere a aspecto distinto, cual es el de la reforma del contrato social y no, precisamente, a aclaración para enmendar las omisiones a que alude el artículo 113 del C. de Co. y la norma acusada. No debe entonces, prosperar el cargo.

"Finalmente, se advierte que el memorado artículo 75 del Decreto 2148 de 1983, también fue suspendido provisionalmente en el proceso No. 10.548 (ver folio 21), por estimarse como en el auto a que atrás nos referimos, que se

usurpaba competencia del legislador, pero se llega no a la conclusión de que sobre edad de retiro forzoso para notarios existe vacío legal, sino a la de que tal aspecto está regido, para servidores públicos del orden nacional, por el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968. Estamos de acuerdo con esta conclusión" (folios 130 a 132).

Así las cosas, no observándose causal que invalide la actuación y habiendo llegado el momento procesal oportuno,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Pretenden, por tanto, los actores -y el coadyuvante- que se declare la nulidad de varios fragmentos de los artículos mencionados (75, 39, 48 y 84) que informan el Decreto 2148 de 1983 -1o. de agosto-, dictado por el Presidente de la República y mediante el cual se *reglamentan* los Decretos Leyes 960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973, conforme se lee en su encabezamiento.

En otras palabras, los actores -y el coadyuvante- ponen en tela de juicio la constitucionalidad y la legalidad de tales textos, por infringir normas de jerarquía superior.

Como es suficientemente sabido, el reglamento "es una manifestación de voluntad bajo la forma de regla general, emitida por una autoridad que tiene el poder reglamentario y que tiende a la organización y a la policía del estado, con un espíritu a la vez constructivo y autoritario" al decir de Hauriou, o "toda disposición que proviene de un órgano distinto del parlamento, o, si se quiere, toda disposición de carácter general dictada en forma distinta del parlamento, o, si se quiere, toda disposición e carácter general dictada en forma distinta de la legislativa", en definición de Duguit, o una "manifestación escrita y unilateral del poder ejecutivo, que crea status generales, impersonales y objetivos", según Villegas Vasavilbaso. Así mismo, es de recordar que la potestad reglamentaria, que fundamentalmente reposa en el Presidente de la República en su doble condición de jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa (artículo 120, ordinal 3o. de la Constitución), se encuentra delimitada o enmarcada por la naturaleza misma de la potestad reglamentaria, frente a la facultad del legislador que descansa básicamente en otra rama del Poder Público y, excepcionalmente, en el Presidente de la República por delegación de aquélla o por circunstancias extraordinarias.

Como en otras oportunidades lo ha explicado el Consejo, los límites a que está sujeta la potestad reglamentaria en cuanto hace a su ejercicio, son esencialmente, *la necesidad del reglamento y la competencia para reglamentar*. De este modo, si resulta no ser necesaria la reglamentación para la adecuada aplicación de la normatividad legal, la prerrogativa se eclipsa, desaparece, por cuanto no existe un supuesto básico para el ejercicio, y si, al través de la facultad y en uso de la pretendida atribución reglamentaria, se va más allá del querer del legislador o interfiere en esferas que corresponden a otros órganos del Poder Público, la potes-

tad en referencia estará también viciada y será anulable por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al destruirse la presunción de legalidad que cobija el acto.

"El poder reglamentario que la Constitución Nacional concede al Presidente de la República (ordinal 3o. del artículo 120) -ha dicho el Consejo- no es ilimitado, por cuanto está sujeto al contenido de la ley que pretende reglamentar, sin ampliarla ni tampoco restringirla, respetando de esta manera la competencia que es propia del legislador, pues lo que se debe es desarrollar lo establecido en el texto de la norma que va a reglamentarse para que ella tenga así su cumplida ejecución facilitando su inteligencia y haciendo operante la disposición de carácter superior que es objeto de esta potestad del Ejecutivo" (Sentencia 15 de diciembre 1979, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente 1344, actor Hugo Riaño, Consejero Ponente Dr. Alvaro Orejuela Gómez).

Debe tenerse de presente, así mismo, que "el reglamento nunca puede ser sustitutivo de la ley, aunque en algunos casos pueda serle supletorio. Esta clara situación se deriva de la garantía constitucional de la separación de las ramas del poder público, sin la cual el Estado de Derecho que también se denomina imperio de la ley, sería imposible de concebir y, sin él, naufragaría la libertad individual. El Reglamento es como lo ha reiterado la jurisprudencia, el instrumento natural de la administración para que los servicios públicos funcionen, para que la ley se cumpla, pero no para que la sustituya; es su complemento indispensable, pero sólo en la medida en que actualice la ley y la acomode a las necesidades de cada tiempo." (Sentencia 24 de mayo de 1973), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, expediente 226, actor: Alberto Martínez, Consejero Ponente Dr. Miguel Lleras Pizarro).

Ahora bien, por mandato expreso de los numerales 9 y 10 del artículo 76 de la Constitución, es de la esfera legislativa "determinar la estructura de la administración nacional, mediante la creación de ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, y fijar escalas de remuneración correspondientes a las categorías de empleo, así como el régimen de sus prestaciones sociales" y "regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62 y 132 y demás preceptos constitucionales; expedir los estatutos básicos de las corporaciones autónomas regionales y otros establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta, de las empresas industriales o comerciales del Estado, y dictar las normas correspondientes a las carreras administrativa, judicial y militar".

Igualmente, corresponde a la ley, más específicamente, "la creación y supresión de círculos de notaría y registro y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores" (artículo 188, C.N., artículo 1º acto legislativo No. 1 de 1931).

Los anteriores principios enunciados han de servir de premisas a las cuatro grandes cuestiones sometidas al análisis de la Sala y que a continuación se estudian:

I. Indicóse en el proveído que decidió favorablemente la solicitud de suspensión provisional (expediente No. 10.528, folios 81 a 84), refiriéndose en su conjunto a todo el texto del artículo 75 del Decreto 2148 de 1983, que éste, al reglamentar lo que corresponde a edad de retiro forzoso de los notarios fijándola en los 70 años y al permitir que se prorrogue ésta con la posibilidad de permanencia más allá de ella, para quienes se hallen en propiedad y puedan de ese modo terminar el período en curso, usó evidentemente de facultades que sólo del legislador, y que lo mismo es dable afirmar en cuanto se ocupa de los casos en que cabe el nombramiento en propiedad y en los que tiene procedencia el nombramiento en provisionalidad.

A ojos de la Sala, las consideraciones que tuvo en cuenta la Sala unitaria para suspender provisionalmente lo atinente a la fijación por reglamento presidencial lo que atañe a la edad de retiro forzoso de los notarios y lo que hace a la prolongación de esa edad cuando esté en curso el período respectivo, son suficientes para que la Sección acceda a decretar la nulidad de las mismas. Es decir, de la que señala como edad de retiro forzoso de los notarios, la de 70 años, y la que establece la excepción: "salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

Sin embargo, pese a que esta norma reglamentaria no se encuentra vigente en la actualidad, porque fue subrogada por el Decreto (reglamentario) 3047 de 1989, como quiera que surtió efectos, es preciso analizarla con el fin de establecer qué alcances según lo que estiman los dos grupos de actores en el caso sub-judice. De esta suerte, como se ha visto, uno de esos grupos, el integrado por la doctora Mercado Jarava, supone que los notarios son funcionarios, sujetos, para efectos de la fijación de la edad de retiro forzoso, permanencia y nombramientos, el régimen común de los demás servidores del Estado, hechas las excepciones taxativamente consagradas por los Ley. Los otros dos actores -y el coadyuvante, por el contrario-, afirman que los notarios son personas privadas, particulares a quienes la Ley ha encomendado la prestación de especiales funciones públicas, en virtud del adecuado ejercicio de una profesión que la propia Ley les ha reconocido, la que igualmente ha reglado su organización dentro de ciertos parámetros, por lo que no es dable limitarles por un simple reglamento, lo que respecta al tiempo de cumplir sus labores por la edad que hayan cumplido, puesto que únicamente la Ley, en su sabiduría, podría disponerlo o determinarlo así, y no lo ha hecho.

Aparentemente el dilema quedaría despejado con el texto de los artículos 1º y 2º del Decreto Ley 2163 de 1970. El primero decía:

> "El notariado es un servicio del Estado, que se presta por funcionarios públicos, en la forma, para los fines y con los efectos consagrados en las leyes.

"El notariado forma parte de la Rama Ejecutiva y como función publica implica el ejercicio de la fe notarial.

La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece".

Y el segundo era del siguiente tenor:

"Los notarios son funcionarios públicos nacionales del orden administrativo y estarán sometidos a la vigencia de la Superintendencia de Notariado y Registro".

Pero las transcritas disposiciones de *tipo legal* quedaron derogadas por la Ley 29 de 1973, de la misma categoría, porque en su artículo 1º se lee:

"El notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial.

La fe pública o notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario y a lo que éste exprese respecto de los hechos percibidos por él en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la ley establece".

De modo que si bien el notariado es un servicio público (artículos 188 de la Constitución Política y 1º de la Ley 29 de 1973), las palabras del primer inciso de esta última disposición dan paso a serias dudas acerca de si ese servicio público que se presta por los notarios, permanece, continúa reposando en el Estado, o si el Estado lo transfirió a los notarios como personas particulares o privadas. Es más: ya no se habla en la nueva normatividad legal de que ese servicio público se presta "por funcionarios públicos" (como así lo decían los artículos 1º y 2º del Decreto Ley 2163 de 1970) ni que "el notariado forma parte de la Rama Ejecutiva", sino que, directamente indica que "el notariado es un servicio público que se presta por los notarios", borrándose su integración con la rama ejecutiva del Poder Público.

No obstante, en lo notarios reposan tareas de innegable estirpe publica. En sus despachos, fundamentalmente, se da autenticidad a cuanto negocio jurídico se celebre ante ellos, invistiéndolos de fe publica, dándole certeza, seguridad y credibilidad plenas. Los notarios son, por consiguiente, personas humanas llamadas a cumplir funciones relevantes en la vida de la comunidad, dado que dan validez jurídica a actos bilaterales o unilaterales o a hechos que surgen de las relaciones entre las personas que acuden a ello. No hay duda de que estas funciones son fenómenos eminentísimos que tienen idiosincrasia estatal y oficial. Al campo de las funciones de los notarios se han adscrito tareas tales como las que conciernen a registro civil de nacimientos, matrimonios y defunciones, y a raíz de la reforma

judicial que ha tenido base en la Ley 30 de 1987, reposan en los notarios ciertas diligencias que antes eran de la competencia de los jueces dentro de lo que se denominaba "jurisdicción voluntaria", como la facultad de presenciar matrimonios civiles, la de dar fe de separaciones de cuerpos y bienes en las que los cónyuges estén de acuerdo, la de atender "juicios" sucesorios cuando no hay controversias entre los herederos, transformándose los notarios en cabales "magistrados o jueces de paz", al estilo de lo que señalan sobre el tópico legislaciones de otras latitudes.

No cabe duda alguna, entonces, que los notarios son y continúan siendo, "servidores estatales".

Pero, si los notarios son servidores estatales, ¿dónde ubicarlos dentro del esquema tradicional de la división tripartita del Poder Público? ¿Serán, acaso, hoy, sus oficinas. "organismos del Estado" situados por fuera de esa clasificación inspirada remotamente en Montesquieu y remozada bajo las teorías de Duguit y que parece insinuar el artículo 55 de la Constitución Colombiana?

La Constitución y la Ley dan pautas para pensar, en verdad, que hay organismos, entidades, servidores o funcionarios públicos o estatales colocados al margen de las ya consagradas "tres ramas del poder público". El citado artículo 55 de la Carta usa una redacción indefinida, pues no dice "las ramas del poder público son la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional", sino "son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional", o sea que, además de esas tres, puede haber más; y en ese mismo título V de la Constitución se establece un organismo no situado en ninguna de esas tres, la Contraloría y un funcionario público que no se halla dentro de ellas, el Contralor General. Y otros más, como la Registraduría Nacional del Estado Civil, las Fiscalías, etc. No hay duda que la complejidad de la vida moderna ha rebasado criterios en torno al Estado, muy aptos y comprensibles para los siglos XVIII y XIX y aún para principios del XX, pero que, el Constituyente colombiano, tal vez algo tímidamente, ha ido superando junto con el Legislador.

"Los notarios -dice el artículo 8º del Decreto Ley 960 de 1970- son autónomos en el ejercicio de sus funciones y responsables conforme a la ley". No tienen por ende, relación de dependencia jerárquica con organismo alguno de la rama ejecutiva y tampoco de la rama legislativa o de la rama jurisdiccional; no tienen igualmente dependencia con algún organismo de control, como la Contraloría o la Procuraduría. Gozan, por tanto, de una gran autonomía funcional, y únicamente en cuanto al nombramiento y a la responsabilidad están sujetos a la Superintendencia de Notariado y Registro, al Consejo Superior de la Administración de Justicia, etc., y en cuanto a la conducta oficial, están sometidos a las autoridades competentes (Procuraduría, Contraloría, Jueces).

De manera que aún aceptando, que los notarios no se ubiquen en ninguna de las tres ramas básicas del poder público, sus funciones, se repite, son innegablemente públicas. Y orgánicamente hablando, administrativas, aunque no se encuen-

tren expresamente dentro del engranaje estructural de la administración pública propiamente dicha. O para decirlo de otra forma, sus quehaceres pertenecen a la esfera administrativa, si bien su orientación no responde a las normatividades comunes de la administración pública y aunque no formen parte estricta de la rama ejecutiva en su aspecto político ni dentro de las áreas de la descentralización por servicios (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado), ni del variado número de divisiones que demarca el Decreto Ley 1050 de nivel nacional.

Se desprende de todo lo anterior que los notarios se encuentran al frente de oficinas que son despachos públicos y que el notariado es un servicio público sin duda alguna. No obstante, ello no significa, forzosamente, que ellos sean per se, funcionarios o empleados públicos, dado que podría sostenerse que determinados cargos públicos se encomiendan a personas naturales o entidades particulares aunque no tengan esa condición, por cuanto puede darse la figura de la llamada "descentralización administrativa por colaboración" es decir, a través de un mecanismo mediante el cual el Estado, en virtud de facultad legal o de un contrato de servicio o de otro similar, encarga a particulares, a personas privadas, la gestión de funciones que son inminentemente suyas, ora por tiempo indefinido, ora por un lapso determinado, ora para eventos específicos; v.gr. los árbitros en materia comercial o en virtud de la cláusula compromisoria, las cámaras de comercio y, en fin, los miembros de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales del Estado por ese sólo hecho (artículo 18, Decreto Ley 3130 de 1968), los jurados de votación (artículo 1º, inciso cuarto Decreto Ley 3074 de 1968), los conjueces en los cuerpos colegiados de la rama jurisdiccional, etc. etc.

Esta dificultad de hallar una norma concreta que permita fijar un rumbo cierto en esta materia, ha llevado a la Sala a examinar con todo detenimiento los Decretos Leyes 960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973, que el Decreto 2148 de 1983, el demandado pretende reglamentar. En la Ley 29 de 1973 ha hallado la Sala que, pese a que por el artículo 1º se derogó la clasificación que de funcionarios públicos se había dado a los notarios por el Decreto Ley 2163 de 1970 (artículos 1º y 2º , arriba reproducidos), vuelve a llamarlos "funcionarios", al decir:

> "El pago de las asignaciones de los empleados subalternos de los notarios, así como la dotación y sostenimiento de las respectivas oficinas, se hará por tales *funcionarios* de los recursos que perciban de los usuarios por concepto de los derechos notariales que autoriza la ley" (se subraya).

Además de ello es de observar:

a) Los notarios son nombrados o designados para períodos de cinco años; así: los de primera categoría, por el gobierno nacional; los demás, por los gobernadores, intendentes y comisarios (artículo 161 del Decreto Ley 960 de 1970);

b) La designación o nombramiento puede quedar insubsistente por las causales precisadas en el artículo 138 del mencionado Decreto Ley;

c) Existen inhabilidades e incompatibilidades para ser designado (artículos 133, 134, 135, 136 y 137 *ibídem*);

d) El designado para poder desempeñar sus funciones, requiere tomar posesión antecedida de la confirmación, si fuere del caso (artículos 141 y 142);

e) Los notarios tienen remuneración, no constituida por sueldo o salario, sino por las "sumas que reciban de los usuarios por la prestación de sus servicios, de acuerdo con las tarifas legales, y por subsidios que les fije el Fondo Nacional del Notariado o la Superintendencia de Notariado y Registro cuando fuere el caso" (artículo 2º de la Ley 29 de 1973);

f) Quienes aspiren a ser notarios "deberán inscribirse en la oportunidad, lugar y oficina que señale el Consejo Superior de la Administración de Justicia para el respectivo concurso, y comprobar los factores de calificación que para entonces se fije." (artículo 162, Decreto Ley 960 de 1970);

g) La ley (artículos 164 y ss. Decreto Ley 960 de 1970) ha establecido la "carrera notarial";

h) Aunque pueden ser reelegidos indefinidamente, con la posibilidad de que, si son de "carrera" baste la confirmación por parte del nominador a la expiración de cada período; (artículo 181 *ibídem*);

i) Están sujetos a la situación de retiro forzoso por causa de la edad, que la ley no determina (artículo 182, Decreto Ley 960 de 1970);

j) Pueden solicitar licencias hasta por un lapso máximo de noventa (90) días artículo 6º Decreto Ley 2163 de 1970);

k) Tienen asignadas funciones o atribuciones (artículos 3º, Decreto Ley 960 de 1970 y otros);

l) Pueden ser incursos en responsabilidades del orden disciplinario, amén de las de tipo penal o civil (artículos 196 y ss., Decreto Ley 960 de 1970).

En el ámbito de la función pública, se crea entonces, vistos los elementos enumerados, una interrelación jurídica evidente respecto a la categoría de los notarios con los rasgos esenciales del funcionario público. Sí se dan entonces los elementos de las definiciones del artículo 1º del Decreto Ley 3074 de 1968 de empleo y de empleado lo que lleva al convencimiento de que los notarios, si bien bajo circunstancias muy *sui-generis,* son *funcionarios públicos;* en otras palabras, son empleados públicos especialísimos de acuerdo con la exégesis conjunta de los Decretos Leyes y de la ley que integran ahora su especialisimo estatuto, sin que

esos elementos hagan del notariado una profesión u oficio, como pretende hacer ver uno de los grupos de actores en el caso *sub-judice*.

Eso significa, por tanto, que en aquello que *la ley* no ha reglado específicamente para ellos, los notarios son *empleados públicos* con la jerarquía de *funcionarios,* sujetos a las normatividades generales que los rigen. Son funcionarios muy especiales colocados por la ley para dar fe de los actos que se celebren ante ellos y de los hechos que se presencien en ejercicio de sus funciones, amén de ser ahora, verdaderos "magistrados o jueces de paz", pero funcionarios, como se desprende, se repite, de los elementos que acaban de enumerarse.

Es apenas obvio, por ende, que si *la ley,* de modo general, ha fijado como edad de retiro forzoso para los servidores públicos la de sesenta y cinco años (65), no puede un decreto reglamentario señalar un límite diferente para que ocurra el fenómeno, y mucho menos prolongar o extender más allá de dicha edad el tiempo de retiro, en el caso de que sobrevenga durante el período para el cual fue designado.

Además, los elementos que acaban de verse no son constitutivos o integrantes de la noción de oficio o profesión a la que la ley haya querido proveer de un estatuto en cuanto a títulos de idoneidad y reglamentación se refiere en desarrollo del artículo 39 de la Carta Política. Sería insólito que para ejercer determinada profesión -la de notario en este caso-, hubiera que ser nombrado o designado por una autoridad, que tuviese que tomar posesión, que tuviese que estar sometido a período, que fuese exigida por la ley la solicitud de licencia para no ejercerla por un tiempo no superior a noventa días, etc. Cuando la Constitución indica en su artículo 39 que "toda persona es libre de escoger profesión u oficio", se refiere a actividades permanentes como fruto de largos estudios (en el caso de las profesiones), por lo general universitarios, y es para éstos para los que la ley "puede exigir títulos de idoneidad" y reglamentar su ejercicio, no a un cargo o función para el cual se requiere ser abogado titulado en determinada categoría y a través del cual se presta un servicio público. Quizá en otros países y en otras legislaciones sea distinto el régimen, pero se está estudiando la institución a la luz de la legislación colombiana.

Impónese, en consecuencia, la declaración de nulidad de las locuciones. "Señálase como edad de retiro forzoso de los notarios, la de 70 años" y "salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso" que se hallan en el artículo 75 del Decreto 2148 de 1983.

II. Acerca de la segunda petición que contiene la demanda de la ciudadana Mercado Jarava, o sea, la declaratoria de nulidad de las palabras "*antes o*" que se hallan en el artículo 39 del Decreto 2148 de 1983, se dijo en las motivaciones de la providencia que accedió a decretar la suspensión provisional de las mismas:

> "De conformidad con las provisiones contenidas en el artículo 39 impugnado, "la copia sustitutiva de aquélla que presta mérito ejecutivo, sea que se expida por solicitud de las partes mediante escritura pública otorgada *antes* o después de su destrucción o por orden judicial, contendrá la nota de su expedición con

el número de orden que le corresponda, la cantidad de hojas en que se compulsa, la constancia de ser sustitutiva de la primera y el nombre del acreedor en favor de quien se expide".

A su turno los artículos 80 y 81 del Decreto 950 de 1970, disponen lo siguiente:

"ARTICULO 8.- Modificado. Decreto 2163 de 1970, artículo 42.- "Toda persona tiene derecho a obtener copias auténticas de las escrituras públicas. Pero si se tratare de un instrumento en fuerza del cual se pudiere exigir el cumplimiento de una obligación, cada vez que fuere presentado, el notario señalará la copia que presta ese mérito, que será necesariamente la primera que del instrumento se expida, expresándolo así en caracteres destacados, junto con el nombre del acreedor a cuyo favor se expide.

En las demás copias que del instrumento se compulsen en cualquier tiempo, y salvo lo prevenido en el artículo 81, se pondrá por el notario una nota expresiva del ningún valor de dichas copias para exigir el pago o cumplimiento de la obligación o para su endoso".

ARTICULO 81.- "En caso de pérdida o destrucción de la copia con mérito para exigir el cumplimiento de la obligación, el notario sólo podrá compulsar una sustitutiva a solicitud de una de las partes, expresada en escritura pública, o por orden judicial proferida con el lleno de los siguientes requisitos:

"Que quien solicite la copia afirme ante el juez competente, bajo juramento:

"1. Ser el actual titular del derecho y que sin culpa o malicia de su parte se destruyó o perdió la copia que tenía en su poder.

"2. Que la obligación no se ha extinguido en todo o en parte, según fuere el caso.

"3. Que si la copia perdida apareciere, se obliga a no usarla y entregarla al notario que la expidió para que éste la inutilice.

"La solicitud se tramitará como incidente, con notificación personal de la parte contraria, que sólo podrá formular oposición fundada en el hecho de estar extinguida la obligación.

"No habiendo oposición o desestimada ésta, el juez ordenará que se expida la copia y el notario procederá de conformidad indicando que lo hace en virtud de orden judicial, mencionando su fecha y el juez que la profirió".

Efectuando la confrontación correspondiente de las normas contenidas en los decretos extraordinarios y en el decreto reglamentario, se ve claramente que en este último se amplía el contenido de la ley que se pretende desarrollar,

pues la expresión "antes o después de su destrucción" implica necesariamente que la copia sustitutiva podrá otorgarse en los eventos descritos y no en la única posibilidad que establece en el artículo 81 del Decreto 960 de 1970, cual es en los casos de pérdida o destrucción, circunstancias éstas últimas que indican necesariamente que la expedición de la copia sólo puede hacerse después de sucedido el hecho pero nunca antes.

...

...

Cotejando el aparte correspondiente de la norma impugnada con el artículo 81 del Decreto extraordinario 960 de 1970, resulta evidente la contradicción entre lo que ordena éste y no que autoriza aquélla, todo lo cual conduce a la prosperidad de la medida previsora solicitada en la demanda".

La Sección en el momento de dictar la sentencia que ponga fin al proceso, acoge sin reservas las anteriores observaciones de la Sala Unitaria que en su oportunidad profirió la medida provisional de la suspensión. Y en verdad, si la posibilidad de la expedición de copia sustitutiva de la escritura pública que presta mérito ejecutivo, depende de un hecho futuro e incierto, cual es su pérdida o destrucción ajenas a la culpa o malicia del acreedor, mal puede pretender éste que el notario la expida antes de la ocurrencia del acontecimiento. Si la posibilidad de poder solicitar la expedición de la copia sustitutiva depende de una condición casual, está reñido con la lógica abrir las puertas para que el interesado pueda solicitar la expedición de la copia sustitutiva, antes de la pérdida o destrucción de la primera. Habrá, pues, que acceder a la petición de nulidad de las dos palabras "antes o", tal como fue impetrado.

III. En lo que atañe a la nulidad del segundo inciso del artículo 48 del Decreto reglamentario 2148 de 1983, quepa, ante todo, recordar su texto:

"Sólo procede escritura de aclaración de la constitución de sociedades, cuando aún no se ha inscrito en la Cámara de Comercio. Esta escritura deber ser otorgada por todos los socios".

Y son de la letra de las normas de orden superior que la ciudadana Mercado Jarava estima conculcadas, o sea los artículos 113 y 158 del Código de Comercio, las siguientes disposiciones:

"Artículo 113.- Si en la escritura social se ha omitido alguna de las estipulaciones indicadas en el artículo 110, o expresado en forma incompleta o en desacuerdo con el régimen legal del respectivo tipo de sociedad, podrán otorgarse escrituras adicionales, por los mismos socios, antes de que se haga la correspondiente inscripción. Tales escrituras se entenderán incorporadas al acto de constitución de la sociedad".

"Artículo 158.- Toda reforma del contrato de sociedad comercial deberá reducirse a escritura pública que se registrará como se dispone para la escritura de constitución de la sociedad, en la cámara de comercio correspondiente al domicilio social al tiempo de la reforma.

Sin los requisitos anteriores la reforma no producirá efecto alguno respecto de terceros. Las reformas tendrán efecto entre los asociados desde cuando se acuerden o pacten conforme a los estatutos".

No observa la Sección ninguna contradicción entre la disposición reglamentaria y las normas que el código mercantil indica, dado que aquélla da instrucciones más precisas para lo que ha de hacerse en el evento de que sea necesario aclarar cláusulas de la escritura de constitución de una sociedad, cuando todavía no se ha inscrito en la cámara de comercio respectiva, dado que en el artículo 113 parece que se diese una facultad potestativa ("podrán otorgarse escrituras adicionales") de otorgar o no las escrituras adicionales, lo que no guarda armonía con el cabal entendimiento de la disposición, pues es evidente que cuando "se ha omitido alguna de las estipulaciones indicadas en el artículo 110" o cuando se ha "expresado en forma incompleta o en desacuerdo con el régimen legal del respectivo tipo de sociedad", se impone siempre la escritura adicional si ello se advirtiere antes de la inscripción en la Cámara de Comercio. Si el contrato de sociedad comercial ha de ser solemne y si de él nace "una persona distinta de los socios individualmente considerados " (artículos 2970 del C.C.; y 110 C. de Co.), si se ha omitido alguna de las estipulaciones que han de expresarse según este último -que exige su expresión-, no se ve en qué otra forma pueda hacerse la aclaración, si no es por medio de una escritura que tal cosa diga, que es precisamente lo que el artículo 13 del C.de Co. ordena que se haga por los mismos socios, antes de la correspondiente inscripción.

En cuanto a la violación del artículo 158 del C. de Co. sucede igual cosa en lo atinente a la reforma del contrato de sociedad.

La Sala se abstendrá de decretar la nulidad del artículo 48, segundo inciso, del Decreto 2148 de 1983 en virtud de lo expuesto.

IV. Finalmente y como ya se advirtió, la ciudadana Mercado Jarava ha solicitado la declaratoria de nulidad de una oración del primer inciso y de una proposición del segundo del artículo 84 del Decreto 2148 de 1983, a saber:

a) "El nombramiento de notario en propiedad no procede sino mediante concurso".

b) "Cuando se declare desierto el concurso o cuando no se realice por no haberse presentado el número de aspirantes requeridos o el único aspirante no hubiere aprobado el examen de méritos, *sólo procede al nombramiento en interinidad*".

Y dice que hay violación del artículo 146 del Decreto Ley 960 de 1970, cuyo texto es:

> "Artículo 146.- Para ser notario en propiedad se requiere el lleno de los requisitos legales exigidos para la correspondiente categoría, y además, haber sido seleccionado mediante concurso. Sin embargo, la postulación y la designación podrán hacerse prescindiendo de la selección de candidatos mediante concurso, cuando éste no se haya realizado y cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron, conforme a los artículos 172 y 174.
>
> La designación en propiedad da derecho al titular a no ser suspendido sino en los casos y con las formalidades que determina el presente estatuto".

De suerte que es la propia ley la que exige la regla general de la selección mediante concurso para ser nombrado notario en propiedad, pero, contrariándose a sí misma, deja sin efecto dicho principio al permitir que para la postulación y la designación se prescinda del concurso cuando no se realice y cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron, conforme a los artículos 172 y 174. Se trata, como se ve, de una norma legal que está en contra de sí misma, cuya interpretación se torna ambigua, máxime si se la trata de compaginar con otras que integran, que hacen parte del mismo estatuto, como el artículo 137 que señala quiénes no podrán ser notarios en propiedad: como el artículo 148 que precisa dos casos en que cabe el nombramiento en interinidad. Resulta entonces que el artículo 146 del Decreto Ley 960 de 1970 es abiertamente contradictorio y, para su cabal inteligencia, bien podía el reglamento encontrar y fijar su sentido con la finalidad de hacerla efectiva. Como es sabido, la facultad reglamentaria implica un concepto de posibilitar el adecuado cumplimiento de la ley que reglamenta. Es más, tratase de un deber jurídico de la autoridad en que reposa la reglamentación.

Así las cosas, no observa la Sala que haya la norma acusada -el decreto reglamentario- en este punto, rebasando sus facultades. Antes por el contrario, vuelve operante la reglamentada, por lo cual habrá de denegarse la anulación de los apartes que impetra la ciudadana Mercado Jarava.

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. Decláranse nulos los siguientes ordenamientos del artículo 75 del Decreto 2148 de 1983 -1o. de agosto- por el cual se reglamentan los Decretos Leyes 960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973, expedido por el Gobierno Nacional:

a) "Señálanse como edad de retiro forzoso de los notarios, la de 70 años".

b) "Salvo que se trate de un notario en propiedad, caso en el cual podrá terminar el período en curso".

2o. Decláranse nulas las palabras "antes o" que aparecen en el artículo 39 del mencionado Decreto 2148 de 1983.

3o. Deniéganse las otras peticiones de la primera demanda que dio origen a este juicio.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el 4 de mayo de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SINDICATOS/ SINDICATO MIXTO -Improcedencia

En el acto enjuiciado se hizo caso omiso de la distinción legal entre empleados públicos y trabajadores oficiales, no obstante estar sujetos a régimen diferente que imposibilita que una organización sindical esté integrada por unos y otros para ejercer derechos que van por cauces separados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Reynando Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expedientes Nos. 2096. Unica Instancia. Actor: ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA.

La Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, establecimiento público del orden nacional, por conducto de apoderado en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., elevó a esta Corporación las siguientes peticiones:

"PRIMERA.- Que es nula la Resolución número 02935 de diez (10) de septiembre de 1985, expedida por el señor MINISTRO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, que resolvió el recurso de reposición propuesto contra la Resolución número 00189 de 31 de enero de 1985, de ese mismo Ministerio, en cuanto por medio de ella se revocó el último de los actos citados, y en su lugar se dispuso a 'reconocer personería jurídica a la organi- zación sindical en formación denominada SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES Y EMPLEADOS PUBLICOS DE LA ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA 'SINTRAZOFICAR' ... y además se apro-

baron los estatutos de ese sindicato y se inscribió la Junta Directiva del organismo.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la División de Relaciones Colectivas del Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, la cancelación de la personería jurídica del SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES Y EMPLEADOS PUBLICOS DE LA ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA 'SINTRAZOFICAR', así como la Junta Directiva del mismo.

TERCERA.- Que, así mismo, se declare que la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA no puede suscribir contratos colectivos o convención con el mencionado SINDICATO" (folios 33-34).

ANTECEDENTES

1. De conformidad con lo previsto en el artículo 364 del Código Sustantivo del Trabajo y por conducto de apoderado, la organización sindical en formación denominada "Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de la Zona Franca Industrial y Comercial SINTRAZOFICAR", con domicilio en Cartagena, solicitó al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el reconocimiento de la personería jurídica de la organización gremial.

2. Por Resolución No. 00189 de enero 31 de 1985 se negó el reconocimiento de la personería jurídica, por cuanto se trataba de un sindicato mixto, esto es, integrado por empleados públicos y trabajadores oficiales, cuya existencia legal no está prevista en las normas de trabajo. (Folios 3 y 4).

3. Mediante Resolución No. 02935 de septiembre 10 de 1985 que desató el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la organización sindical en formación, se revocó la Resolución 00189 de enero 31 de 1985 y se reconoció personería jurídica a la organización sindical antes mencionada, se aprobaron sus estatutos, se ordenó a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo la anotación e inscripción en el registro sindical de la Junta Directiva del Sindicato y se dispuso su publicación en el Diario Oficial (folios 15, 16, 17 y 18).

4. La Resolución No. 02935 de septiembre 10 de 1985, por la cual se resuelve el recurso de reposición, aparece publicada en el Diario Oficial No. 37.225 de noviembre 12 de 1985 (folio 124).

5. Por auto de octubre 3 de 1986 se inadmitió la demanda y se negó la suspensión provisional del acto, solicitada con la demanda (folio 49, 50, 51 y 52).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Las excepciones que a folio 128 (In fine) propone el apoderado de SINTRAZOFICAR más que de excepciones tienen sabor de alegato en pro del acto acusado, pues es obvio que no puede tenerse como tal la de "Constitucionalidad" (sic) y "Legalidad" (sic) de la Resolución demandada. En cuanto a las demás, la Sala encuentra que la parte demandante está legitimada para impetrar la nulidad de la Resolución acusada en acción de restablecimiento del derecho, dada su condición de entidad patronal afectada con el reconocimiento de personería jurídica del sindicato en referencia.

Yendo al fondo del asunto, se advierte que los llamados "sindicatos mixtos", integrados por trabajadores oficiales y por empleados públicos, son formaciones grotescas que no pueden encajar en la ley, que tienen establecida una tajante diferencia entre los dos tipos de sindicatos, dada su naturaleza y sus funciones. Esa diferencia tiene una raíz profunda pues arranca de la iniciación misma de la vinculación laboral, que en un caso es de carácter contractual y en el otro, de carácter legal y reglamentario o estatutario.

Cierto es que el derecho de asociación está consagrado en la Carta para *todos los trabajadores,* pero no lo es lo menos que, en tratándose de sindicatos, su creación, organización, reconocimiento de personería, funcionamiento, etc., aparecen específicamente reglamentados en la ley.

Pues bien: si cuando el legislador no distingue, no le está permitido al intérprete distinguir, también es válido el postulado de que, si el legislador distingue, no le es lícito al intérprete dejar de distinguir, confundiendo o mezclando lo que de suyo es diferente, homogéneo y simple y, sobretodo, autónomo.

Sin embargo, no sólo por la diversidad de naturaleza y funciones no es posible que un sindicato este integrado simultáneamente por trabajadores oficiales y empleados públicos, sino también porque el Estatuto legal que regula las relaciones colectivas de trabajo establece precisa y clara diferencia entre los sindicatos de trabajadores oficiales y los de empleados públicos, así:

"*Código Sustantivo del Trabajo.*

Artículo 414.- DERECHO DE ASOCIACION. El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo el servicio oficial..., pero los *sindicatos de empleados públicos* tiene sólo las siguientes funciones:

...

"Artículo 416.- LIMITACION DE LAS FUNCIONES. los sindicatos de *empleados públicos* no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar

convenciones colectivas; pero los *sindicatos de los demás trabajadores oficiales* tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aún cuando no puedan declarar o hacer huelga".

En suma, resulta imperioso concluir que la acusación debe prosperar, porque en el acto enjuciado se hizo caso omiso de la distinción legal entre empleados públicos y trabajadores oficiales, no obstante estar sujetos a régimen diferente que imposibilita que una organización sindical esté integrada por unos y otros para ejercer derechos que van por cauces separados.

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:

DECLARASE nula la Resolución No. 02935 de septiembre 10 de 1985, expedida por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, y consiguientemente sin valor al reconocimiento de personería jurídica al Sindicato de Trabajadores Oficiales y Empleados Públicos de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, "SINTRAZOFICAR".

Comuníquese al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para los efectos pertinentes.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 4 de mayo de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

ACTO COMPLEJO - Inexistencia/ **SANCION DISCIPLINARIA**

No estando frente a un acto administrativo complejo es necesario admitir que el expedido por al Procuraduría General de la Nación puede ser controvertido independientemente del que expida la entidad nominadora para cumplirlo, siendo imperativo acusar este último solamente cuando el restablecimiento del derecho solicitado así lo exija, mas no cuando lo que pretende el demandante puede lograrse a pesar de la existencia de dicho acto. La necesidad de acusar conjuntamente los actos proferidos por la Procuraduría General de la Nación y el expedido por la entidad nominadora resultará de lo pretendido por el demandante a quien no se le pueden modificar sus pretensiones, y no de un vínculo de dependencia entre los diferentes actos proferidos por las distintas autoridades que intervinieron en la sanción del empleado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veinticinco (25) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 1772. Actora: María Inés Lasso Olarte. AUTORIDADES NACIONALES.

María Inés Lasso Olarte, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda ante esta Corporación impetrando la declaración de nulidad de las resoluciones Nos. 012 de 31 de enero de 1983, proferida por el Procurador Primero Regional de Bogotá y 523 de 16 de diciembre de 1983, emanada del Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa. Por la primera de las cuales se dispuso "Solicitar al Nominador que imponga a la doctora INES LASSO OLARTE, en su calidad de Jefe de la Sección de Tesorería, División

Económica de la Beneficencia de Cundinamarca, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 23.264.811 expedida en Tunja, SANCION DE SUSPENSION, sin derecho a remuneración, por el término de VEINTE DIAS (20) en razón de los hechos investigados en el presente proceso disciplinario, conforme con lo expuesto en este proveído" (folio 44); y por la segunda, se confirmó en todas sus partes la resolución primeramente mencionada.

Asimismo, se solicitó en el libelo que "Como consecuencia de la anterior nulidad y como restablecimiento en su derecho, se dejará constancia en la hoja de vida de INES LASSO OLARTE y en los libros correspondientes de la Procuraduría General de la Nación, de la nulidad de las Resoluciones demandadas" (folio 2).

Las peticiones de la demanda se fundamentaron en los siguientes

HECHOS:

A la demandante, quien ocupaba el cargo de Jefe de la Sección de Tesorería de la División Económica de la Beneficencia de Cundinamarca, la Procuraduría Primera Regional de Bogotá para la Vigilancia Administrativa, mediante oficio No. 4849 del 16 de diciembre de 1982, le formuló cargos disciplinarios por la posible comisión de irregularidades al invertir dineros oficiales en certificados de depósito a término, los cuales se identificaron por sus números, fechas y cantidades, en el Banco Nacional, Sucursal San Victorino.

Dentro de la oportunidad legal, la acusada presentó los respectivos descargos y allegó como prueba varios documentos, mediante los cuales pretendió desvirtuar las imputaciones formuladas, por cuanto, en su concepto, ellas acreditaban, de conformidad con las disposiciones sobre entidades descentralizadas del orden departamental, que sí hubo autorización para realizar las inversiones a que se contrae la investigación adelantada por el Ministerio Público.

Cumplidos los trámites correspondientes, la Procuraduría Primera Regional de Bogotá, profirió la Resolución No. 012 de 1983, mediante la cual solicitó al nominador la suspensión de la actora, sin derecho a remuneración, por el término de 20 días, del cargo que ocupaba en la Beneficencia de Cundinamarca.

Esta decisión fue apelada por la demandante, con fundamento en que la calificación de su conducta se realizó sin tomar en cuenta la totalidad de las pruebas allegadas al expediente, en que la interpretación de las normas se hizo aisladamente y en que no se indagó sobre las reales funciones del Tesorero General de la Beneficencia, ni sobre "las relacionadas con el examen y aprobación de cuentas por parte de la Contraloría Departamental" (folio 6).

La Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, mediante Resolución No. 523 de 16 de diciembre de 1983, resolvió el recurso interpuesto confirmando la resolución impugnada.

En la demanda se invocan como violados el artículo 15 de la Constitución Política; artículos 83, 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo; artículos 1º de las ordenanzas 076 de 1975 y 18 de 1979, de la Asamblea de Cundinamarca y el artículo 435 del Código Fiscal de ese departamento.

En relación con la transgresión de la normatividad citada, la demandante señala que la "acción de restablecimiento del derecho está consagrada en el artículo 85 del C.C.A. y en concordancia con los artículos 83 y 84 del mismo Código por cuanto los actos administrativos cuya nulidad se solicita han causado lesión grave a mi poderdante en su honor con desconocimiento de la obligación en que están las autoridades de la República de proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes" (folios 7 y 8).

Por tal razón, estima que los actos demandados están sujetos al control jurisdiccional en virtud de haber sido expedidos con una falsa motivación en cuanto no se tomaron en consideración disposiciones vigentes del orden departamental, entre ellas las contenidas en el Decreto No. 1357 de 1974 de la Gobernación de Cundinamarca, en el artículo 1º, literal 1) de la Ordenanza de la Asamblea Departamental de Cundinamarca No. 075 de 1975; en el artículo 1º numeral 3), parágrafo 2o. de la Ordenanza No. 18 de 1979 de la citada Asamblea No. 18 de 1979.

Se desconoció, según el libelo, que la actora con base en tales disposiciones, podía realizar los actos causales de la sanción, en cuanto a una obligatoria reinversión de los frutos del depósito original en el Banco Nacional.

Señala igualmente que "los actos demandados no tuvieron en consideración las obligaciones del Contralor del Departamento consagradas tanto en el artículo 435 del Código Fiscal de Cundinamarca, como en las ordenanzas 076 de 1974, (sic) artículo 1º y 18 de 1979, artículo 1º" (folio 8).

El apoderado de la Nación al constatar la demanda propuso la excepción de INEPTITUD de la misma, la cual, en su contenido, impide que se profiera un fallo de mérito, por cuanto:

a) "Si se considera como un acto complejo la suspensión de la demandante debió acusarse el acto por medio del cual la beneficencia de Cundinamarca satisfizo la solicitud de la Procuraduría, pues en caso de anularse las dos resoluciones de la Procuraduría quedaría vigente el acto del nominador, en cuanto haya tenido ocurrencia y no podría restaurarse en derecho impetrado en la demanda.

b) En cuanto la imposición de la sanción a la doctora INES LASSO OLARTE se estime como un acto simple, es decir que las resoluciones de la Procuraduría son actos de trámite que no cumplían la actuación administrativa para imponer una sanción disciplinaria, es necesario el acto de la administración que imponga realmente la suspensión solicitada por la Procuraduría, luego, debió acusarse o por lo menos identificarse la totalidad de los actos constitutivos de la actuación administrativa, so pena de que se declare la nulidad de dos de ellos y quede vigente el no

mencionado, en este caso el definitivo o que efectivamente impone la sanción" (folios 181 y 182).

También en el escrito mencionado, la entidad impugnadora de la demanda, promovió un incidente de nulidad por falta de competencia, hecho constitutivo de excepción previa, pero que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 del Código Contencioso Administrativo vigente en esa época, podía alegarse como motivo de nulidad.

El fundamento del incidente, se expuso en los siguientes términos:

"Baso este incidente de nulidad que promuevo en la regla de competencia contenida en el ordinal 6) del artículo 131 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto la cuantía de la acción es fácilmente determinable, se trata de la cantidad de dinero que dejaría de percibir la demandante durante veinte días de suspensión en el empleo de Tesorera de la Beneficencia de Cundinamarca, cuya liquidación se puede hacer sobre el sueldo mensual. Es clara la nulidad propuesta" (folio 182).

Según los documentos que obran en el proceso, se negó la nulidad solicitada en razón de que en el libelo sólo se pidió como restablecimiento del derecho, que se dejara constancia en la hoja de vida de la actora y en los libros correspondientes de la Procuraduría General de la Nación de la nulidad de las resoluciones demandadas; por consiguiente la acción ejercitada "cae dentro de las previsiones contenidas en el numeral 3o. del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, conforme al cual, es competente esta Corporación para conocer acerca de la legalidad de un acto administrativo del orden nacional que no es cuantificable económicamente" (folio 184).

La anterior decisión fue confirmada por auto de 10 de mayo de 1985 (folio 173).

El apoderado de la actora alegó de conclusión reafirmando los argumentos de la demanda y solicitando que se desestime la excepción propuesta por la entidad demandada, por considerar que los actos acusados no forman con la Resolución No. 215 de 1984 proferida por la Beneficencia de Cundinamarca mediante la cual se impuso la sanción de suspensión del cargo a la demandante, un acto complejo para que deban demandarse conjuntamente.

En apoyo de su dicho señala que la decisión de sancionarla fue adoptada autónomamente por la Procuraduría General de la Nación, sin intervención de ningún otro órgano de la administración y que el acto expedido por la Beneficencia de Cundinamarca, es de simple ejecución, que no hace parte integral de la decisión sancionaria impugnada en el proceso (folio 24).

Igualmente solicita que, previo un estudio de fondo del objeto materia del litigio, se acceda a las súplicas de la demanda (folios 17-25).

En providencia de 8 de abril de 1987, se decretó la reconstrucción del proceso, quedando en estado de dar traslado al Fiscal para concepto de fondo.

La Agencia del Ministerio Público, en el aludido concepto, solicita que por inepta demanda, se haga un pronunciamiento, inhibitorio porque tratándose de una sanción disciplinaria, "era forzoso demandar no solo el acto de la Procuraduría General de la Nación, que solicita al nominador que imponga la sanción, como ocurre en este caso, sino el acto de éste, que efectivamente la impone: pues los dos actos integran una unidad jurídica inescindible traducida en un típico acto complejo" (folio 305).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad procesal, se pasa a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Se han demandado dos pronunciamientos de una autoridad administrativa, la Procuraduría General de la Nación, referentes, el primero a la solicitud formulada por ésta a la entidad nominadora, vale decir a la Beneficencia de Cundinamarca, contenida en la Resolución No. 12 de 1983, para que impusiera a la actora, en su calidad de Jefe de la Sección de Tesorería, de la División Económica de ese organismo, sanción de suspensión del cargo, sin derecho a remuneración, por el término de 20 días; y el segundo, la Resolución No. 523 de 1983 que confirma la anterior.

No fue demandada la Resolución No. 215 de 22 de febrero de 1984, proferida por la Beneficencia de Cundinamarca en obedecimiento a lo dispuesto por la Procuraduría General de la Nación.

Por esta razón, tanto la entidad impugnadora de la acción como la Agencia del Ministerio Público, solicitan que, por inaptitud de la demanda se profiera fallo inhibitorio, toda vez que era indispensable demandar las Resoluciones de la Procuraduría a las cuales se hizo referencia y la expedida por la Beneficencia de Cundinamarca, esto es, el acto de la entidad nominadora que impuso efectivamente la sanción.

Por lo tanto la Sala considera necesario referirse en primer término a este tópico.

La imposición de sanciones disciplinarias debe estar antecedida de un proceso encaminado a comprobar la falta sancionable y la responsabilidad del funcionario inculpado.

La etapa investigativa, de acuerdo con la preceptiva que regula la materia, puede adelantarse, bien por el organismo al cual se halle vinculado el inculpado o por la Procuraduría General.

En este último caso, la actuación del Ministerio Público puede concluir entre otras formas, con la solicitud de suspensión o destitución del funcionario, medidas que sólo puede adoptar el nominador.

Ello ha conducido a que se sostenga por algunos, que en el caso de imposición de sanciones disciplinarias a empleados públicos, se configura un acto administrativo complejo y que por tanto es necesario controvertirlo en su totalidad.

Como lo ha dicho en repetidas ocasiones la jurisprudencia, el acto administrativo complejo es el que resulta del concurso de voluntades de una misma entidad o de entidades distintas que se unen en una sola. Es necesario para que se conforme, que haya unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades. Y que habiendo unidad de contenido y unidad de fin, la serie de actos que no integran no tengan existencia jurídica separada e independiente.

En el caso concreto de las sanciones disciplinarias, se ha venido admitiendo que se acusen separadamente los actos proferidos por la Procuraduría General de la Nación, considerándolos independientes en su formación, del acto que corresponde expedir a la entidad competente para imponer la sanción.

Inclusive en este proceso se debatió el aspecto de la competencia del Consejo de Estado, llegándose a la conclusión de que se trataba de un asunto sin cuantía puesto que, el restablecimiento del derecho, -al no haberse demandado el acto que impuso la sanción pedida por la Procuraduría-, consistía solamente en una anotación en la hoja de vida, convirtiéndose más en una cuestión de honor que en una reparación económica.

Es necesario entonces analizar detenidamente el asunto, para definir si en estos casos se conforma o no un acto complejo.

De los elementos que caracterizan, el proceso sancionatorio se tiene que si bien es cierto, dada la dualidad de competencias, formalmente podría hablarse de concurso de voluntades administrativas encaminadas a un mismo fin, que es el de sancionar la conducta de un empleado público, realmente en este caso la entidad nominadora no interviene para nada en la decisión de la Procuraduría ni aporta elementos nuevos al acto que ésta profiere; se limita a cumplirlo.

Ahora bien, podrá hablarse de existencia jurídica dependiente?

Se ha aceptado siempre la independencia de la Procuraduría para expedir el acto en ejercicio de la competencia que le atribuye la ley, admitiéndose por ello que dichos actos puedan ser acusados separadamente, de aquel que impuso la sanción.

No se presenta inconveniente alguno para juzgar el acto por medio del cual la Procuraduría General de la Nación, al ejercer su función fiscalizadora de la conducta de los empleados públicos, solicita a la entidad nominadora la imposición de una sanción.

Esta es una sanción que el órgano fiscalizador adopta en forma totalmente independiente, que es obligatoria y que debe ser acatada por la autoridad a la cual va dirigida.

El acto que en cumplimiento de la misma expide el nominador viene a ser un simple acto de ejecución, prácticamente una operación administrativa mediante la cual se ejecuta la decisión de sancionar, adoptada por la Procuraduría General de la Nación, entidad no autorizada para separar en forma directa de su cargo a los servidores públicos, ni siquiera temporalmente, pues esta medida corresponde a la autoridad nominadora en virtud de las facultades que para nombrar y remover ha otorgado la ley mediante las normas orgánicas de cada entidad. No existe pues el factor de independencia que sería necesario para que se configurara un acto administrativo complejo.

Y no estando frente a un acto administrativo complejo es necesario admitir que el expedido por la Procuraduría General de la Nación puede ser controvertido independiente del que expida la entidad nominadora para cumplirlo, siendo imperativo acusar este último solamente cuando el restablecimiento del derecho solicitado así lo exija, mas no cuando lo que pretende el demandante puede lograrse a pesar de la existencia de dicho acto.

En resumen, la necesidad de acusar conjuntamente los actos proferidos por la Procuraduría General de la Nación y el expedido por la entidad nominadora resultará de lo pretendido por el demandante a quien no se le pueden modificar sus pretensiones, y no de un vínculo de dependencia entre los diferentes actos proferidos por las distintas autoridades que intervinieron en la sanción del empleado.

Como en el presente caso no se pretende ni pago de sueldo ni de prestaciones dejadas de devengar en razón de la sanción de suspensión que se controvierte, es claro que el restablecimiento del derecho -anotación en la hoja de vida y en los libros de la Procuraduría- es viable aun cuando no sea anulado el acto de aplicación de la sanción, y por tanto no se configura la excepción de ineptitud de la demanda, planteada por la Nación y por el señor Fiscal de la Corporación.

En consecuencia, debe la Sala estudiar el aspecto de fondo.

La actora fue sancionada por haber reinvertido sin autorización, en Certificados de Depósito a Término unos dineros, producto de intereses recibidos de otra inversión en el C.D.T. No. 8343 de junio 12 de 1981, la cual sí había sido autorizada en la cantidad de 20 millones de pesos y por un término de 6 meses.

De conformidad con el artículo 435, literal g) acápite F del Código Fiscal de Cundinamarca, es función del Contralor autorizar la apertura y cancelación de cuentas bancarias, los traslados de fondos, las inversiones financieras y sus prórrogas, tanto en la administración central como en los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta del Departamento.

Según el parágrafo 2o. del artículo 1º de la ordenanza No. 18 de 1979, expedida por la Asamblea de Cundinamarca y que se invoca en la demanda, "El producto de la venta o permuta de los patrimonios que posee, maneja o administra la Beneficencia son de obligatoria reinversión, de acuerdo al plan más ventajoso que haya adoptado la Junta Directiva..."

Del contenido de esta norma infiere la actora, que la reinversión de los mencionados intereses, por la que fue sancionada, no solo era obligatoria sino que estaba autorizada, pues según el Decreto 1357 de 1974, expedido por el Gobernador de Cundinamarca, la Junta Directiva de la Beneficencia está integrada entre otros, por el Contralor de Cundinamarca o su delegado, y en actas Nos. 14 de 20 de mayo de 1980 y 35 de 16 de diciembre del mismo año, consta la autorización de la Junta Directiva de la Beneficencia de Cundinamarca para invertir dineros en certificados a término. Luego se presume la autorización del Contralor quien asistió a las sesiones.

Ocurre sin embargo, que el parágrafo citado de la Ordenanza No. 18 se refiere a la reinversión de los dineros provenientes de ventas o permutas de bienes de la Beneficencia, para evitar que sean dilapidados, más no exonera dicha norma de la obligación de obtener la autorización del Contralor. Autorización que debe ser concreta y precisa en sus términos en cada caso, si se trata de inversiones financieras, y aún de sus prórrogas.

El hecho de estar autorizada la reinversión de unos dineros producto de la venta de la finca Gorgonzola en el C.D.T. 8343 de junio 12 de 1981, por la cantidad de 20 millones, no significaba autorización automática y general para seguir reinvirtiendo los intereses que esa suma de dinero produjera.

Ni en el acta No. 14 ni en la 35, que fueron aportadas como prueba, se prevé la reinversión posterior de intereses. La No. 18 da cuenta de la autorización para invertir 83 millones de pesos frutos de una negociación con el Banco Central Hipotecario, en certificados a término, pero no a futuras inversiones de intereses.

Los elementos de juicio que obran en el proceso no permiten deducir que existiera autorización del Contralor Departamental para que se reinviertan en certificados de depósito a término sumas diferentes a las mencionadas, y estas no coinciden con aquéllas por cuya inversión fue sancionada la actora, individualizadas en los actos acusados.

Por tanto, es preciso concluir que la Procuraduría General de la Nación obró conforme a derecho al solicitar la sanción de suspensión para la Doctora María Ines Lasso Olarte, pues su proceder aunque estuviera exento de dolo, no se ajustó a las normas sobre la materia.

No habiendo sido desvirtuada la presunción de la legalidad de los actos acusados, las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

Por lo expuesto, al 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:

Niégase las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día dieciocho (18) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PENSION DE JUBILACION - Liquidación/ **EMPLEO**.- Definición

La Sala estima que de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entiende como empleo o cargo, términos que se toman como sinónimos por el legislador, el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente, que deban ser atendidas por una persona natural, a la cual se le denomina empleada o funcionaria, una vez que habiendo sido nombrada para ejercer el empleo, ha tomado posesión del mismo. Debe tenerse en cuenta para efectos de la determinación del monto de la pensión de jubilación, el promedio de los salarios devengados en el cargo que él desempeñó en el último año en que prestó sus servicios; la Sala difiere de la apreciación del Tribunal en el sentido de considerar como un solo cargo, los dos empleos que el demandante desempeñó en entidades departamentales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., primero (1o.) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente Nos. 2756. Autoridades Departamentales. Actor: ERNESTO BOTERO RAMIREZ.

Ernesto Botero Ramírez, en demanda presentada a través de apoderado ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, solicitó la declaración de nulidad de las Resoluciones números 2029 de 15 de noviembre de 1982, proferida por el Director de Relaciones Laborales y el Asistente de Prestaciones Sociales del Departamento de Antioquia, por la cual se le reconoció el derecho a disfrutar de una pensión vitalicia de jubilación a cargo del Tesoro General de ese Departamento, 2713 de 9 de noviembre de 1983, expedida por el Jefe de la División de Personal y el Asistente de Prestaciones Sociales, de la misma entidad territorial, por la cual fue revocada

la resolución anteriormente mencionada y se le reconoció en sustitución de la pensión revocada, el derecho a disfrutar de una porción jubilatoria a cargo del Tesoro General a que se ha hecho referencia, 523 de 27 de abril de 1984, emanada de los funcionarios mencionados por la cual se negó la reposición de la Resolución No. 2713 de 1983 y se otorgó el recurso de apelación contra ella y 33323 de 7 de diciembre de 1984, emanada del Gobernador de Antioquia, por la cual se confirmó la Resolución No. 2713 antes citada.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los referidos actos administrativos solicitó que se dispusiere que el "... Departamento de Antioquia está obligado a reconocer y pagar al doctor ERNESTO BOTERO RAMIREZ, a título de restablecimiento del derecho, una pensión mensual y vitalicia de jubilación en cuantía de un setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios percibidos del Departamento de Antioquia y del Instituto de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia, en el último año de servicios, incluyendo como salario todos los factores que integran este concepto como primas de servicio, primas de navidad, etc., pensión que deberá pagarse con retroactividad al momento de la desvinculación" (folios 22 y 23).

Como petición subsidiaria formuló la declaratoria de nulidad de las resoluciones citadas, con excepción de la No. 2029 de 15 de noviembre de 1982.

Los hechos, las disposiciones que consideró infringidas el libelista y el concepto razonado de la violación, aparecen a folios 23 a 29.

El mencionado Tribunal, en sentencia de 21 de abril de 1987, negó las súplicas de la demanda.

De acuerdo con el fallo, al accionante le asiste razón para lograr la declaratoria de nulidad de los actos acusados, por cuanto el reconocimiento de la pensión de jubilación se efectuó con ostensible quebranto del Decreto 1713 de 1960, toda vez que para efectos de determinar su monto no se tuvo en cuenta un sueldo que el actor percibió legítimamente.

Sin embargo el Tribunal se abstuvo de declarar la aludida nulidad, argumentando que, como la administración, acatando la solicitud del demandante elevada en razón de que era su voluntad renunciar al cobro de la pensión de jubilación que le reconoció el Departamento de Antioquia, para obtener del Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de una pensión de jubilación a la cual tenía derecho a partir del 14 de enero de 1986, fecha en que cumplía 55 años de edad, mediante Resolución No. 138 de 11 de febrero de 1986, declaró sin efecto la No. 2713 de 1983.

El *a-quo* consideró que la decisión de "... invalidar las resoluciones en la forma propuesta en el libelo demandatorio sería imponerle al accionante que obligatoriamente sea el Departamento de Antioquia su jubilador, algo que él no quiere y donde su caso *sui géneris*, le da una alternativa de escoger" (folio 143).

La sentencia proferida en primera instancia, fue apelada por el actor.

De los elementos de juicio que obran en el expediente, incluyendo aquellas pruebas aportadas al proceso en la instancia que se tramita, las cuales versan sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en la primera instancia, se desprende lo siguiente:

1. Al accionante, el Departamento de Antioquia, por medio de la Resolución No. 2029 de 15 de noviembre de 1982 (folios 2 a 4), le reconoció el derecho a disfrutar de una pensión vitalicia de jubilación por un valor de $31.753.83, a cargo del Tesoro General de dicho Departamento. Según el texto de la Resolución, la citada cantidad equivale al 75% del salario promedio de $42.338.44, que el actor devengó en el último año de servicios comprendido entre el 4 de abril de 1981 y el 4 de igual mes de 1982, mas no se especifica en qué cargo o cargos obtuvo la mencionada remuneración.

2. Ante la inconformidad del demandante con el acto administrativo contenido en la citada resolución, que lo llevaron a interponer contra él los recursos por la vía gubernativa, el Departamento de Antioquia, al analizar el respectivo memorial de sustentación de tales recursos, encontró que se trataba de una nueva petición, "pues solicita que en el reconocimiento de la pensión en cuestión se tenga en cuenta *el tiempo laborado en el Instituto de los Seguros Sociales* -Seccional Antioquia- para el cómputo de los primeros veinte años de servicio y el sueldo allí devengado para el cálculo del monto total del sueldo base para la liquidación" (folio 5).

Por lo tanto, mediante Resolución No. 2713 de 1983 (folios 5 a 10), se dispuso revocar la Resolución No, 2029 de 1982 y en sustitución de la pensión revocada reconocerle "el derecho a disfrutar de una CUOTA PORCION JUBILATORIA, la cual le será cubierta por el Tesoro General del Departamento de Antioquia, en la siguiente forma: Del cinco de abril, inclusive, de mil novecientos ochenta y dos, fecha de su retiro, al último día de diciembre del mismo año (abril 5 a diciembre 31 de 1982), a razón de TREINTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y UN PESOS CON NUEVE CENTAVOS M.L. MENSUALES ($36.191.09), y del primero de enero de mil novecientos ochenta y tres en adelante (enero 1o. de 1983), por la suma de TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS M.L. MENSUALES ($38.724.47)" (folio 9).

3. De acuerdo con lo consignado en la Resolución No. 2713 antes citada, para determinar el monto de la pensión de jubilación se tuvo en cuenta que "Del 5 de abril de 1981 al 4 de igual mes de 1982, último año de labor, el peticionario devengó un salario mensual promedio de $79.177.34 (no se especifica en qué entidades y en virtud de qué cargos), incluyendo primas de navidad, primas semestrales de vida cara, prima primer semestre de 1981 y segundo semestre de 1981, prima de vacaciones y subsidio de transporte. Le corresponde, pues, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4o. de la Ley 4a. de 1966, a partir del día 5 de abril de 1982 en adelante, fecha de su retiro, una pensión vitalicia de jubilación equivalente

al 75% del salario antes mencionado, o sea por la suma de $59.383.oo mensuales,..." (folio 7), la cual fue distribuida en forma proporcional a los días servidos a las distintas entidades a las que estuvo vinculado durante los 20 primeros años. (Lo escrito entre paréntesis es de la Sala).

Conforme se lee a folios 7 y 8 las cuotas a cargo del Servicio Seccional de Salud de Antioquia y del Tesoro General del Departamento de Antioquia, alcanzaban la suma de $36.191.09, las cuales en virtud del incremento del 7% de que trata el artículo 12 de la Ordenanza 06 de 1973, desde el 1o. de enero de 1983, se elevaron a $38.724.47.

La cuota a cargo del Instituto de los Seguros Sociales, según reza la Resolución No. 2713 de 1983, era de $23.191.91, la cual se dejó en suspenso, por cuanto el citado Instituto sólo aceptaba cubrirla a partir del 14 de enero de 1984, fecha en que el actor cumplía 55 años de edad (folio 8).

De lo anterior se infiere que para fijar el valor de la prestación (75% del salario devengado en el último año de vinculación del recurrente al servicio público), se tuvo en cuenta también el salario percibido por éste, en dicho lapso, en el Instituto de los Seguros Sociales.

4. Mediante Resolución No. 523 de 1984 (folios 11 a 14), se negó el recurso de reposición interpuesto contra la No. 2713 de 1983, con base en los siguientes argumentos "al considerar el tiempo servido por el recurrente al Instituto de los Seguros Sociales -Seccional de Antioquia- para el cómputo del tiempo requerido para la jubilación, forzoso era dando aplicación al artículo 1º del Decreto 1713 de 1960, tomar en cuenta sólo uno de los empleos desempeñados por él al servicio del Departamento, pues al momento de su desvinculación ejercía simultáneamente dos cargos de medio tiempo en la Secretaría de Educación, a saber: Médico Psiquiatra del Instituto Sicopedagógico Tomás Cadavid del Municipio de Bello y Médico Especialista de la División de Educación Especial de esa Secretaría, cargos que fueron creados mediante actos administrativos diferentes, cuya expedición data de distintas épocas, para los cuales fue también nombrado en fechas diferentes, habiendo tomado posesión de cada uno de ellos, y recibiendo siempre la remuneración que a uno y otro correspondía, en forma independiente" (folio 13).

5. Con razonamientos similares a los anteriores, la Gobernación de Antioquia, al resolver el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente, confirmó mediante Resolución No. 33323 de 1984, la No. 2713 de 1983 (folios 15 a 17).

6. Teniendo en cuenta la renuncia al cobro de la pensión de jubilación reconocida por el Departamento de Antioquia, hecha por el demandante en oficio fechado el 24 de enero de 1986 (folio 110), la División de Personal del citado Departamento, mediante Resolución No. 138 de 11 de febrero de 1986, dejó sin efecto, a partir del 14 de enero de ese año, el reconocimiento que en la Resolución No.

2713 de 1983, se hizo al actor de una cuota jubilatoria a cargo de esa entidad territorial.

7. El Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 2816 de 29 de octubre de 1986, reconoció al actor el derecho a percibir una pensión de jubilación. Este acto administrativo fue declarado sin efecto, a partir de la fecha de su expedición, por medio de la Resolución No. 3007 de 1986 (folio 167), en virtud de la solicitud que en tal sentido fue presentada por el beneficiario.

8. Atendiendo una nueva solicitud del demandante, en el sentido que se dejara sin efecto la Resolución No. 138 de 1986, que a su vez declaró sin efectos la Resolución No. 2713 de 1983, por medio de la Resolución No. 106 de 23 de enero de 1987, proferida por la Dirección de Relaciones Laborales del Departamento de Antioquia (folios 168 a 174), se reconoció nuevamente al accionante el derecho a disfrutar de una "CUOTA PORCION JUBILATORIA", cuya cuantía se discriminó en forma anualizada.

9. Al resolver mediante Resolución No. 35455 de 30 de septiembre de 1987 (folios 175 a 179), el recurso de apelación interpuesto oportunamente, la Gobernación de Antioquia revocó la Resolución No. 106 de 1987, arguyendo que la Administración Departamental al aceptar la decisión, libre y espontánea del demandante, de optar por ser jubilado por otra entidad estatal (el Instituto de Seguros Sociales), "lo que se resolvió fue 'dejar sin efectos' la Resolución número 2713 de 1983, más no el de revocar. Fenómeno jurídico este último que se presenta sólo en los tres (3) casos que establece el artículo 69 del Decreto No. 01 de 1984, que no acontecieron en esta oportunidad."(folio 177).

Por lo cual la Gobernación concluyó que:

> "De ahí que es dable decir, que la Resolución número 2713 de 1983, conserva su vigencia y validez, sólo que por decisión del administrado, perdió eficacia o sus efectos, que no era otra que el pago de la pensión mensual reconocida en los términos y cantidades que ordenaba la Resolución". (folio 177).

Igualmente la Gobernación de Antioquia en la Resolución No. 35455 de 1987 anota que "resulta claro que son dos actos administrativos por los cuales en los actuales momentos se le está reconociendo la prestación que se está discutiendo al doctor Ernesto Botero Ramírez: la número 2713 del 9 de noviembre de 1983, que en los actuales momentos se encuentra demandada como ya se estableció, pero que jurídicamente el acto es válido hasta tanto la jurisdicción de lo contencioso administrativo no disponga lo contrario; y la número 000106 del 28 de enero de 1987, de la cual conoce este Despacho en apelación. Evidentemente lo anterior constituye a todas luces un acto violatorio a claras disposiciones legales, por lo que habrá de revocarse el último de los citados, pues como se dijo, la Resolución No. 2713 de 1983 se encuentra en estudio de su legalidad ante la jurisdicción y la administración acatará lo que se decida al respecto" (folios 178 y 179).

Ahora bien, el recurrente al sustentar la instancia que se tramita, con fundamento en varios hechos de los comentados, atacó en fallo del a-quo alegando que la decisión del Tribunal adversa a las pretensiones del libelo, con base en las razones expuestas en la sentencia apelada, se halla desprovista de toda fundamentación, por cuanto la declaratoria de la administración departamental de dejar sin efectos la Resolución No. 2713 de 1983, adoptada por Resolución No. 106 de 1987, fue revocada por la Gobernación de Antioquia, en acto contenido en la Resolución No. 35455 de 30 de septiembre de 1987, por cuya virtud adquirió plena vigencia la Resolución No. 2713 citada, objeto de impugnación en el presente proceso.

Habiendo desaparecido el fundamento dado por el *a-quo* para negar las pretensiones de la demanda, el recurrente sostiene que le asiste el derecho a la jubilación en los términos planteados en ella, en razón de que:

"1. El Honorable Tribunal Administrativo aceptó en la sentencia apelada que los dos medios tiempos trabajados por el demandante como Psiquiatra en el Departamento equivalen al ejercicio de un sólo empleo para un mismo patrono. Para sustentar su tesis reprodujo apartes de la sentencia proferida por la misma Corporación en febrero de 1987, en donde se definió el derecho del doctor Botero a que se liquidaran correctamente las cesantías definitivas causadas en el Departamento de Antioquia.

2. El Honorable Tribunal Administrativo aceptó en la sentencia apelada que, al ignorar el Departamento uno de los dos medios tiempos servidos por el doctor Botero esa entidad se equivocó en los alcances del Decreto 1713 de 1960.

3. El Honorable Tribunal Administrativo aceptó en la sentencia que, de conformidad con el Decreto 1713 de 1960 el doctor Botero Ramírez, por ser profesional con título universitario, se hallaba dentro de la excepción que le permitía desempeñar hasta dos cargos públicos en las condiciones allí señaladas.

4. El Honorable Tribunal Administrativo, por desconocer que el doctor Botero Ramírez había optado nuevamente porque fuera el Departamento de Antioquia su jubilador (opción aceptada por el Departamento mucho antes de producirse la sentencia) sostuvo en el fallo apelado que él no quería ser jubilado por esa entidad territorial, incurriendo con ello en una afirmación contraria a la realidad.

En consecuencia, esa circunstancia que por sí sola motivó que el fallo fuera adverso a los intereses de mi representado cuando fue invocada ya había desaparecido de la escena jurídica y por lo tanto se imponía una decisión favorable. Por eso ahora, a fuerza de ser lógicos la sentencia debe ser revocada y pronunciarse la decisión que se imponía, pues si el derecho se le negó al doctor Botero Ramírez, por temor a obligarlo a algo 'que él no quiere', se le

debe reconocer ahora que se encuentra demostrado que 'él sí quiere', desde antes de pronunciarse la sentencia, ser jubilado por el Departamento, y de hecho lo está pues actualmente percibe de ese ente estatal su jubilación" (folios 187 y 188).

Tramitado el recurso y no encontrándose causa de nulidad que invalide lo actuado, se entra a resolverlo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Los actos acusados son las Resoluciones Nos. 2029 de 1982, 2713 de 1983, 523 y 33323 de 1984, originarias de la Gobernación de Antioquia.

En atención a que la resolución primeramente citada fue revocada por la administración por medio de la Resolución No. 2713 de 1983, desapareciendo así el ámbito jurídico, la Sala considera que la declaratoria de nulidad solicitada al ejercitar la acción que dio origen al proceso, por sustracción de materia, se contrae a la de las Resoluciones 2713 de 1983 que reconoció una Cuota Porción Jubilatoria al demandante a cargo del Departamento mencionado, y 523 y 33323, mediante los cuales se resolvieron los recursos por la vía gubernativa interpuestos contra ella.

Precisado lo anterior, la Corporación encuentra que efectivamente la decisión del *a-quo* de despachar desfavorablemente al demandante las pretensiones del libelo, obedeció a la circunstancia de que la Resolución No. 2713 de 1983 por la cual se le había reconocido una cuota de la pensión jubilatoria a cargo del Departamento de Antioquia, para la fecha en que se profirió la sentencia (21 de abril de 1987) había perdido sus efectos, pues la administración departamental atendiendo una petición del actor en ese sentido con miras a habilitarse para obtener del Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de una pensión de jubilación, había adoptado, mediante la Resolución No. 138 de 11 de febrero de 1986, tal decisión.

Sobre el particular, el Tribunal razonó así:

"Este acto administrativo (se refiere a la Resolución No. 138 de 1986) provocado exclusivamente por el accionante no quebranta principio legal alguno, no es la renuncia a algo que es irrenunciable sino que entre dos opciones que la ley le otorgó tácitamente al facultarlo para que simultáneamente trabajara para dos entes públicos, de los cuales el mismo día se retiró, ejercitó y en desarrollo a las Leyes 24 y 72 de 1947 y al Decreto reglamentario de la última 2921 de 1948, un derecho optando por el ISS., por factores que el juez no tiene tampoco porque sopesar (sic) y que pueden ir desde la prontitud en el cubrimiento hasta otras prebendas como servicios médicos, etc., que sustancialmente separan a las entidades patronales.

En consecuencia invalidar las resoluciones en la forma propuesta en el libelo demandatario sería imponerle al accionante que obligatoriamente sea el Departamento de Antioquia su jubilador, algo que él no quiere y donde su caso *sui-géneris*, le da una alternativa de escoger" (fls. 142 y 143).

No obstante lo anterior, el 28 de enero de 1987, antes de que se produjera la sentencia recurrida, el Departamento de Antioquia frente a una nueva solicitud del actor le volvió a reconocer el derecho a la pensión de jubilación, según consta en la Resolución No. 106 de esa fecha.

El 30 de septiembre de 1987, con posterioridad a la expedición del fallo apelado, la Resolución No. 106 fue revocada por la Resolución No. 35455, en la cual la administración consideró que la Resolución No. 2713 de 1983 conservaba "su vigencia y validez, sólo que por decisión del administrado, perdió eficacia o sus efectos, que no era otra que el pago de la pensión mensual reconocida en los términos y cantidad que ordenaba la Resolución" (fl. 177), pues lo que se resolvió en la Resolución No. 138 de 1986 "fue 'dejar sin efectos' la Resolución número 2713 de 1983, mas no el de revocar. Fenómeno jurídico este último que se presenta sólo en los tres (3) casos que establece el artículo 69 del Decreto número 01 de 1984, que no acontecieron en esta oportunidad" (fl. 177).

Así las cosas, se tiene que si bien para la fecha en que se produjo la sentencia del Tribunal, se había revocado la Resolución No. 2713 de 1983 por medio de un acto administrativo que tenía plena fuerza ejecutoria (Resolución No. 138 de 1986), hecho que motivó la decisión de *a-quo*, lo cierto es que en este momento cuando se decide el recurso de apelación contra la aludida sentencia, el acto demandando (Resolución No. 2713), en virtud de lo dispuesto en la Resolución No. 35455 de 1987 recuperó su validez jurídica y cumple todos sus efectos.

Por consiguiente, habiendo desaparecido el fundamento de la decisión del Tribunal y hallándose plenamente vigente el acto acusado se impone el análisis de la legalidad de la Resolución No. 2713 de 1983, como se hará a continuación.

De acuerdo con la demanda, el motivo de impugnación de la Resolución No. 2713 de 1983, radica en que al determinar el monto de la pensión de jubilación no se tuvo en cuenta un medio tiempo servido por el accionante al Departamento de Antioquia como Médico Especialista Psiquiatra, arguyendo, según el actor, que las disposiciones del Decreto 1713 de 1960 que contiene excepciones a las incompatibilidades establecidas en el artículo 64 de la Constitución Política, no le permitían a aquél devengar dos asignaciones del mismo Departamento.

Por ello, indica el libelista, únicamente se tuvo en cuenta lo devengado por el demandante en uno de los cargos desempeñados en esa entidad territorial y en el que ocupaba en el Instituto de Seguros Sociales, cuando, debió considerarse que la labor desarrollada por el actor en las aludidas dependencias departamentales,

obedecía a un solo cargo, toda vez que, según afirma el demandante, no devengaba sueldos de diferentes entidades territoriales u organismos oficiales, sino que ejercía simultáneamente su oficio de Psiquiatra en dos frentes de la División Especial de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, para un total de 8 horas de jornada, en horarios compatibles con el del Seguro, donde trabajaba como Coordinador de Psiquiatría, recibiendo su sueldo de un mismo Tesoro, el departamental.

Por consiguiente, solicita el actor que el monto de la pensión de jubilación debe determinarse teniendo en cuenta el sueldo promedio devengado en el Departamento de Antioquia (en los dos cargos) y en el Instituto de los Seguros Sociales en el último año que prestó sus servicios. Agrega que, el aludido promedio se obtendrá incluyendo "la prima de vacaciones por antigüedad" que se omitió tener en cuenta por el Departamento y calculando el total devengado en el último año de servicios en el Instituto de Seguros Sociales, con prescindencia del lapso en que gozó la licencia sin remuneración, el cual equivocadamente fue incluído en la liquidación efectuada en el acto impugnado.

El demandante considera la resolución acusada como violatoria del artículo 17 de la Constitución Política que consagra la protección al trabajo, porque sin fundamentación valedera se dispuso en él dejar en suspenso una parte de la jubilación (la correspondiente al Instituto de Seguros Sociales), hasta cuando el actor cumpliera los 55 años de edad.

Examinará entonces la Sala, los argumentos del demandante, con el fin de determinar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo materia del litigio.

En lo relacionado con el salario promedio que debe servir de fundamento para la liquidación del monto de la pensión de jubilación, la Corporación considera que en el caso sub-judice es aplicable la excepción a la regla general, consagrada en el artículo 64 de la Constitución Política que prohíbe la percepción de más de una asignación que prevenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, prevista en el liberal b) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960, que permite recibir aquellas que provengan de servicios prestados por profesionales con título universitario, hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal permita el servicio de tales cargos.

Debe entonces determinarse el monto de la pensión de jubilación del recurrente, con base en el salario devengado en el último año de prestación de servicios, en dos cargos públicos.

Pues bien, como el demandante arguye que la labor que prestaba en el Instituto Pedagógico Tomás Cadavid Restrepo de Bello, y en la División de Educación no Formal y Especial de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, obedecía al desempeño de un solo cargo, la Corporación analizará si efectivamente la vinculación del actor como Médico Especialista (Psiquiatra), nivel profesional

y técnico, Grado 10 de medio tiempo en las citadas instituciones, implicaba el ejercicio de un mismo empleo.

Para el efecto, la Sala estima que de conformidad con el ordenamiento jurídico, se entiende como empleo o cargo, términos que se toman como sinónimos por el legislador, el conjunto de funciones señaladas por la constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente, que deban ser atendidas por una persona natural a la cual se le denomina empleada o funcionaria, una vez que habiendo sido nombrada para ejercer tal empleo, ha tomado posesión del mismo.

En virtud de la clasificación efectuada en razón de las funciones, del grado de supervisión requerida para su desarrollo, la iniciativa para adelantarlas, los empleos se agrupan por categorías con el fin de darles tratamiento jerárquico y salarial diferencial de acuerdo con tales categorías, lo cual conlleva a la existencia de diversos cargos, del mismo nivel.

Pues bien, de los documentos obrantes en el expediente se infiere que el actor desempeñaba en el Instituto Psicopedagógico "Tomás Cadavid Restrepo" el cargo de Médico Especialista (Psiquiatra), grado 10, de medio tiempo y en la División de Educación no Formal y Especial de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, otro cargo de idéntica categoría que el que desempeñaba en el citado Instituto, vale decir, el de Médico Especialista (Psiquiatra) grado 10 de medio tiempo. Laboraba, pues en tales dependencias en virtud de la investidura de empleado publico adquirida en razón de su nombramiento por actos administrativos distintos y posesión en cada uno de dichos empleos, para ejercer tanto el cargo de Médico Especialista del Instituto Psicopedagógico mencionado como el de Médico Especialista en la citada División de la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia.

El hecho citado, esto es, el de haber sido nombrado el actor para el desempeño de los dos cargos a que se hizo referencia, no implica, como equivocadamente lo entendió el *a-quo*, el aumento de la jornada de trabajo del demandante de 4 a 8 horas. No. El haber sido nombrado y el haber tomado posesión de un nuevo cargo, distinto del que desempeñaba inicialmente, conllevó a que el demandante, en tal virtud y en ejercicio del nuevo empleo, laborara 4 horas diarias más, con absoluta independencia del trabajo que debía desarrollar a raíz del empleo primeramente citado.

Es desacertado afirmar, como lo hace el Tribunal en la sentencia, que por tener las mismas funciones, depender de la misma Secretaría Departamental, y percibir idéntica remuneración, tener vinculación con un solo patrono (el Departamento de Antioquia), se trata de un solo empleo, cuando en puridad de verdad, son dos cargos de igual categoría.

Según los documentos que obran en el expediente (Decreto No. 1033 de 1o. de junio de 1978, por el cual se establece la planta de cargos de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia, folios 54 a 62, y el escrito

visible a folios 63 a 66), existen los cargos de Médico Especialista Psiquiatra, (medio tiempo), en la División de Educación No Formal y Especial en la Secretaría de Educación del Departamento de Antioquia, y el de Médico Especialista Psiquiatra, en el Instituto Psicopedagógico Tomás Cadavid Restrepo, con funciones que en la práctica podrían resultar distintas, pero que en su esencia guardan similitud, lo cual conduce a la asignación de una misma remuneración para ambos, sin que por ello pierdan su identidad como empleos independientes. No se opera por las razones expuestas en el fallo recurrido, una simbiosis de tales cargos.

Tan cierto es que se trata de dos cargos que podrían ser desempeñados por dos personas diferentes y en el caso de que una sola los ejerciera ambos, como sucedió en el sub-lite, ésta podría renunciar de uno de ellos y conservar el otro.

El actor se posesionó como médico especialista del Instituto Psicopedagógico "Tomás Cadavid Restrepo" de Bello el 4 de julio de 1966 (folio 41). Aun cuando en el expediente no figura la respectiva acta de posesión, de varios docu- mentos que obran en él (folios 23-68-70-71), se desprende que en virtud de un nuevo nombramiento empezó a laborar como Médico Especialista de la División de Educación Especial del Departamento de Antioquia, desde el 28 de noviembre de 1978. Ejerció sus funciones en los aludidos cargos hasta el 4 de abril de 1982, fecha en la cual le fue aceptada la renuncia que en forma simultánea había presentado de ambos empleos (folio 7).

En este orden de ideas, la Corporación encuentra que le asiste razón a la Administración al considerar que el actor al momento de su separación del servicio público desempeñaba tres cargos públicos: dos en el Departamento de Antioquia y uno en el Instituto de Seguros Sociales.

También considera el Consejo que, conforme a las previsiones del Decreto 1713 de 1960 y de acuerdo con lo requerido por el accionante, es acertado el criterio de la Administración, en el sentido de que debe tenerse en cuenta para efectos de la determinación del monto de la pensión de jubilación, el promedio de los salarios devengados en el cargo que él desempeñó en el último año en que prestó sus servicios en el Instituto de Seguros Sociales y en uno de los cargos que ocupó, en el mismo lapso, en entidades del orden departamental.

Pero la Sala difiere de la apreciación del Tribunal del conocimiento, en el sentido de considerar como un solo cargo, los dos empleos que el demandante desempeñó en entidades departamentales por las razones que atrás se expusieron.

De otra parte, el Consejo considera ajustada a derecho la decisión de la Administración de suspender el pago al demandante de la cuota pensional que le corresponde cancelar al Instituto de Seguros Sociales hasta la fecha en que aquél cumpliera los 55 años de edad, puesto que tal determinación tiene plena fundamentación en la normatividad reguladora de esta materia.

En efecto, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 68 del Decreto 1848 de 1969, vigentes para la época en que se expidió el acto acusado, sólo hasta cuando el accionante cumpliera 55 años y demostrara 20 años de servicio en el sector público, el Instituto de Seguros Sociales podía reconocerle la aludida prestación social.

Por manera que ese Instituto en la fecha en que el Departamento de Antioquia le reconoció al actor la pensión de jubilación (9 de noviembre de 1983), no podía, sin transgredir las citadas disposiciones, asumir el pago de la cuota pensional que le corresponde en virtud de que el accionante laboró en el 2.851 días, puesto que éste cumplía los 55 años hasta el 14 de enero de 1986 (folio 8).

Por consiguiente y dado que el Departamento de Antioquia fue informado oportunamente de tal circunstancia, esa entidad territorial únicamente podía reconocer validamente el porcentaje de la pensión de jubilación que a ella le correspondía pagar, mas no podía disponer lo mismo en relación con la cuota que debe asumir el Instituto de Seguros Sociales, porque éste, como se vio, para esa fecha no tenía respecto del demandante la citada obligación.

De acuerdo con lo anterior, la administración departamental de Antioquia acertó tanto al liquidar la pensión de jubilación del accionante con base en el salario devengado por éste en el último año en que prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales y el percibido en el mismo lapso en virtud del desempeño de uno de los dos cargos que simultáneamente ocupó en dependencias de la Secretaría de Educación Departamental, como al ordenar únicamente el reconocimiento de la cuota porción jubilatoria a cargo del Tesoro General del Departamento de Antioquia, con prescindencia del porcentaje que el Instituto mencionado debía reconocer cuando el accionante demostrara el cumplimiento del requisito de los 55 años de edad.

De acuerdo con lo expuesto, el acto impugnado no transgrede la normatividad señalada por la parte actora como violada por la Administración a raíz de su expedición.

Se impone, pues, la confirmación de la sentencia apelada, no por las razones expuestas por el Tribunal en la misma, sino por las planteadas en este proveído.

En consecuencia, 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 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el veintiuno (21) de abril de mil novecientos ochenta y siete (1987), en el

proceso instaurado por Ernesto Botero Ramírez contra el Departamento de Antioquia.

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 25 de mayo de 1990.

Alvaro Lecompte Luna, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Funciones/ **PROCESO DISCIPLINARIO** - Régimen Aplicable/ **SANCION DISCIPLINARIA** - Ejecución

Cuando la Procuraduría General de la Nación adelanta ella misma, en cumplimiento de su función fiscalizadora de la conducta de los empleados públicos, un procedimiento disciplinario, desplazando así la competencia de la entidad administrativa está sometido ese procedimiento a los trámites previstos en la Ley 25 de 1974, en los cuales no se contempla el concepto de la comisión de personal de la entidad nominadora para tomar la decisión de sancionar, como en el caso de autos, con destitución. Porque en verdad la determinación de sancionar con tal o cual pena es adoptada por la Procuraduría; sólo que su ejecución o cumplimiento, en tratándose de suspensión o destitución, corresponde al nominador quien debe acatar el pedido dentro de los 10 días siguientes, so pena de incurrir en causal de mala conducta y sanción igual a la que se abstuvo de aplicar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 1299. Actor: Alberto Páez Pacheco. AUTORIDADES NACIONALES.

Mediante apoderada, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 1985 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, corporación que despachó favorablemente las peticiones formuladas por el señor Alberto Páez Pacheco.

Reconstruido el expediente, mediante auto de diciembre 1o. de 1987, quedó en estado de resolver sobre la admisión del recurso de apelación y se surtió el trámite correspondiente.

ANTECEDENTES:

El demandante hizo estas peticiones al Tribunal de instancia:

"PRIMERO: Que se decreten: la nulidad de la Resolución No. 0227 del 19 de mayo de 1984 emitida por la Procuraduría General de la Nación con decisión del funcionario JOSE KURE K., Procurador Segundo Delegado para la vigilancia administrativa, y la nulidad de la Resolución No. 02728 de agosto 1o. de 1984, proferida y emanada directamente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y emitida por el señor Ministro de ese Ramo, el Dr. Roberto Junguito Bonnett.

"SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público representado por el Sr. Dr. ROBERTO JUNGUITO BONNETT, el reintegro del demandante, señor ALBERTO PAEZ PACHECO al cargo de Auditor 3030-5 de la Seccion de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta o sea nombrado y posesionado para otro de igual o superior categoría, e igualmente que se le reconozcan y se le paguen en forma efectiva y real, todos los sueldos y prestaciones laborales dejados de percibir desde que fue separado del cargo por destitución ordenada y ejecutada en su orden por las resoluciones aquí demandadas, hasta el momento en que sea reintegrado a trabajar al servicio del Estado, tal y como se solicita en la pretensión y en la suspensión provisional.

"TERCERO: Pido en forma subsidiaria, que se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, representado por el DR. ROBERTO JUNGUITO BONNETT, en caso de no accederse a la pretensión 1a. y 2a. de este libelo, que reintegre al señor ALBERTO PAEZ PACHECO al cargo de Auditor 3030-5 de la Sección de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta o sea nombrado y posesionado para otro de igual o superior categoría, e igualmente que se le reconozcan y se le paguen en forma real y efectiva, todos los sueldos y prestaciones laborales dejados de percibir desde que fue separado del cargo por la destitución, ordenada y ejecutada en su orden por las resoluciones aquí demandadas, hasta el momento en que sea reintegrado a trabajar al servicio del Estado, tal y como se solicita en la 2a. pretensión de este libelo, como consecuencia de declararse nulas, la Resolución No. 0227 del 19 de mayo de 1984 emitida por la Procuraduría General de la Nación con decisión del funcionario JOSE KURE K., Procurador Segundo Delegado para la vigilancia administrativa, y la Resolución No. 02728 de agosto 1o. de 1984, proferida directamente por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, señor Dr. ROBERTO JUNGUITO BONNETT;

cuando él o los funcionarios competentes, en este caso y hasta el momento presente, el Juez Cuarto Superior Dr. Carlos Arturo Torres, que por cualquier circunstancia procesal y de la vida real conozca (n) o/y siga (n) conociendo de proceso penal en que se investigue los hechos fundamento de las resoluciones aquí acusadas, y mediante providencia, auto o sentencia absuelva de los cargos o decrete el sobreseimiento definitivo o temporal, o la cesación del procedimiento en contra del señor ALBERTO PAEZ PACHECO".

Como se observa, los actos demandados fueron dos: a) la Resolución 0227 (mayo 19) de 1984, de la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa-, por medio del cual, al modificar la Resolución 105 (julio 14) de 1983, del Procurador Regional de Cúcuta, se solicitó destituir al señor Alberto Páez Pacheco del cargo que desempeñaba en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y b) la Resolución 02728 (agosto 1o.) de 1984, mediante la cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público, al acoger la solicitud mencionada, destituyó al demandante del empleo que allí ocupaba, a saber, Auditor 3030-05 de la Sección de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, inhabilitándolo, además, para el ejercicio de cargos públicos por el término de un (1) año.

El Tribunal en la sentencia apelada aceptó uno de los argumentos esgrimidos por el demandante, conforme al cual, los actos demandados eran nulos por violar los artículos 143 y 156 del Decreto 1950 de 1973, puesto que para aplicar la sanción de destitución se había omitido solicitar el concepto de la comisión de personal.

La Doctora apoderada de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público sustenta la apelación así:

El Tribunal omitió analizar siquiera tangencialmente cuál podría ser la causal de anulación de la resolución 0227 de 19 de mayo de 1984, por la que el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa en segunda instancia, solicitó a la autoridad nominadora la destitución del señor Alberto Pérez Pacheco.

Y sin referirse a ella pasa a analizar la resolución proferida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público para concluir erróneamente que se equivocó y ordenar el reintegro del actor.

El artículo 14 de la Ley 25 de 1974 dispone en su parágrafo, que el nominador está en la obligación de satisfacer, dentro de un término de 10 días la solicitud de suspensión o destitución que le formule la Procuraduría, so pena de incurrir en causal de mala conducta y en sanción igual a la que se abstuvo de imponer.

Y agrega: a su vez el artículo 30 del Decreto 3404 de 1983, reglamentario de la Ley 25 de 1974 deroga el contenido del artículo 156 del Decreto 1950 de 1973 y dice en el artículo 41:

Reconstruido el expediente, mediante auto de diciembre 1o. de 1987, quedó en estado de resolver sobre la admisión del recurso de apelación y se surtió el trámite correspondiente.

ANTECEDENTES:

El demandante hizo estas peticiones al Tribunal de instancia:

"PRIMERO: Que se decreten: la nulidad de la Resolución No. 0227 del 19 de mayo de 1984 emitida por la Procuraduría General de la Nación con decisión del funcionario JOSE KURE K., Procurador Segundo Delegado para la vigilancia administrativa, y la nulidad de la Resolución No. 02728 de agosto 1o. de 1984, proferida y emanada directamente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y emitida por el señor Ministro de ese Ramo, el Dr. Roberto Junguito Bonnett.

"SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público representado por el Sr. Dr. ROBERTO JUNGUITO BONNETT, el reintegro del demandante, señor ALBERTO PAEZ PACHECO al cargo de Auditor 3030-5 de la Seccion de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta o sea nombrado y posesionado para otro de igual o superior categoría, e igualmente que se le reconozcan y se le paguen en forma efectiva y real, todos los sueldos y prestaciones laborales dejados de percibir desde que fue separado del cargo por destitución ordenada y ejecutada en su orden por las resoluciones aquí demandadas, hasta el momento en que sea reintegrado a trabajar al servicio del Estado, tal y como se solicita en la pretensión y en la suspensión provisional.

"TERCERO: Pido en forma subsidiaria, que se ordene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, representado por el DR. ROBERTO JUNGUITO BONNETT, en caso de no accederse a la pretensión 1a. y 2a. de este libelo, que reintegre al señor ALBERTO PAEZ PACHECO al cargo de Auditor 3030-5 de la Sección de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta o sea nombrado y posesionado para otro de igual o superior categoría, e igualmente que se le reconozcan y se le paguen en forma real y efectiva, todos los sueldos y prestaciones laborales dejados de percibir desde que fue separado del cargo por la destitución, ordenada y ejecutada en su orden por las resoluciones aquí demandadas, hasta el momento en que sea reintegrado a trabajar al servicio del Estado, tal y como se solicita en la 2a. pretensión de este libelo, como consecuencia de declararse nulas, la Resolución No. 0227 del 19 de mayo de 1984 emitida por la Procuraduría General de la Nación con decisión del funcionario JOSE KURE K., Procurador Segundo Delegado para la vigilancia administrativa, y la Resolución No. 02728 de agosto 1o. de 1984, proferida directamente por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, señor Dr. ROBERTO JUNGUITO BONNETT;

cuando él o los funcionarios competentes, en este caso y hasta el momento presente, el Juez Cuarto Superior Dr. Carlos Arturo Torres, que por cualquier circunstancia procesal y de la vida real conozca (n) o/y siga (n) conociendo de proceso penal en que se investigue los hechos fundamento de las resoluciones aquí acusadas, y mediante providencia, auto o sentencia absuelva de los cargos o decrete el sobreseimiento definitivo o temporal, o la cesación del procedimiento en contra del señor ALBERTO PAEZ PACHECO".

Como se observa, los actos demandados fueron dos: a) la Resolución 0227 (mayo 19) de 1984, de la Procuraduría General de la Nación -Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa-, por medio del cual, al modificar la Resolución 105 (julio 14) de 1983, del Procurador Regional de Cúcuta, se solicitó destituir al señor Alberto Páez Pacheco del cargo que desempeñaba en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; y b) la Resolución 02728 (agosto 1o.) de 1984, mediante la cual el Ministro de Hacienda y Crédito Público, al acoger la solicitud mencionada, destituyó al demandante del empleo que allí ocupaba, a saber, Auditor 3030-05 de la Sección de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, inhabilitándolo, además, para el ejercicio de cargos públicos por el término de un (1) año.

El Tribunal en la sentencia apelada aceptó uno de los argumentos esgrimidos por el demandante, conforme al cual, los actos demandados eran nulos por violar los artículos 143 y 156 del Decreto 1950 de 1973, puesto que para aplicar la sanción de destitución se había omitido solicitar el concepto de la comisión de personal.

La Doctora apoderada de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público sustenta la apelación así:

El Tribunal omitió analizar siquiera tangencialmente cuál podría ser la causal de anulación de la resolución 0227 de 19 de mayo de 1984, por la que el Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa en segunda instancia, solicitó a la autoridad nominadora la destitución del señor Alberto Pérez Pacheco.

Y sin referirse a ella pasa a analizar la resolución proferida por el Ministro de Hacienda y Crédito Público para concluir erróneamente que se equivocó y ordenar el reintegro del actor.

El artículo 14 de la Ley 25 de 1974 dispone en su parágrafo, que el nominador está en la obligación de satisfacer, dentro de un término de 10 días la solicitud de suspensión o destitución que le formule la Procuraduría, so pena de incurrir en causal de mala conducta y en sanción igual a la que se abstuvo de imponer.

Y agrega: a su vez el artículo 30 del Decreto 3404 de 1983, reglamentario de la Ley 25 de 1974 deroga el contenido del artículo 156 del Decreto 1950 de 1973 y dice en el artículo 41:

"Recibida una solicitud de suspensión o destitución contenida en fallo o acto definitivo de funcionario competente de la Procuraduría General de la Nación, la autoridad nominadora procederá a dictar el correspondiente acto de ejecución dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de su recibo".

Es decir, esta norma establece un procedimiento a seguir cuando la Procuraduría, en desarrollo de su misión Constitucional ejerce la fiscalización de la conducta de los empleados públicos.

Hasta aquí los argumentos de la parte recurrente.

A su vez el Doctor apoderado del actor en extenso alegato reitera los conceptos expuestos en el libelo inicial, que son fundamentalmente los siguientes:

Los artículos 142 y 143 del Decreto 1950 de 1973 son preceptos que deben acatarse para proceder a decretar una sancion en armonía con el artículo 30 del Decreto 3404 de 1983, tratándose de un empleado de carrera, y el concepto previo de la comisión de personal constituye una garantía para él.

En el caso del actor la Procuraduría jamás pudo entender la forma de trabajar dentro de la administración, así que otras personas conocedoras de las normas y sistemas empleados en esa época, hubieran podido aclarar la situación y ello hubiera resultado útil para la defensa del señor Páez y para aclarar la verdad.

Y precisamente porque no pudieron entender los sistemas es que no se comprendieron que en materia de impuestos la administración se atiene a la declaración del particular, y que las anotaciones las hacían empleados de la sección de cuentas corrientes en tarjetas y un empleado de la Contraloría verificaba su veracidad, en el sentido de que coincidieran, no con la verdad real sino con la documental es decir, con los datos que el ciudadano informa en su declaración, y las certificaciones del estado de cuentas se hacen sobre la información allí anotada, de manera que las personas pueden aparecer a paz y salvo aun cuando en realidad no lo estén. Se necesita pues el concepto de la comisión de personal en todos los casos de destitución y así lo preceptúa el artículo 19 de la Ley 13 de 1984.

En segundo lugar alega incompetencia de la Procuraduría, porque cuando existan hechos que deben someterse a investigación penal, no puede adelantar investigación disciplinaria para perseguir el mismo supuesto delito pues ello es competencia de la Jurisdicción Penal. Cosa diferente es que de los hechos investigados pueda deducirse también una falta de carácter disciplinario, pero en el caso *sub-judice* no fue esta la situación ya que el Procurador expuso: "De modo que si no refleja la verdad exacta de su contenido, por ese solo hecho se incurre en falsedad y naturalmente, en falta disciplinaria".

Es decir, se sancionó al señor Páez por un delito sin esperar el fallo de la justicia penal, y sin que la Procuraduría tuviera competencia para determinar si los hechos eran o no constitutivos de delito.

Concluye su alegato afirmando que el señor Páez obró correctamente y que, con cualquiera de los argumentos expuestos se demuestra que debe accederse a las súplicas de la demanda.

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado analiza detenidamente la situación y opina que las normas en las cuales se fundamentó la sentencia no eran aplicables al caso de autos, pues el procedimiento disciplinario que sigue la Procuraduría a un empleado público es el contemplado en la Ley 25 de 1974 y su Decreto Reglamentario 3404 de 1983. Que cuando es llevado a cabo por la respectiva entidad nominadora, si es necesario dar aplicación a los artículos 143 y 156 del Decreto 1950 de 1973 y oír a la comisión de personal.

Respecto a los demás argumentos manifiesta que aun cuando el pliego de cargos formulados al señor Páez hace alusión al Código Penal, también señala los artículos 6º del Decreto 2400 de 1968 y 132 del Decreto 1950 de 1973, que se relacionan con faltas disciplinarias.

Es decir, que leyendo el pliego de cargos se saca en conclusión que la conducta por la cual fue investigado el actor cabe dentro de las consideradas faltas disciplinarias, y las investigaciones se pueden adelantar sin perjuicio de la que por los mismos hechos adelante la justicia penal.

En cuanto a la exculpación de los cargos que le fueron formulados, si bien la actitud del actor se ajustaría a lo que se acostumbraba realizar en la oficina de cuentas corrientes y de caja, el artículo 95 del Decreto Extraordinario 074 de 1976 señala las funciones de esta oficina, haciendo énfasis en una serie de actividades que debe cumplir el jefe, y que, de haberlas observado, no se hubiera hecho acreedor a la sanción.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia apelada y en su lugar se denieguen las súplicas de la demanda.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto *sub-judice* consiste en dilucidar si la determinación de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa de solicitar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público la destitución del señor Alberto Páez Pacheco, y el acto de cumplimiento de esa decisión expedido por el ministro, se ajustan a derecho.

Los argumentos expuestos para obtener la nulidad de tales actos, pueden resumirse en tres:

1o. No se observó para sancionar al señor Páez el procedimiento previsto en el Decreto 1950 de 1973, y en especial en los artículos 143 y 156, puesto que para destituirlo no se oyó el concepto de la comisión de personal.

2o. La Procuraduría carecía de competencia para adelantar el proceso disciplinario y pedir sanción, por tratarse de hechos sometidos al juzgamiento de la justicia penal.

3o. No hubo falta alguna porque el señor Páez se ciñó en la expedición de certificados al método acostumbrado, en las oficinas de impuestos.

El Tribunal encontró que en verdad se habían infringido los artículos 143 y 156 del Decreto 1950 de 1973, y, sin hacer mayores análisis, luego de transcribir estas normas y citar el artículo 1º del Decreto 2045 de 1969, accedió a las súplicas de la demanda, por considerar indispensable en este caso el concepto de la comisión de personal.

Estima la Sala en cuanto a este aspecto de la controversia, que no le asiste razón ni al demandante ni al Tribunal.

En efecto, el trámite del proceso disciplinario reglamentado por el Decreto 1950 de 1973 y por la Ley 13 de 1984, es el que debe observar la entidad administrativa correspondiente cuando asume una investigación contra cualquiera de sus empleados, sean o no escalafonados en la carrera administrativa. Y ciertamente no puede la autoridad nominadora sancionarlos con suspensión mayor de 10 días de destitución, sin antes haber oído el concepto de la comisión de personal, el cual, dicho sea de paso, no es de obligatorio acatamiento.

En cambio, cuando la Procuraduría General de la Nación adelanta ella misma, en cumplimiento de su función fiscalizadora de la conducta de los empleados públicos, un procedimiento disciplinario desplazando así la competencia de la entidad administrativa, está sometido ese procedimiento a los trámites previstos en la Ley 25 de 1974, en los cuales no se contempla el concepto de la comisión de personal de la entidad nominadora para tomar la decisión de sancionar, como en el caso de autos, con destitución. Porque en verdad la determinación de sancionar con tal o cual pena es adoptada por la Procuraduría solo que su ejecución o cumplimiento, en tratándose de suspensión o destitución, corresponde al nominador, quien debe acatar el pedido dentro de los 10 días siguientes, so pena de incurrir en causal de mala conducta y sanción igual a la que se abstuvo de aplicar.

No pueden confundirse entonces estas dos situaciones ni es dado hablar de aplicación de normas especiales contempladas en el Decreto 1950 de 1973, porque el estatuto especial en este caso es la Ley 25 de 1974, de superior jerarquía frente a un Decreto reglamentario.

Por tal razón debe concluírse que no siendo aplicables los artículos 143 y 156 del Decreto 1950 de 1973, su infracción no era tampoco posible.

En cuanto al argumento relativo a la incompetencia de la Procuraduría dirá la Sala lo siguiente: Aún tratándose de los mismos hechos, una investigación penal no impide el adelantamiento de proceso disciplinario, puesto que de tales hechos pueden derivarse sanciones penales y disciplinarias, por ser a un mismo tiempo constitutivos de delitos y de faltas disciplinarias. La justicia penal establecerá si se configura o no delito e impondrá la sanción penal, en tanto que la Procuraduría General de la Nación resolverá acerca de las faltas disciplinarias y su correctivo. Siendo la propia Constitución la que atribuye esta facultad a la Procuraduría, no la puede perder por circunstancia alguna.

Es claro entonces, que la Procuraduría sí tenía competencia para expedir el acto acusado, acto en el que se solicitaba a la entidad nominadora aplicar al señor Alberto Páez Pacheco la sanción de destitución.

Finalmente, resta por analizar el tercer argumento, que se refiere a la conducta sancionada.

Al actor se le acusó de haber participado en maniobras irregulares para favorecer a la sociedad "Exportadores del Oriente Ltda." y a los señores Jorge Antonio y José Noe Silva Peñaranda, con devoluciones ilícitas por concepto de impuesto a las ventas.

La participación concreta del señor Alberto Páez Pacheco, Jefe de la Sección de Cuentas Corrientes y Caja en la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, consistió en expedir certificaciones según las cuales estas personas se encontraban a paz y salvo por concepto de impuestos de renta y ventas, cuando ello no se ajustaba a la realidad.

La frase consignada en el alegato de conclusión por el señor apoderado de la parte demandante (folio 34 cdo. 3) es verdaderamente demostrativa de lo ocurrido: "... la administración en principio se atiene a la declaración del particular la cual debe presumirse correcta, que las anotaciones las hacían empleados de la sección de cuentas corrientes en tarjetas que se abrían y que un empleado de Contraloría verificaba la veracidad de esas anotaciones, en el sentido de que coincidieran, no con la verdad real, como dijo el funcionario de la Procuraduría, sino con la documental...".

Es sorprendente que métodos tan irregulares puedan parecer correctos al demandante.

Lógicamente, los datos suministrados por los declarantes de renta y ventas para deducir los impuestos a su cargo, y aún las sumas por ellos liquidadas, en principio, se aceptan. Pero lo que es inadmisible es que el estado de su cuenta, se maneje en la forma indicada por el actor.

Una oficina de cuentas corrientes y caja debe tener los datos reales y no los que indiquen simplemente los deudores, pues es obligación de los empleados públicos velar por la buena marcha de la administración y observar el mayor celo y diligencia en el manejo de los dineros públicos y el recaudo de los impuestos.

Es fácilmente explicable que se hubiera pedido la sanción de destitución, si el señor Páez al expedir certificaciones sobre el estado de cuentas de los contribuyentes, siendo él Jefe de la Sección de Cuentas Corrientes, se limitaba a examinar unas tarjetas en las que los empleados anotaban lo que el contribuyente les hubiera manifestado. Su obligación era establecer la verdad real sobre las sumas a cargo de los contribuyentes y certificar, que estaban a paz y salvo, solo en caso de que realmente estuvieran.

No es necesario entrar en más detalles para concluir que la Procuraduría no incurrió en falsa motivación al expedir el auto acusado porque el señor Páez no logró desvirtuar los cargos que se le formularon y en efecto incurrió en faltas disciplinarias sancionables, independientemente del juzgamiento que desde el punto de vista penal se hiciera de su conducta.

No habiendo sido desvirtudada la presunción de legalidad de los actos acusados, lo procedente es revocar la decisión del a-quo.

Por 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 la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 11 de octubre de 1985, dentro del proceso instaurado por Alberto Páez Pacheco.

2o. En su lugar, niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 25 de mayo de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia/**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL** - Funciones/**CODIGO FISCAL DEPARTAMENTAL**

Interpretar el artículo 326 del Código de Régimen Departamental y fijar su alcance frente a las atribuciones que el artículo 187 de la C.N. asigna a las asambleas departamentales es cuestión fundamental para decidir acerca de la juridicidad del acto demandado, y ello no puede hacerse en un simple auto de suspensión provisional.

Por lo demás, una elemental intelección de la demanda permite observar que aun cuando se acusa todo el Título V de la Ordenanza 025 de 1987, cuanto primordialmente se persigue es la nulidad y suspensión provisional del artículo 333. Establecer la competencia para hacer clasificación de empleos como la que hace el citado artículo es también materia de una decisión de fondo y no del auto de suspension provisional.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Título V de la Ordenanza 025 de 1987 (nov. 26) por medio de la cual se adoptó el Código Fiscal para el Departamento de Caldas, decretada por el Tribunal Administrativo de esa sección del país.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4924. Actor: Gonzalo Zuluaga Aristizábal. APELACION INTERLOCUTORIOS.

Se decide el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado por el Departamento de Caldas, contra el auto de enero 18 de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de esa sección del país, y solo en cuanto decretó la sus-

pensión provisional impetrada por el ciudadano Gonzalo Zuluaga Aristizábal en demanda presentada contra el mismo Departamento de Caldas.

Se formulan, previas, estas

CONSIDERACIONES:

Como es sabido, la suspensión provisional, es medida que solo se decreta cuando de un simple cotejo entra lo acusado y aquello que se dice infringido resulta una violación evidente, notoria y ostensible.

Si de ese cotejo deviene, sin ningún esfuerzo dialéctico la contradicción, prosperará la suspensión provisional, que en caso contrario estará llamada a fracasar.

En esta oportunidad, el Tribunal encontró que tal violación se daba en forma palmaria, pero la Sala no es del mismo parecer.

En efecto, la Ordenanza cuyo Título V se demanda con solicitud de suspensión provisional, es la distinguida con el número 025, de noviembre 26 de 1987 y por medio de ella se adoptó el Código Fiscal para el Departamento de Caldas.

Para expedir tal Ordenanza la Asamblea dijo que lo hacía "...en uso de sus atribuciones constitucionales, legales, reglamentarias y en especial las conferidas por el Decreto 1222 de abril 18 de 1986..." (folio 4).

El aparte acusado de esa Ordenanza es el "Título V - Capítulo Unico. De las Entidades Descentralizadas del Departamento. De la industria Licorera de Caldas", comprende los artículos 281 a 340 ambos inclusive, y, como se observa de su lectura, establece el estatuto básico de la mencionada entidad -industria Licorera de Caldas-, descentralizada del orden departamental con el carácter de empresa industrial y comercial, del mismo nivel.

Al solicitar la suspensión provisional del señalado aparte de la Ordenanza controvertida, el demandante estimó que su texto vulnera el artículo 326 del Decreto Ley 1222 de 1986 (abril 18), o Código de Régimen Departamental disposición de este tenor: "Antes del 31 de diciembre de 1986, las Asambleas, los Gobernadores y las Juntas o Consejos Directivos, conforme a sus respectivas competencias, procederán a reformar los estatutos de las entidades descentralizadas, a fin de dar cumplimiento a las disposiciones del presente decreto".

Interpretar el artículo 326 del Código de Régimen Departamental y fijar su alcance frente a las atribuciones que el artículo 187 de la C.N. asigna a las Asambleas Departamentales es cuestión fundamental para decidir acerca de la juridicidad del acto demandado, y ello no puede hacerse en un simple auto de suspensión provisional.

No surge de la simple comparación de textos la violación de las normas invocadas, sino que es necesario dilucidar si los estatutos no reformados antes del 31 de diciembre de 1986, se tornaron o no, inmodificables.

Por lo demás, una elemental intelección de la demanda permite observar que aun cuando se acusa todo el Título V de la Ordenanza 025 de 1987, cuanto primordialmente se persigue es la nulidad y suspensión provisional del artículo 333.

Respecto a esta norma tampoco se da en forma evidente el pretendido quebranto.

Establecer la competencia para hacer clasificación de empleos como la que hace el artículo 333 acusado, es también materia de una decisión de fondo y no del auto de suspensión provisional.

De igual manera será objeto de estudio en la sentencia el contexto integral de la ordenanza, para saber si todas las disposiciones que contiene se refieren a una misma materia.

No se dan pues, los presupuestos para decretar la suspensión provisional que se pide en la demanda.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Segunda,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado, proferido el 18 de enero de 1990 por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro de la demanda promovida por el ciudadano Gonzalo Zuluaga Aristizábal, en cuanto accedió a decretar la suspensión provisional solicitada en el libelo.

En su lugar, declárase que no hay lugar a disponer la mencionada suspensión provisional.

Cópiese, notifíquese y en firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta decisión fue aprobada por la Sala en sesión verificada el día 1o. de junio de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

CESANTIA - Utilización

No es lógico pensar que el trabajador, pignorando su cesantía, obtenga préstamos para una vivienda que no va a ser propiedad suya ni que los patronos adelanten planes de vivienda en beneficio de trabajadores o lo hagan éstos mismos, financiándolos con sus cesantías, si ellos estarían o podrían estar excluidos de la propiedad; lo evidente es que el trabajador, al solicitar préstamo de vivienda, o el patrono al adelantar planes de vivienda para sus trabajadores, o éstos al hacerlo directamente, estén pensando en la propiedad de la vivienda y no en la simple tenencia o habitación. No se ve contradicción alguna entre el Decreto Reglamentario 2076 de 1967 y la disposición reglamentada Decreto 2351 de 1965.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., once (11) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente Nos. 2750. Unica Instancia. Actora: MARIA IDALID GRUESO C.

María Idalid Grueso C., en su carácter de ciudadana colombiana y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita que se declare la nulidad parcial de los literales c), d) y e) del artículo 2º del Decreto Reglamentario No. 2076 de 1967, en sus partes finales, en cuanto disponen que:

> "Se entiende que la suma correspondiente a la liquidación parcial del auxilio de cesantía, o al préstamo sobre ésta, tiene la destinación de que trata el artículo anterior, solamente cuando se aplique a cualquiera de las inversiones u operaciones siguientes:

...

c) Construcción de vivienda, *cuando ella se haga sobre lote o terreno de propiedad del trabajador interesado, o de su cónyuge;*

d) Ampliación, reparación o mejora de la *vivienda de propiedad del trabajador o de su cónyuge;*

e) Liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos *que afecten realmente la casa o el terreno edificable de propiedad del trabajador, o su cónyuge*". (Se subrayan los apartes de la norma cuya nulidad se impetra).

Como normas violadas se citan los artículos 2º, 76 y 120 numeral 3º de la Constitución Política, el artículo 304 del C. S. del T., el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965.

El concepto de violación de las normas citadas se hace consistir en que el artículo 2º del Decreto 2076 de 1967 introdujo modificaciones al artículo 18 del Decreto Extraordinario No. 2351 de 1965, porque sólo permite el pago parcial del auxilio de cesantía para construcción de vivienda, reparación, mejora o ampliación de la misma si el lote o terreno donde se pretende construir o se halla construida la que se propone reparar, mejorar o ampliar es de propiedad del trabajador o de su cónyuge, cuando el artículo 18 del Decreto Ley 2351 de 1965, materia de reglamentación por el Decreto acusado, "no exigía título de propiedad al trabajador y menos al cónyuge ya que el decreto (sic) 2351 no habla para nada en su artículo 18 del cónyuge, término éste que fue agredo (sic) dentro de la modificación hecha por el Decreto reglamentario 2076" (folio 5 cdno. ppal.).

Igualmente considera la demandante que el literal e) del artículo 2º del Decreto 2076 de 1967, modifica también el artículo 18 del citado Decreto Ley, pues éste únicamente y sin más requisitos hace referencia a la liberación de bienes destinados a la vivienda del trabajador y aquél circunscribe la posibilidad de exigir el pago parcial del auxilio de cesantía para efectos de liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos que afecten la vivienda o el terreno de propiedad del trabajador o de su cónyuge.

Por tal razón, para la actora, el artículo 2º del Decreto 2076 de 1967 viola lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto Ley que reglamenta y quebranta los preceptos constitucionales y demás normas legales, señalados como infringidos en el libelo.

En la demanda se solicitó la suspensión provisional de las normas acusadas, petición que fue denegada por las razones expuestas en providencia visible a folios 11 a 14.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social se constituyó en parte impugnadora a través de apoderada, consignando su oposición en escritos que aparecen a

folios 19 a 22 y 29 a 30, en los cuales arguye que la norma acusada expedida con fundamento en las atribuciones conferidas al Presidente de la República por el numeral 3) del artículo 120 de la Constitución Nacional, reglamentaria de la excepción de pago parcial de la cesantía consagrada en el Decreto 2351 de 1965, bien podía establecer dichas restricciones con el fin de garantizar la inversión adecuada de esta prestación social, que merece especial protección, y evitar así su utilización en obras o reparaciones locativas de bienes que no pertenecen al trabajador.

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación rindió concepto desfavorable a las pretensiones de la demandante y solicitó su denegación (folio 32).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Al definir la solicitud de suspensión provisional, se dijo en providencia de septiembre 22 de 1987:

> "Vistas las cosas *prima facie* y sin mayor especulación -como corresponde a esta etapa del proceso-, dado que el decreto 2351 de 1965 faculta al trabajador para exigir el pago parcial de su cesantía para adquirir, mejorar, o liberar bienes raíces destinados a *su vivienda,* lo que habría de entenderse es que el trabajador, mediante su cesantía parcial, puede adquirir vivienda para sí o mejorar o liberar *su vivienda,* vale decir, no le sería permitido utilizar la prestación con destino a viviendas ajenas, como es obvio.
>
> En tales condiciones, lo que hace el Decreto 2076 de 1967 es desarrollo natural de la norma reglamentada, ya que no es concebible que el trabajador mejore o libere con su cesantía una vivienda ajena o se proponga construir *su vivienda* sobre terrenos que no sean de su propiedad." (Folios 11-14).

Este planteamiento encuentra apoyo en el texto mismo de la norma reglamentada, el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965, que es del siguiente tenor:

> "1.- Los trabajadores individualmente podrán exigir el pago parcial de su cesantía para la adquisición, mejora o liberación de bienes raíces destinados a su vivienda, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.
>
> ..."

El auxilio de cesantía es una prestación social. Como es bien sabido, las prestaciones sociales están rodeadas de una particular protección legal, justamente por constituir derechos muy estrechamente vinculados a la persona del trabajador,

que no pueden renunciarse ni cederse a ningún título (Código Sustantivo del Trabajo, artículos 340, 343).

La cesantía es por naturaleza una prestación personalísima, destinada a subvenir a las necesidades del trabajador durante su "cesantía" o desempleo, carácter que justifica la preocupación del Estado por su adecuada utilización, como se observa en el texto del artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo:

> "PROHIBICION DE PAGOS PARCIALES. Se prohíbe a los patronos efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado".

La situación que se plantea en el artículo 18 del decreto 2351 de 1965 bajo el título de "Financiación de Viviendas", es indicativa de que se trata de la vivienda "propia del trabajador", no de una vivienda ajena, pues allí se habla en primer término de la "adquisición de bienes raíces destinados a su vivienda". Es lógico inferir que a esa misma vivienda propia se refieren las palabras "mejora o liberación" que también trae la norma.

En forma excepcional y con la especificación de una utilización restringida, la disposición reglamentada permite el pago parcial del auxilio de cesantía, frente a la norma general que tal cosa prohíbe: Solamente para *adquirir, mejorar o liberar su vivienda,* puede obtener el trabajador su cesantía parcial.

Para lograr la convicción plena de que tal fue el espíritu del legislador extraordinario, bastaría examinar el citado artículo 18 en la integridad de su contexto.

En el numeral 2 se dice que "los patronos pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía para los mismos fines". En el 4º se agrega que "los patronos pueden realizar planes de vivienda... en beneficio de sus trabajadores, financiados en todo o en parte, con préstamos o anticipos sobre el auxilio de cesantía de los trabajadores beneficiados". Y en el 5º, que los "trabajadores podrán, igualmente, exigir el pago parcial de sus auxilios de cesantía para realizar planes de vivienda".

No es lógico pensar que el trabajador, pignorando su cesantía, obtenga préstamos para una vivienda que no va a ser propiedad suya ni que los patronos adelanten planes de vivienda en beneficio de trabajadores o lo hagan éstos mismos, financiándolos con sus cesantías, si ellos estarían o podrían estar excluidos de la propiedad: lo evidente es que el trabajador, al solicitar préstamo de vivienda, o el patrono, al adelantar planes de vivienda para sus trabajadores, o éstos al hacerlo directamente, estén pensando en la propiedad de la vivienda y no en la simple tenencia o habitación.

No se ve, pues, contradicción alguna entre el decreto reglamentario y la disposición reglamentada, en los aspectos a que se refiere la acusación.

Por mandato del artículo 120, numeral 3º, de la Carta, la potestad reglamentaria se ejerce "expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes". Es precisamente lo que se hace en el caso del Decreto 2076 de 1967, en la inteligencia de que el pago excepcional de la cesantía es para fines de vivienda propia no solamente se refiere a *su adquisición,* como lo puntualiza el artículo 18 del Decreto 2351 de 1965, sino a *su mejora o liberación,* con referencia a la *vivienda ya adquirida por el trabajador.* En otros términos, no se restringe la posibilidad de utilización de la cesantía para adquisición de vivienda sino que se extiende a la mejora o liberación de la vivienda adquirida. Este mismo término "liberación" hace pensar en una propiedad con gravámenes.

Piensa la Sala que el Decreto 2076 de 1967 no hizo cosa distinta de desarrollar el pensamiento legislador extraordinario a efectos de permitir su cumplida ejecución.

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:

Deniégase la nulidad impetrada por María Idalid Grueso C. para el artículo 2º del Decreto 2076 de 1967, en la parte final de los literales c), d) y e).

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 25 de mayo de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Alvaro Lecompte Luna, Con salvamento de voto.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

CESANTIA - Utilización (Salvamento de voto)

Los literales c), d) y e) del artículo 2º del Decreto Reglamentario 2076 de 1967, limita, restringe, circunscribe y confina la posibilidad para la liquidación parcial del auxilio de cesantía o para el préstamo sobre él para la construcción, ampliación, reparación o mejora de la vivienda o para la liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos, porque sólo es viable su obtención, si el lote o terreno de la vivienda o la casa son de propiedad del trabajador o de propiedad de su cónyuge. Y "propiedad" que es lo mismo que "dominio" (artículo 669 C.C.), no cabe duda exige requisitos más estrictos que las otras formas de posesión o del ejercicio de otros derechos reales.

SALVEDAD DE VOTO
DEL DOCTOR ALVARO LECOMPTE LUNA

EN LA SENTENCIA DE ONCE (11) DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA (1990), PROFERIDA POR LA SECCION SEGUNDA DE LA CORPORACION EN EL EXPEDIENTE No. 2750 - DECRETOS DEL GOBIERNO.- UNICA INSTANCIA - ACTORA: MARIA IDALID GRUESO C.-

Bogotá, D.E., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Con sumo respeto, el suscrito consejero se aparta de las consideraciones que llevaron a la mayoría de la Sala, a adoptar una posición tal que condujo a la denegatoria de las peticiones de la parte actora. Por el contrario, del examen o paragón de las normas del Decreto Ley 2351 de 1965 invocadas en la demanda con las que, a través de los literales c), d) y e) del Decreto 2076 de 1967 -lo acusado en el casi *sub-lite*-, se pretende *reglamentar,* se deriva que estos últimos crearon más requisitos que los exigidos por aquél para solicitar "la liquidación parcialdel auxilio de cesantía" o "el préstamo sobre éste" y que, el consecuencia, las peticiones de la libelista han debido prosperar.

Dice el artículo 18 del Decreto Ley 2351 de 1965:

"FINANCIACION DE VIVIENDAS. 1 - Los trabajadores individualmente podrán exigir el pago parcial de su cesantía para la *adquisición, mejora* o *liberación* de bienes raíces destinados a *su vivienda*, siempre que dicho pago se efectúe por un valor no mayor del requerido para tales efectos.

2 - Los patronos pueden hacer préstamos a sus trabajadores sobre el auxilio de cesantía *para los mismos fines.*

..." (subrayas fuera del texto).

Y el siguiente es el texto que contiene el artículo 2º del Decreto (reglamentario) 2076 de 1967, subrayándose en las locuciones cuya declaratoria de nulidad se demandó:

"Se entiende que la suma correspondiente a la liquidación parcial del auxilio de cesantía, o al préstamo sobre ésta (sic), tiene la destinación de que trata el artículo anterior, solamente cuando se aplique a cualquiera de las inversiones u operaciones siguientes:

...

c) Construcción de vivienda, *cuando ella se haga sobre lotes o terreno de propiedad del trabajador interesado, o de su cónyuge;*

d) Ampliación o reparación o mejora de la *vivienda de propiedad del trabajador o de su cónyuge;*

e) Liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos *que afectan realmente la casa o terreno edificable de propiedad del trabajador o su cónyuge".*

El problema estriba, a ojos del suscrito consejero, en que al paso de que la norma legal únicamente hace referencia a *"su vivienda"*, el reglamento exige *la propiedad,* bien en cabeza del trabajador, bien en cabeza de su cónyuge, lo que implica una variante sustancial.

Así, "*su vivienda*" no significa, necesariamente, "propiedad", ya que comprende una gama bastante extensa de situaciones jurídicas en que pueda estar en un presente o en un futuro, la vivienda del trabajador o de su cónyuge. Puede tratarse de una posesión regular, es decir, la procedente de justo título constitutivo o traslaticio de dominio, como la *ocupación,* la *accesión* y la *usucapión,* o la *venta,* la *permuta,* la *donación entre vivos,* la *sucesión por causa de muerte,* etc. Puede ocurrir que el trabajador o su cónyuge tenga *su vivienda* en la casa de su hijo o de su hija o de su yerno. Puede ocurrir que tenga *su vivienda* en usufructo o en habitación, constituidos esos *derechos reales* en alguna de las formas señaladas en los

artículos 852 y 871 del C.C. En fin, *su vivienda* tiene un significado amplio, pues abarca una serie bastante variada de posibilidades.

En cambio, los literales c), d) y e) del artículo 2º del Decreto (reglamentario) 2076 de 1967, limita, restringe, circunscribe y confina la posibilidad para la liquidación parcial del auxilio de cesantía o para el préstamo sobre él para la construcción, ampliación, reparación o mejora de la vivienda o para la liberación de gravámenes hipotecarios o pago de impuestos, porque sólo es viable su obtención, si el lote o terreno, la vivienda o la casa son de *propiedad* del trabajador o de *propiedad* de su cónyuge. Y *"propiedad"*, que es lo mismo que "*dominio*"(artículo 669 C.C.), no cabe duda exige requisitos más estrictos que las otras formas de posesión o del ejercicio de los otros derechos reales que se han visto y de otras circunstancias que se han explicado.

De modo que la disposición reglamentaria reduce notoriamente las eventualidades que el legislador extraordinario previó para que el trabajador pudiera echar mano de su auxilio de cesantía, bajo la figura de la liquidación parcial del mismo o la del préstamo con su respaldo, para los fines de construir, ampliar, reparar o mejorar *su vivienda* o de pagar gravámenes o impuestos que pesaran sobre ella. Y al hacerlo así, opina el suscrito, ha debido la Sala acceder a las peticiones de la demanda, declarando las nulidades impetradas.

Lo anterior, desde el punto de vista estrictamente jurídico, como resultado del parangón de la disposición reglamentaria y de la norma legal correspondiente, a lo cual es de agregar que el carácter personalísimo que evidentemente tiene el auxilio de cesantía -como bien lo dice la sentencia de la cual diciente el suscrito consejero-, no se ve amenguado ni un ápice, porque el trabajador se valga de él para adquirir, mejorar o liberar el bien raíz destinado a *su vivienda*, aunque no sea de su propiedad o dominio.

Y desde un punto de vista pragmático, no son de olvidar las simulaciones y juramentos en vano que las restricciones a las liquidaciones parciales del auxilio de cesantía han traído consigo, en un país y en un mundo donde debiera abrirse paso al reinado de la verdad.

Muy cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

PENSION DE JUBILACION/ INSFOPAL/ BONIFICACION POR RETIRO VOLUNTARIO

La bonificación por retiro voluntario no puede tenerse como factor salarial para incrementar la mesada pensional, toda vez que no se recibe como remuneración por el servicio prestado, sino, al contrario, porque se deja de prestarlo mediante la renuncia del empleo. La mencionada bonificación constituye una prestación extralegal obtenida a través de la negociación colectiva para los trabajadores oficiales y no puede extenderse, sin violar la ley, a los empleados públicos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., once (11) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente Nos. 1145. Reconstrucción - Apelación sentencia. Actor: RAMON SEGUNDO PIMIENTA REDONDO.

Reconstruido el expediente con arreglo al Decreto 3825 de 1985, se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 11 de junio de 1985, por la que el Tribunal Administrativo del Magdalena denegó las súplicas de su demanda, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

En la sentencia impugnada el *a-quo,* no obstante afirmar que en el *sub-lite* no fue posible determinar la condición que el demandante "ejerció el cargo, si como empleado público o trabajador oficial y si la convención en que se funda el pretendido derecho regía a la fecha del retiro" y agregar que estas deficiencias "no permiten un fallo de mérito"(folio 10), de todos modos profiere sentencia de fondo,

negando las súplicas de la demanda con fundamento en el siguiente argumento principal:

> "Además, si razonando por lo absurdo concluyéramos que la convención es aplicable y que para los efectos de liquidación de las pensiones de los servidores oficiales deben tomarse como factores salariales los fijados en las convenciones colectivas de trabajo, tendríamos que concluir forzosamente que la de que trata el parágrafo 1o. de la cláusula décima segunda de la convención celebrada entre el INSFOPAL y su Sindicato de trabajadores, no es factor de salario para la liquidación de prestaciones por así expresarse en su propio texto cuando dice:
>
> 'A partir de la fecha de la firma de la presente convención, todo trabajador que renuncia voluntariamente de su cargo, después de 10 años de servicio al INSFOPAL, recibirá de esta Entidad una bonificación, cuyo monto será igual al que se obtenga de aplicar la tabla consagrada en el artículo 8º del Decreto 2351/65. Tal bonificación no constituye salario para ninguno de los efectos de liquidación y pago de prestaciones legales o extralegales y se tomará como base para su liquidación el día 29 de mayo de 1957'.
>
> Así las cosas la Sala considera que el no haberse tenido en cuenta como factor salarial la bonificación percibida por el demandante al reconocérsele y liquidársele su pensión de jubilacion, por parte de la Caja Nacional de Previsión Social, no constituye violación de las normas invocadas, sino por el contrario ajustarse a ellas" (folios 11-12).

El apoderado del demandante en el alegato de conclusión, puntualizó ante el Tribunal:

> "Mi representado Sr. Ramón Segundo Pimienta Redondo estuvo vinculado al Instituto Nacional de Fomento Municipal por una relación contra-actual (sic) esto es, que su carácter era el de trabajador oficial y no de empleado público, por lo cual no se halla comprendido dentro de la limitación del Artículo 45 del Decreto 1045 de 1968 y este sólo le es aplicable en calidad de garantías mínimas" (folio 17).

Al sustentar la apelación, refuta al Tribunal la consideración de que "no se encontró en el expediente certificado alguno que permita establecer si el actor era empleado público o trabajador oficial, al momento del retiro"(folio 1), con estos razonamientos:

> "Empero se observa que la anterior afirmación, carece de todo fundamento legal, por ser contrario a los hechos y pruebas que obran y fueron aportadas dentro del proceso, toda vez que, si se examinan los folios 125 a 131 del cuaderno administrativo radicado bajo el No. 4408 de 1983 ante la Caja Nacional de Previsión social, allí aparece un oficio de fecha marzo 21 de 1984 expedido por el Jefe de la División de Personal del Instituto Nacional de

Fomento Municipal en el que consta que la bonificación por retiro voluntario se creó por convención colectiva de trabajo, firmado por el Instituto Nacional de Fomento Municipal y el Sindicato de Trabajados del mismo, y anexo al mismo, obra fotocopia auténtica de dicha convención colectiva, con la cual plenamente se establece que el señor Ramón Segundo Pimienta Redondo, no sólo en el momento de su retiro definitivo sino durante todo el tiempo en que prestó servicios al INSFOPAL tuvo la calidad de Trabajador Oficial.

Por otra parte, la Entidad demandada como se ve del texto de la Resolución No. 1977 de junio 9 de 1981, en ningún momento ha desconocido tal calidad de Trabajador Oficial a mi procurado, ni la aplicabilidad y vigencia de las Convenciones Colectivas de fechas marzo 10 de 1976, febrero 21 de 1978 y marzo 26 de 1980, suscritas entre el Instituto y sus trabajadores, y más aún, como se desprende de la resolución citada, la Caja Nacional de Previsión Social no desconoció el carácter de salario que tiene la bonificación por retiro voluntario de que disfrutó el señor Ramón Segundo Pimienta Redondo para efectos pensionales, por ello el asunto aquí cuestionado, es el de establecer si dicha bonificación se debe computar en forma total e íntegra para la liquidación pensional, por haber sido devengada y causada durante el último año de servicio, o por el contrario debe computarse en forma proporcional por todo el tiempo de servicios prestado por mi poderdante al Instituto Nacional de Fomento Municipal, tal como efectivamente lo hizo la mencionada Institución de Previsión Social al efectuarse la liquidación pensional" (folio 2).

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación conceptúa "que el fallo apelado amerita confirmación" ya que "esta jurisdicción resulta competente para conocer de este negocio", porque "al actor debe reportársele como empleado público atendida la presunción legal, no desvirtuada, contenida en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968" (folio 91).

A estos respectos puntualiza la Sala:

Si en el *sub-judice* se hubiese establecido el carácter de trabajador oficial en cabeza del demandante, es obvio que habría de declararse la nulidad de la actuación por la causal no saneable prevista en los artículos 152-1 y 156-4 del C.de P.C., por cuanto la vinculación del trabajador oficial se hace mediante contrato de trabajo, a la manera de los trabajadores del sector privado y la decisión de sus conflictos no corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa. (Numeral 6, artículos 131, 132 del C.C.A).

Los alegatos de las partes no son medios de prueba ni oportunidad procesal idónea para modificar los planteamientos de la demanda. Resulta, por lo tanto, ineficaz y tardío que la parte actora, en el alegato de conclusión ante el Tribunal y en la sustentación de apelación, pregone que "era trabajador oficial", cuando no median pruebas que tal cosa adveren. En cambio, en el Hecho 3º de la demanda se afirma que el actor desempeño el "cargo de *Ingeniero Residente del Departamento*

del Magdalena del INSTITUTO NACIONAL DE FOMENTO MUNICIPAL"(folio 22). Por consiguiente, no hay duda de que fue un *empleado publico,* pues, como lo observa el colaborador Fiscal, las personas vinculadas laboralmente al INSFOPAL, por ser éste un establecimiento público, son por definición empleados públicos.

Son pretensiones de la demanda las siguientes:

"*PRIMERA:* Que se dé por negada la solicitud de reajuste o liquidación pensional elevado por *RAMON SEGUNDO PIMIENTA REDONDO* en fecha Noviembre 30 de 1983, ante la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL Sub-Dirección de Prestaciones Económicas, ya que han transcurrido más de treinta (30) días hábiles sin que dicha Institución de Previsión Social, se haya pronunciado sobre la solicitud a ella elevada, habiéndose de consiguiente agotado la vía gubernativa en el proceso, en base a lo dispuesto por el Artículo 7º de la Ley 24 de 1947, en armonía con lo consagrado por el Decreto 2733 de 1959.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se disponga por esa Corporación, que la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL deberá reajustar y pagar la pensión de jubilación reconocida al señor *RAMON SEGUNDO PIMIENTA REDONDO* por medio de la Resolución No. *1799* de fecha *junio 9/81* a una cuantía mensual equivalente al setenta y cinco por ciento 75% del promedio mensual de la totalidad de salarios que percibió durante su último año de servicio acreditado, esto es, cuantía de $46.308.12 mensuales tres años atrás al 30 de noviembre de 1983, fecha de la solicitud de reajuste o reliquidación pensional.

TERCERA: Que la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL pague al señor *RAMON SEGUNDO PIMIENTA REDONDO* o a quien sus derechos represente el valor de la diferencia de mesadas pensionales entre la cuantía pensional que ha venido percibiendo según la Resolución No. *1799* de *junio 9/81* y el valor de la pensión así reajustable, sin perjuicio de los aumentos posteriores a que puede tener derecho de conformidad a lo ordenado por la Ley 4a. de 1976" (folios 20-21).

Fácil es advertir que estas pretensiones no están llamadas a prosperar.

En efecto: Expresa el demandante en los Hechos 2o. y 3o. de la demanda que recibió la suma de $452.080.oo como "*Bonificación por retiro voluntario*" (folios 21 y 22), lo que explica luego en la siguiente forma:

"La bonificación por retiro voluntario por la suma de $452.080.oo m/cte.; no solo fue devengada sino también percibida durante el último año de servicio prestado por el señor Ramón Segundo Pimienta Redondo al Instituto Nacional de Fomento Municipal. La devengó durante su último año de servicio, por

cuanto el derecho a ella nació con el retiro voluntario del servicio por parte de mi poderdante... (folio 24).

Pues bien, la bonificación en referencia por retiro voluntario no puede tenerse como factor salarial para incrementar la mesada pensional, toda vez que no se recibe como remuneración por el servicio prestado, sino, al contrario, porque se deja de prestarlo mediante la renuncia del empleo. Por lo tanto la Caja Nacional de Previsión obró conforme a Derecho cuando no tuvo en cuenta como factor salarial la bonificación en mención, por los motivos de orden legal que consignó en la Resolución 09805 del 25 de septiembre de 1984, visible a folios 66 y 67.

Está claro, por otra parte, que la mencionada bonificación constituye una prestación extralegal obtenida a través de la negociación colectiva para los trabajadores oficiales y no puede extenderse, sin violar la ley, a los empleados públicos. El hecho de haberse otorgado al actor, siendo éste un empleado público, es una irregularidad que no puede erigirse en justo titulo para derivar de allí derechos legítimos.

Es el caso, por lo tanto, de confirmar la sentencia apelada aunque por razones diferentes de las que sustentaron el fallo de primer grado.

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:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena del once (11) de junio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 25 de mayo de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

INSUBSISTENCIA/ TRASLADO

La formulación de una solicitud de traslado, así tenga como fundamento razones de salud, no tiene la virtualidad por sí sola, de limitar el ejercicio de la libre remoción de los empleados no amparados por fuero alguno; pues aceptar lo contrario implicaría que a cualquier funcionario público le bastaría solicitar su traslado del sitio donde labora pretextando motivos de salud o cualquier otra circunstancia, para enervar la facultad de libre nombramiento y remoción de que está investida la administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., doce (12) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente Nos. 728-9983. Reconstrucción - Apelación Sentencia. Actora: GISELA GALVIS VALLES.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 27 de mayo de 1983, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda entablada por Gisela Galvis Valles contra la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- con el fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 01310 de 27 de marzo de 1980 emanada de ese Ministerio, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Auditor 3030, Grado 05, de la Sección de Auditoría Externa de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Cúcuta, de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Los hechos en que se fundamenta la acción pueden sintetizarse así:

1. La actora trabajó en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desde el 9 de julio de 1960 hasta el 18 de mayo de 1980, lapso en que desempeñó sus tareas con competencia, cuidado y eficiencia, de lo cual dan fe varios escritos, entre ellos el de felicitación fechado el 10 de enero de 1974, suscrito por el Administrador de Impuestos Nacionales de Cúcuta.

2. En el año de 1979 la demandante estuvo incapacitada para trabajar según las respectivas constancias médicas y de la Caja Nacional de Previsión.

3. "... mediante Resolución No. 06549 de 10 de julio de 1974 del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en el artículo 3º se promovió a mi Poderdante dentro de la Carrera Administrativa, lo cual demuestra sus capacidades y calidades pero también indica la falta de seriedad de una anotación en la hoja de vida de la demandante en la cual se afirma en 1967 que su rendimiento era insuficiente como mecanógrafa y que desobedecía las órdenes del Secretario Auxiliar del Administrador de Impuestos Nacionales de Cúcuta..." (folios 32 y 33).

4. La accionante "participó de manera pasiva y en buena parte presionada por sentimientos de solidaridad con sus compañeros de trabajo en un cese de actividades decretado por los empleados del Ministerio de Hacienda. Debe entenderse su situación personal frente a la de sus compañeros de muchos años" (folio 33).

5. La participación de la actora en el aludido cese de actividades ocasionó la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento efectuada por medio de la Resolución No. 09286 de 1979. Sin embargo "posteriormente el Ministerio nombró de nuevo a la señorita GISELA GALVIS, y por Resolución 00764 de 21 de febrero de 1980, seguramente teniendo en cuenta las anteriores circunstancia, sus limpios antecedentes y su capacidad probada como empleada" (folio 33).

Como fundamento jurídico de la acción se señalaron las siguientes normas: artículos 2, 16, 17, 20, 62 inciso 2o. de la Constitución Política artículo 62 a 65 del C.C.A.; artículos 1º, 7º, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968; artículo 125, 130 a 141 y siguientes y 168 y 169 del Decreto 1950 de 1973, en relación con las cuales se expresó el concepto de violación en los términos consignados a folios 33 a 36.

El Tribunal del conocimiento accedió a las súplicas de la demanda, en sentencia el 27 de mayo de 1983, dando por demostrado los hechos fundamentales de la acción, como se aprecia a continuación:

> "La Sala encuentra acreditados los hechos en los cuales se funda está demanda, en cuanto que, efectivamente la actora trabajó en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desde el 1o. de julio de 1960 hasta el 18 de mayo de 1980, habiendo sido la demandante ascendida periódicamente y felicitada en la misma forma por su buen desempeño en el ejercicio del cargo, por parte de su superior. Con la sola salvedad de dos sanciones disciplinarias sin importancia, impuestas en el año 1971 por retardos en el horario de trabajo, la eficiencia y dedicación de la empleada como funcionaria, se deduce sin lugar

a dudas de la lectura de los documentos y testimonios que relaciona el señor apoderado en el punto 2o. de su memorial que obra al folio 125 del expediente.

Así mismo, tampoco existe motivo alguno de duda de que ha quedado en el juicio debidamente establecido, según certificaciones médicas y conforme a los documentos que fueron revisados durante la diligencia de inspección judicial que practicó el Magistrado sustanciador, que la actora sufría por la fecha, en que fue desvinculada del servicio sin razón aparente de serias alteraciones en su salud que justificaban para superar su estado de depresión nerviosa de un traslado de Cúcuta a otro lugar del país, por prescripción médica, que no se produjo no obstante que fue solicitado, situación esta que quebrante el precepto contenido en el artículo 7º del Decreto Ley 2400 de 1968.

Estima la Sala que la Administración en este caso no hizo uso legítimo de la facultad discrecional, para decretar la insubsistencia acusada, por cuanto que el acto demandado desborda inequívocamente, el poder jurídico que tiene el Gobierno para desvincular en cualquier momento sin que tenga que acudir a ninguna justificación legal, cuando las necesidades del servicio subjetivamente evaluadas por el órgano nominador así lo requiera, a aquellos empleados que están sometido al régimen jurídico de libre remoción (folios 18 y 19).

...

Y estos motivos de buen servicio son los que precisamente no aparecen en los documentos y testimonios que han sido examinados; por el contrario la prueba revisada le indica a la Sala que el nominador no podía actuar con la amplitud discrecional como actuó en este caso, dadas las circunstancias no solamente de idoneidad para el ejercicio del cargo de una empleada que venía sirviendo lealmente a la Administración por un tiempo que excede de los 19 años sin completar los 20 sino también y de manera preferente, porque para la fecha en que fue expedida el estatuto de carrera administrativa y un año después, reunían como quedó visto las condiciones previstas en el inciso 2o. del artículo 42 del Decreto Ley 2400 de 1968, para tener derecho 'A SOLICITAR Y OBTENER SU INSCRIPCION EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA'" (folio 20).

Finalmente el *a-quo* hace la siguiente acotación:

"... agrega la Sala la observación final de que en los tres últimos meses de una vinculación laboral superior a 19 años pero inferior a 20, el ente nominador produce dos declaraciones de insubsistencia que enmarcan una etapa de reintegro apenas de 20 días de duración es decir de marzo 7 a marzo 27 de 1980, para retirar finalmente el servicio público a quien había demostrado su eficiencia precisamente cuando le hacían falta pocos días para tener derecho al reconocimiento de su pensión jubilatoria.

Así pues, el conjunto de la prueba, la concatenación lógica de todo lo que hasta aquí se ha dicho en materia de elementos de convicción, está indicando inequívocamente, por vía de inferencia, que el acto de desinvestidura aquí demandado, no se produjo en razón del buen servicio, esto quiere decir que en este juicio se desvirtuó plenamente la presunción de legalidad que le asiste a los actos de la Administración" (folio 21).

Reconstruido el expediente, se concluyo el trámite de la segunda instancia hasta quedar para fallo, a lo cual se procede, no observándose causal que invalide lo actuado, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

En el concepto de fondo rendido por la Fiscalía Quinta de la Corporación, se solicita se confirme la sentencia apelada por cuanto revisado el expediente no se encontró fundamento alguno para un cambio de decisión, como se aprecia a continuación:

"El Tribunal después de analizar la situación de la actora frente a la Carrera Administrativa y deducir que había cumplido todos los requisitos para haber sido inscrita en período de prueba; después de examinar su rendimiento y encontrarlo satisfactorio, y de censurar el proceder de la Administración cuando la separó del servicio, para reintegrarla posteriormente y luego volver a declarar insubsistente 20 días después por el acto acusado, encontró probada la desviación de poder y accedió a las súplicas de la demanda.

Observa la Fiscalía que el señor apoderado del Ministerio de Hacienda se limitó a solicitar en un brevísimo memorial que apenas si reunía los requisitos legales, la reconstrucción del proceso.

Pero no aportó documentos fundamentales, como son la sustentación de la apelación, su alegato de conclusión o pruebas que pudieran conducir a decisión diferente de la del Tribunal.

Se desconocen entonces los motivos de inconformidad con la sentencia apelada.

Por otra parte, las razones aducidas por el *a-quo* aparecen acertadas y tienen respaldo en los hechos que en la primera instancia fueron sustentados debidamente" (folios 88 a 89).

No obstante que se echan de menos los documentos a que alude la colaboración Fiscal, ello no es óbice para observar que la sentencia apelada adolece de varias deficiencias a las cuales se referirá la Sala a continuación.

En primer lugar, se tiene que en la demanda no se invoca como violada norma alguna de la cual se derive el amparo de la carrera administrativa aplicable a algunos empleados públicos del orden nacional. Por el contrario, en ella se afirma que el cargo desempeñado por la actora es de libre nombramiento y remoción (folio 34). Sin embargo, el Tribunal, *"motu proprio"*, edifica una argumentación acerca del ingreso a la carrera administrativa establecido con carácter de excepción por el inciso 2o. del artículo 42 del D.L. 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año y reglamentado por el 342 de 1970, para concluir que la accionante se encontraba amparada por el fuero de la carrera administrativa y que en consecuencia debía accederse a las súplicas de la demanda como en efecto lo hizo.

A pesar de ser la anterior razón más que suficiente para no darle a la aludida argumentación las consecuencias jurídicas que el a-quo le asigna, la Sala estima procedente hacer algunas precisiones sobre el particular.

En primer lugar, que el procedimiento de excepción establecido y reglamentado en las normas mencionadas para escalafonarse en la carrera administrativa, suponía el cumplimiento de una serie de exigencias por parte del aspirante, tales como haber estado desempeñando un empleo de la carrera el 17 de diciembre de 1968 y continuar en ejercicio del mismo un año después, solicitar su inscripción en período de prueba, dentro de un plazo determinado, ser evaluado satisfactoriamente durante los tres meses de dicho período, reunir los requisitos mínimos señalados para el ejercicio del cargo, y algo muy importante para el cargo *sub-judice:* "solicitar su inscripción en el escalafón de la carrera dentro de los 30 días siguientes à la expiración del período de prueba so pena de perder" el derecho que les concede el artículo 42, inciso 2º del Decreto ley 2400 de 1968" según reza en los artículos 13 y 14 del D. 342 de 1970; exigencia esta última que la actora no cumplió y que según la comunicación transcrita en la página 10 de la sentencia, (folio 11), dio lugar a que se negara su inscripción en el escalafón; y por ende, la actora no podría invocar fuero alguno de estabilidad derivado, de la carrera como en efecto se abstuvo de hacerlo.

Tal y como fue regulado este procedimiento de ingreso lleva a la Sala a concluír que el acto administrativo mediante el cual se decidía la solicitud de escalafonamiento era un acto constitutivo y no declarativo del derecho, razón adicional para no compartir la conclusión del Tribunal.

Razona igualmente el Tribunal acerca de la improcedencia del período de prueba señalado en el artículo 6º del Decreto reglamentario, para concluír que contraría la norma reglamentada. No obstante, si se observa con algún detenimiento la norma objeto de reglamentación, se llega a la conclusión de que el señalamiento de tal período se encuentra en total armonía con el artículo 42, mencionado, puesto que en éste se dispone que el escalafonamiento de dichos funcionarios debe hacerse con observancia del procedimiento consa-

grado en el artículo 45 del Decreto 2400 de 1968 procedimiento que precisamente está estructurado sobre la existencia de un período de prueba.

El artículo 6º del Decreto 343 de 1970, armoniza, pues, tanto con el artículo 42 como con el 45 del Decreto 2400 de 1968, con las modificaciones introducidas por el Decreto 3074 de 1968.

Por lo demás no resulta consistente afirmar como lo hizo el *a-quo* que la demandante desconocía la fecha de su inscripción en período de prueba y por ende el vencimiento del mismo cuando ella acepta que durante ese período se le calificó favorablemente, calificación que debió serle notificada y por los períodos evaluados supo perfectamente la fecha de vencimiento.

Tampoco puede ser fundamento válido de la decisión adoptada en la sentencia, el supuesto quebranto del artículo 7º del Decreto Ley 2400 de 1968, por no haberse ordenado el traslado de la actora de Cúcuta a otro lugar del país el cual ella había solicitado, por razones de salud. Pues de ninguno de los derechos establecidos en el artículo invocado, se infiere la obligación de efectuar el traslado solicitado. Para la Sala la formulación de una solicitud de traslado, así tenga como fundamento razones de salud, no tiene la virtualidad por sí sola, de limitar el ejercicio de la libre remoción de los empleados no amparados por fuero alguno; pues aceptar lo contrario, implicaría que a cualquier funcionario público le bastaría solicitar su traslado del sitio donde labora pretextando motivos de salud o cualquier otra circunstancia para enervar la facultad de libre nombramiento y remoción de que está investida la Administración. Por ello, no puede sostenerse como lo hace el Tribunal que la existencia pública de una petición de traslado por parte de la accionante, socava la legalidad del acto que declaró insubsistente su nombramiento. Menos aún en el presente caso, en que el acto demandado fué expedido en marzo de 1980 y según se expresó en el alegato de conclusión que obra a folio 50 se lee "que a folio 94 del expediente está una certificación expedida por el Doctor LUIS ALBERTO MIELES en el mes de junio de 1980, (es decir con posterioridad a la fecha en que se profirió el acto acusado) según la cual la Señorita GALVIS VALLES *padecía por entonces* una depresión nerviosa que hacía necesario su traslado de Cúcuta..."(la subraya no es del texto).

En conclusión al ser la jurisdicción contencioso administrativa eminentemente rogada y no habiéndose invocado como infríngidas por el acto acusado las normas de carrera administrativa que dan derecho a estabilidad, la Sala encuentra que el Tribunal al proferir el fallo recurrido desconoció este principio.

También se encuentra que no se probó que la Resolución No. 1310 de 1980 se hubiera expedido por razones distintas del buen servicio, como lo sostiene la demandante. Al no existir pruebas que acrediten lo afirmado por ella, en el sentido de que la declaración de insubsistencia tuvo como finalidad sancionarla doblemente por faltas disciplinaria en que acepta haber incurrido y en consecuencia al no haber desvirtuado la presunción de que el acto admi-

nistrativo se profirió por razones del buen servicio, no es procedente declarar su nulidad.

De acuerdo con lo expuesto, se impone la revocación de la sentencia apelada y en su lugar, debe despacharse negativamente las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1. Revócase la sentencia del 27 de mayo de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundianamarca en el proceso instaurado por Gisela Galvis Valles contra la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

2. En su lugar, deniégase las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de junio de 1990.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Graciela Lizarazo Becerra, Conjuez.

INSUBSISTENCIA/ REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Delegados/ **COMPETENCIA**

El acto demandado fue dictado con incompetencia, es decir, por un agente público que no tenía él solo la facultad de expedirlo, pese a que se hallaba encargada de las dos plazas que señala la ley para ejercer sus funciones, porque se trata de un órgano público, dual y por ende necesariamente plural. Hay por consiguiente, un vicio en el acto, dado que los poderes de los agentes públicos están rigurosamente atribuidos por normas legales a "los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil" y únicamente los dos pueden "disponer el movimiento de personal en sus respectivas dependencias" de común acuerdo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 2720. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. Actor: Francisco Reinel Mejía Restrepo.

El señor Francisco Reinel Mejía Restrepo, por conducto de apoderado, interpone recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de 27 de marzo de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las peticiones de la demanda.

El proceso se originó en el libelo presentado en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho que buscó la nulidad de la Resolución No. 165 de 1984, -18 de mayo-, suscrito por la Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil en la circunscripción electoral de Antioquia, en cuanto declaró la insubsistencia del nombramiento del hoy actor -Francisco Reinel Mejía Restrepo-, en el

cargo de Registrador 5002-06 del Municipio de La Estrella, a fin de que como consecuencia de ello, se ordene el reintegro a dicho cargo y se condene a la Nación (Registraduría Nacional del Estado Civil) al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir (inclusive aumentos) desde la fecha de desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado y que se declare que para todos los efectos legales no existe solución de continuidad en el servicio oficial.

El tribunal de instancia, para denegar las súplicas de la parte actora, argumentó lo siguiente:

"1. Las normas invocadas en la demanda establecen para cada circunscripción electoral dos delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, de filiación política distinta, dentro de las funciones que deben ejercer de común acuerdo, está la del nombramiento de los Registradores Municipales del Estado Civil -que debe ser aprobado por el Registrador Nacional, cuando se trata de capitales de departamentos o ciudades de más de 100.000 cédulas inscritas- y "disponer el movimiento de personal en sus respectivas depen-dencias".

"2. La apoderada de la Nación -quien ocupaba el cargo de Delegada del Registrador Nacional de Antioquia-, afirma que no existió ninguna violación dado que reunía la condición de Delegada en propiedad (por su filiación), "y de la filiación contraria por encargo del Registrador Nacional" (folio 20). A folios 21, dice:

"Con relación a la supuesta violación del artículo 33 de la Ley 28 de 1979, al acreditarse y/o establecerse como se hará de que -sic- tenía la doble función de Delegada en propiedad y Delegada Encargada en un cargo netamente apolítico, de ninguna manera resulta violada sino ceñida a su texto. Así actué con competencia plena: Como Delegada por una filiación y como encargada por la otra. Darle visos políticos a una actuación administrativa de esta índole resulta desacertado, máxime cuando el desvinculado del servicio es precisamente de la filiación política de la suscrita.

"Por otro lado, cuando el parágrafo del artículo 33 de la Ley 28 del 79 expresa que "Las decisiones de los delegados del Registrador Nacional serán tomadas de común acuerdo, se refiere a la necesidad del concenso -sic- en las actuaciones de los mismos, cuando estén ambos actuando al frente de sus cargos. Entender lo contrario sería desvirtuar la razón de ser un órgano administrativo plural, y, sentar el precedente de que no pueda existir el encargo de ser "bifronte" sería tanto como paralizar la administración pública y controlar su misma esencia".

"3. El artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, dispuso:

"Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo".

"Aparece demostrado que la funcionaria que expidió el acto acusado, Doctora GABRIELA SOTO DE S. fue nombrada y confirmada como Delegada del Registrador Nacional del Estado Civil para la Circunscripción Electoral de Antioquia, mediante Resoluciones 1225 de junio 16 de 1981 (folio 54) y 1406, de julio 16 del mismo año (folio 50), expedidas por el Registrador Nacional. Tomó posesión el día 30 de julio de 1981 (folio 43).

"Además, fue encargada "del Despacho de la Delegación de la Circunscripción Electoral de Antioquia", mediante Resolución 0777 de marzo 27 de 1984 (folio 48 y 49):

"Ni la norma transcrita ni otra disposición legal prohíben o limitan el encargo tratándose de los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil como se plantea en la demanda, folio 7:

"En tales condiciones el Tribunal encuentra confirmada la legalidad del acto acusado, por lo que no serán atendidas las súplicas de la demanda."(Folio 71 a 73).

DE LOS CARGOS CONTRA EL FALLO RECURRIDO

Por aplicación indebida del artículo 34 del Decreto 1950 de 1973 y de los artículos 28 de la Ley 28 de 1979 y 33, numeral 1o., numeral 4o., y parágrafo de la misma Ley 28 de 1979, por falta de aplicación.

Dice la parte recurrente que, como se puede observar, el acto acusado se dictó por uno de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil para la Circunscripción Electoral de Antioquia, no obstante que las normatividades legales disponen la composición de dicho organismo -la Delegación- por un número plural de miembros -más concretamente, de dos, de filiación política distinta- y que de esa forma deben actuar en cuanto se refiere al ejercicio del movimiento de personal y de nombramiento de registradores en los municipios. Agrega que, pese a que hubo en verdad una resolución que encargó a la señora Gabriela Soto de Steinecke, en propiedad de una de las delegaciones de la otra, ello no significa que haya tenido la facultad para ejercer las funciones previstas en el artículo 33 de la Ley 28 de 1979, que son precisamente, las que atañen al nombramiento y remoción de registradores en los municipios.

"Es tan elemental el asunto -agrega- que ejemplificando se comprenden al bulto el exabrupto. Por ejemplo, no se le ha ocurrido al Honorable Consejo de Estado encargar de una Consejería o de una magistratura ocupada por un liberal a un consejero o un magistrado conservador ni mucho menos se ha ocurrido que

encarguen de una consejeria vacante a otro consejero o magistrado, y si esto se dice de un órgano cuya pluralidad es grande, qué se dirá de un órgano meramente BIPERSONAL, donde en uno al asumir la función de los dos desaparece el órgano".

OPOSICION A LA PROSPERIDAD DEL RECURSO

La Nación -Registraduría Nacional del Estado Civil- se ha opuesto a la prosperidad del recurso extraordinario de anulación. Sin embargo en su escrito (folios 101 y 102), se limita a transcribir unos párrafos de la providencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que aquí ha de juzgarse, so pretexto de que "vano sería repetir los mismos argumentos, razón por la cual, además de mi ya manifiesta conformidad con el fallo proferido, expreso a usted, a esa Honorable Corporación, que me opongo a todas y cada una de las pretensiones del actor de la demanda".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Emitido por el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, dice lo siguiente:

"Como puede advertirse de la simple lectura del escrito contentivo del recurso extraordinario de anulación que se examina (folio 76 a 81 del expediente), este presenta las siguientes fallas:

"1o. Se desarrolla el concepto de violación como un alegato de instancia;

"2o. Cita como norma violada por la sentencia cuya anulación se solicita, el artículo 34 del *Decreto Reglamentario* 1950 de 1973, el cual, de acuerdo a reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, no tiene cabida en el estudio del recurso de anulación; y,

"3o. Es evidente que en el *sub-lite* para llegar a establecer la infracción de las normas invocadas, se haría indispensable el análisis de materia probatoria, lo que indiscutiblemente no es de recibo dentro del estudio de este medio extraordinario de impugnación.

"Por las fallas anotadas, y de acuerdo con los reiterados lineamientos jurisprudenciales trazados por el Honorable Consejo de Estado en eventos análogos al *sub-judice*, la conclusión necesaria es la de que el recurso en comentario no tiene vocación de prosperidad" (folios 104 a 105).

De esta suerte, con fundamento en los anteriores prolégomenos y no observando obstáculo alguno que impida la dictación de la sentencia que ha de resolver al presente recurso extraordinario.

SE CONSIDERA:

Ciertamente que en la enunciación del cargo que esgrime el recurrente contra el fallo atacado, se parte del artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, que es reglamentario, y que por lo tanto, no puede indicarse como norma violada directamente, que estructure motivo de anulación del mismo, puesto que el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo señala sólo el quebranto de la Constitución Política o de *la ley sustantiva* como fuente o fundamento de la anulación, descartándose por ende toda disposición de carácter adjetivo o que no tenga el carácter de ley.

Pero, como se ha visto, no sólo se enumera dicho artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, sino que también muestra como fueron infringidos los artículos 28 y 33 (numerales 1o. y 4o. y parágrafo) de la Ley 28 de 1979, respecto a los cuales cabe establecer, con su transcripción, si se trata de normatividades de carácter sustantivo o procedimental.

El siguiente es el texto del artículo 28 en mención:

"En cada circunscripción electoral habrá dos Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, de filiación política distinta, quienes tendrán la responsabilidad y vigilancia de la organización electoral, lo mismo que el funcionamiento de las dependencias de la Registraduría Nacional a nivel seccional".

A su vez, el artículo 33 en los apartes que se estiman conculcados, establece:

"Los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil tendrán las siguientes funciones:

"1a. Nombrar a los registradores del Estado Civil y demás empleados de la circunscripción electoral. El nombramiento de los registradores municipales de las capitales de departamento y de las ciudades de más de cien mil cédulas vigentes requiere de la aprobación del Registrador Nacional del Estado Civil.

...

4a. Disponer el movimiento de personal de sus respectivas dependencias.

Parágrafo. Las decisiones de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil serán tomadas de común acuerdo".

Son, sin duda, pautas legales de tipo sustantivo, puesto que la primera de las citadas se refiere a la composición de un órgano; y lo mismo las otras, dado que otorgan facultades al mencionado órgano. Como es sabido, tanto la

Corte Suprema como el Consejo de Estado han venido entendiendo, de tiempo atrás, que son normas sustanciales o sustativas las que declaran, crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas entre las personas implicadas en tal relación. Por lo tanto, al estructurarse la composición de un órgano necesario para el desenvolvimiento de una actividad pública cualquiera, señalando la ley dicha integración, es claro que el canon que tal cosa hace es de tipo sustancial; le da "entidad" al órgano, le comunica su posibilidad de ser; no es de categoría adjetiva o mera- mente procedimental pues no regula de manera, el *modus operandi* de la actividad que se coloca bajo su cuidado, sino que dice cómo es el órgano, cuál es la pauta jurídica que habla de su composición.

De la misma estirpe que el artículo 33 en la mayor parte de los aspectos que tocan sus numerales 1o. y 4o. Al precisar las facultades que tiene el órgano, se está refiriendo a como se engendra y cómo se ejerce la competencia propia de este órgano, por lo cual se impone que sea una preceptiva cuya esencia es de rango sustantivo.

Impónese entonces analizar si en verdad tales normas legales sustantivas, cuyos quebrantos, teóricamente, podrán engendrar anulación de la sentencia recurrida, no fueron aplicadas por el tribunal de única instancia como lo estima el impugnador.

Quepa recordar una vez más que el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo, precisaba una causal única para la posible prosperidad del recurso extraordinario, semejante, *mutatis mutandi,* a la primera causal de casación descrita en el artículo 368 del C.de P.C., o sea la transgresión de una norma constitucional o legal - sustantiva "por falta de aplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea" o, en otras palabras, el denominado "error *luris in ludicando*" el error puramente jurídico, el que puede recaer, bien en la existencia o en la validez de la norma en el tiempo o en el espacio; bien el significado que envuelva; bien en relación con el hecho específico abstracto o con el hecho específico cooncreto; bien por las consecuencias jurídicas que se deriven de haber determinado la relación señalada en la norma de un modo equivocado. Releyendo la parte considerativa del fallo proferido por el Tribunal de Antioquia, observase la ausencia del examen propio acerca del artículo 33 de la Ley 28 de 1979, de importancia suma para dirimir el asunto *sub-lite.* En este punto, se circunscribe a transcribir el comentario de la apoderada de la nación, quien ocupaba el cargo de Delegada del Registrador Nacional en Antioquia, y que fue la persona que emitió el acto acusado. Es decir, el Tribunal hace suyas las palabras de la mencionada abogada, o sea su afirmación de que "tenía la doble función en propiedad y Delegada encargada, en un cargo netamente apolítico", de modo que según, esto, "de ninguna manera resulta violada sino ceñida a su texto"; y remata argumentando, también con transcripción del raciocinio aludido: "Por otro lado, cuando el parágrafo del artículo 33 de la Ley 28 del 79 expresa que "las decisiones de los delegados del Registrador Nacional serán tomadas de común acuerdo", se

refiere a la necesidad del concenso -sic- en las actuaciones de los mismos, cuando estén ambos actuando al frente de sus cargos. Entender lo contrario sería desvirtuar la razón de ser de un órgano administrativo plural, y sentar el procedente (sic) de que no existir el encargo por ser "bifronte" sería tanto como paralizar la administración pública y contrariar su misma esencia".

Para la Sala es indubitable que el acto demandado fue dictado con incompetencia, es decir, por un agente público que no tenía él solo la facultad de expedirlo, pese a que se hallaba encargada de las dos plazas que señala la ley para ejercer sus funciones, porque se trata de un órgano público dual y por ende, necesariamente plural. Hay por consiguiente un vicio en el acto dado que los poderes de los agentes públicos están rigurosamente atribuidos por las normas legales arriba transcritas a "los delegados del Registrador Nacional del Estado Civil" y únicamente los dos pueden "disponer el movimiento de personal en sus respectivas dependencias", de común acuerdo.

El principio de la competencia es, por naturaleza fundamental de todo el derecho público, dado que ningún agente público puede ejercer su actividad fuera del marco de su competencia jurídica la que sólo pueda nacer de la ley, por más que un acto administrativo lo "encargue" de una atribución que, según la norma legal, ha de ejercerse en común acuerdo de dos agentes.

En consecuencia, en la sentencia cuya anulación se impetra hubo aplicación indebida y falta de aplicación de normas legales sustantivas que son las ya citadas y vistas, en virtud de lo cual ha de prosperar el recurso extraordinario interpuesto.

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: Anúlase la sentencia de 27 de marzo de 1987 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra la Resolución No. 165 de 1984, 18 de mayo, expedida por la Delegación de la Registraduría del Estado Civil en Antioquia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se dispone:

1o. Declárase la nulidad del artículo 1º de la Resolución No. 165 de 1984, 18 de mayo, expedida por uno de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en Antioquia en cuanto declaró insubsistente el nombramiento del señor Francisco Reinel Mejía Restrepo como registrador del Municipio de La Estrella.

2o. A manera de restablecimiento del derecho, ordénase a los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en Antioquia reintegrar al señor Francisco Reinel Mejia Restrepo al cargo de Registrador 5002-6 del Municipio de la Estrella (Antioquia) o a otro de igual rango y si ello no fuere posible, a uno de superior categoría y condénase a la Nación -Registraduria Nacional del Estado Civil- al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar, incluidos los aumentos, desde la fecha de la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, descontando aquellas sumas que durante el mismo lapso haya devengado del tesoro público. Declárase para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la vinculación durante ese lapso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 15 de junio de 1990.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna.

Miguel A. Perilla P., Secretario.

SECCION TERCERA

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Régimen/ **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO** - Existencias

Como la existencia y representación de una sociedad de cualquier clase (sea de economía mixta o no) se demuestra con certificado de la Cámara de Comercio que corresponde al lugar de su domicilio social, ésta es la prueba que debe presentarse cuando la persona jurídica que deba intervenir en el proceso sea una sociedad de economía mixta. Si se tratare de una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, no habrá necesidad de acreditar su existencia como quiera que debiendo esa existencia a la ley, exclusivamente, el conocimiento de ésta se presume de derecho, pero si la empresa de este tipo es del orden departamental o municipal el demandante deberá acreditar la ordenanza o el acuerdo que la hubiere creado, ya que el conocimiento de tales actos no se presume.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., treinta (30) de marzo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5974. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

Agotada la tramitación de ley, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto de fecha 17 de junio de 1989, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, por medio del cual se inadmitió "la demanda entablada, por falta de jurisdicción" (fls. 27 y 23).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1o. El actor dice en su demanda que ejercita una acción pública de nulidad con suspensión provisional del "acto administrativo separable contenido

en el Acta No. 125 de la Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A., -EMPOIBAGUE S.A.- de fecha 7 de julio de 1986", en la parte en dónde consta que el Consejo Directivo de dicha empresa aprobó un contrato de arrendamiento de un local donde funcionaría la entidad.

El mismo actor, en su libelo señala como demandada a "la empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal (o sociedad de economía mixta, sujeto al mismo régimen) denominada EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE IBAGUE, S.A. -EMPOIBAGUE, S.A...".

2o. El quinto inciso del artículo 139 del C.C.A. (tal como fue subrogado por el art. 25 del Decreto Ley 2304 de 1989, que en este punto en nada cambio al que existía) exige acompañar a la demanda "la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso.

El demandante en el presente caso no acreditó en ninguna forma los extremos citados (existencia y representación de la Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A., EMPOIBAGUE S.A., tal vez por pensar que se trata de una persona de derecho público pues la señala como "una empresa industrial y comercial del Estado, del orden municipal (o sociedad de economía mixta sujeta al mismo régimen)".

Las empresas industriales y comerciales del Estado constituyen una especie del género entidades descentralizadas (art. 1º, Decreto 3130 de 1968) y su creación debe obedecer a decisión legislativa (art. 76-10 de la Constitución Política y art. 6, Decreto 1050 de 1968).

Las sociedades de economía mixta son otra especie del mismo género (art. 1º, Decreto 3130 de 1968) y su existencia se origina no solo en decisión legislativa sino, además, en un contrato de sociedad (art. 8º, Decreto 1050 de 1968) y como lo expresó la Corte Suprema de Justicia "pueden constituirse bajo cualquiera de las formas de sociedad previstas en el Código de Comercio, colectivas, en comandita simple o por acciones, de responsabilidad limitada o anónima, ya que la ley colombiana no señala ninguna en especial" (Sala Plena, sentencia de febrero 27 de 1975, Gacela Judicial No. CLII, pág. 39) y ordinariamente, su capital está formando por aportes estatales y de capital privado.

Se dice que ordinariamente, porque puede darse el caso de sociedades de economía mixta con capital enteramente aportado por entidades públicas, como sucede cuando, también con autorización legislativa, (art. 21, Decreto Ley 130 de 1976), se crean por estas entidades, en cuyo caso quedan sometidas a las normas previstas por las Empresas Industriales y Comerciales del Estado (art. 4º, Decreto Ley 130 de 1976).

Las entidades descentralizadas mencionadas, también pueden ser creadas por los departamentos, intendencias comisarías y municipios, como fue

consagrado expresamente por la reforma constitucional de 1968 (art. 187-6 y 197-4, de la Constitución Política), requiriéndose en este caso, siempre, de estatuto legal que reglamente su creación y funcionamiento. En el orden departamental este estatuto es en la actualidad el Decreto Ley 1221 de 1986 (Código de Régimen Departamental) y en los órdenes intendencia y comisarial el Decreto Ley 467 de 1986. Además, pues, de la ley, su creación requiere o de una decisión de la respectiva asamblea departamental, o del consejo municipal o del Gobierno Nacional, según el orden correspondiente y si se tratara de sociedades de economía mixta, con participación o no de capital privado, de un contrato de sociedad.

Como la existencia y representación de una sociedad de cualquier clase (sea de economía mixta o no) se demuestra con certificado de la Cámara de Comercio que corresponda al lugar de su domicilio social (art. 117, C. de Co.), esta es la prueba que debe presentarse cuando la persona jurídica que deba intervenir en el proceso sea una sociedad de economía mixta. Si se tratare de una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, no habrá necesidad de acreditar su existencia como quiera que debiendo esa existencia a la ley, exclusivamente, el conocimiento de ésta se presume de derecho, pero sí la empresa de este tipo es del orden departamental o municipal el demandante deberá acreditar la ordenanza o el acuerdo que la hubiere creado, ya que el conocimiento de tales actos no se presume.

Como en el sub-judice, según lo indico la demanda, se ataca un pretendido acto administrativo de la sociedad de economía mixta del orden municipal, ha debido presentarse el certificado de la Cámara de Comercio del lugar de su domicilio social, lo que por no haberse hecho si el proceso estuviera para fallo, debería dar lugar a una sentencia inhibitoria, que como es sabido "es aquella en la cual el juez ni niega ni afirma que el derecho material pretendido exista, sino que se limita a declarar que no puede resolverse sobre la existencia de ese derecho, o en otras palabras, es aquella en la cual el juez se abstiene de entrar a considerar la cuestión debatida o controvertida. (J. Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal, Tomo I., pág. 364, Ed. A.B.C. Bogotá, 1985) y tiene lugar cuando la relación procesal se constituye irregularmente por defecto en los presupuestos de capacidad para ser parte y demanda en forma o cuando el litisconsorcio necesario es incompleto o hay indebida acumulación de pretensiones" (C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de junio 22 de 1989, Exp. Nº 5494, Actor: María Odilia Muñoz Vda. de Aguirre y otros).

Como el proceso apenas se inicia y se trata sólo de decidir sobre la admisión o inadmisión de la demanda, bastaría lo expuesto para confirmar el auto apelado, pero no por la razón en que se fundó el *a-quo* para proferirlo. Sin embargo, aun cuando el actor hubiera acreditado la existencia y representación de la sociedad de economía mixta que profirió el acto -que él califica de administrativo- también la demanda debe ser inadmitida por la misma razón que tuvo el *a-quo*, con base en las consideraciones que siguen:

Se fundó el Tribunal para tomar su decisión en que a) el contrato de arrendamiento a que se refiere la decisión del Consejo Directivo se rige por las normas y principios del derecho privado, de acuerdo con el artículo 273 del Decreto 1333 de 1986, y parte de que, por no haberse pactado cláusula de caducidad, los requisitos que aquél debía cumplir eran los usuales para los contratos entre particulares, según el artículo 254 del "Estatuto de Contratación Administrativa";

b) "En materia contractual no existe la acción popular, y quien demande, debe demostrar algún interés", y

c) "Si bien es cierto que se está demandando el acto de aprobación proferido por la Junta Directiva de Empoibagué, ni se está en presencia de un acto administrativo sino que le corresponde (sic) al contrato de arrendamiento celebrado por el gerente, y no es más que un requisito adicional para la validez de tal convenio, y no podría entrarse a conocer de él independien-temente, sin que resulte afectado el contrato mismo".

4o. El demandante apoye su recurso de apelación en que el acto que se acusa es un acto precontractual, separable del contrato, el cual, de acuerdo con el inciso final del artículo 87 del C.C.A. es controlable por medio de las otras acciones previstas en este Código "entre los cuales está -obviamente- la ACCION PUBLICA DE NULIDAD...".

Pero, dice el apelante, "El cambio, para el suscrito demandante si es muy respetable la opinión sobre una posible falta de jurisdicción, por parte del Tribunal, en cuanto la sociedad demandada participa de la naturaleza de las sociedades de economía mixta, las cuales están sujetas a regímenes distintos de otro tipo de entidades descentralizadas del Estado, como los establecimientos públicos, por ejemplo. Y en este caso, es saludable al revisión de la providencia impugnada por parte el Honorable Consejo de Estado para consolidar un criterio definitivo con respecto a la viabilidad de la acción" (fls. 29 y 30).

5o. De la relación que precede resulta que el actor dice estar ejercitando una acción pública de nulidad con suspensión provisional de un acto administrativo consistente en la aprobación del Consejo Directivo de una sociedad de economía mixta, la Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A. -EMPOIBAGUE S.A., dio a un contrato de arrendamiento de un inmueble.

El artículo 8º del Decreto 1050 define las sociedades de economía mixta como "organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley".

El Código de Comercio, a su vez, dice en su artículo 461 que "son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes

estatales y de capital privado. Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción, salvo disposición legal en contrario".

Caracterizan a las sociedades de economía mixta:

a) Ser de creación o autorización legal y contractual. A semejanza con otras entidades descentralizadas (establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado), las sociedades de economía mixta deben ser creadas o autorizadas por la ley, pero a diferencia con ellos no basta la autorización o creación por la ley, sino que se requiere la celebración de un contrato de sociedad que se rige por el Código de Comercio en cuanto a sus requisitos de forma y de fondo.

b) Tener funciones industriales o comerciales. en estos se asemejan a las empresas industriales y comerciales del Estado, pero más a las sociedades comerciales privadas, pues existirá reparto de utilidades o pérdidas lo que no sucede en las primeras.

Como en el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, la ley puede adscribirles funciones de carácter administrativo *de manera excepcional.*

c) Poseer personería jurídica. El inciso 2º del artículo del Código de Comercio lo dice: "La sociedad una vez constituida, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Este atributo lo tienen también las empresas industriales y comerciales del Estado.

d) Tener autonomía administrativa. Los socios, en el contrato social determinar la forma de funcionamiento de los órganos que la componen Asamblea de Socios, Junta Directiva o Consejo Directivo, Gerente, presidente o representante legal, etc.

El Título VII del Libro Segundo del Código de Comercio contiene las disposiciones especiales que rigen la forma de funcionamiento de este tipo de sociedades.

El artículo 13 del Decreto 3130 de 1968 expresa que "en los estatutos de las sociedades de economía mixta que gocen de ventajas financieras o fiscales o que tengan a su cargo la prestación de un servicio público, se señalarán los actos que requieran para su validez el voto previo y favorable de los representantes del gobierno en sus órganos directivos", lo que confirma que son los mismos socios quienes, en el contrato social, determinan el grado de control interno a que se sujeta la sociedad, de acuerdo con la ley, naturalmente.

e) Su capital está formado con aportes públicos y privados. Los aportes públicos, o mejor, del Estado pueden consistir, "entre otros, en ventajas finan-

cieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que la misma emita, auxilios especiales, etc. El Estado también podrá aportar concesiones" (art. 463 C. de Co.).

Como lo expresa el doctor Libardo Rodríguez en su obra Derecho Administrativo - General y Colombiano (Editorial Temis 5a. edición, Bogotá 1989, pág. 102), "Esta conformación de su capital hace que también en este aspecto la sociedades de economía mixta sean más autónomas respecto del poder central que las empresas industriales y comerciales del Estado. En efecto, al existir participación económica de los particulares, estos intervienen en el manejo y adopción de decisiones según el monto de su aporte. O sea, que ya no es el Estado quien decide por sí solo, sino que tiene que utilizar el acuerdo de voluntades con sus socios".

"Inclusive en materia de control fiscal también se muestra esta mayor autonomía, pues según lo ha considerado la jurisprudencia, "la supervigilancia fiscal de la contraloría solo llega hasta el momento del aporte de la nación a la sociedad de economía mixta, para reanudarse posteriormente sobre los dividendos o utilidades que puede percibir la nación en el ejercicio social por virtud de su aporte. (Corte Suprema de Justicia, sent. 24 de abril de 1980, G.J., T. CLXII, págs 70 y ss.)".

f) El poder central ejerce cierto control sobre ellas. Este poder se manifiesta, entre otros casos en el nombramiento por parte del Presidente de la República, de representantes en la Junta o Consejo Directivo (art. 28, Decreto 1050 de 1968) y en la exigencia del voto afirmativo de los representantes del Gobierno para la de ciertos actos (art. 13, Decreto 3130 de 1968).

Lo que se deja dicho sobre poderes del gobierno y control fiscal se aplica a las sociedades de economía mixta del orden departamental y municipal, referido claro está, a los gobiernos de estas entidades territoriales.

De las características anotadas importa destacar la referente a las funciones industriales o comerciales que lleva a sentar que a las actividades de las sociedades de economía mixta se aplica, como regla general, el derecho privado y solo por excepción el derecho público. Estos últimos casos serán los relativos a las relaciones de dichas sociedades con la administración central, departamental o municipal, en su caso; cuando la ley les confiera expresamente el ejercicio de funciones administrativas; en materia contractual, en los eventos que enseguida se indican; y en materia laboral, cuando la participación estatal sea igual o superior al 50% y menor del 90%, sus empleados tienen la calidad de trabajadores oficiales, pero los de dirección o confianza que se señalen en sus estatutos serán empleados públicos.

En lo que interesa para la materia que debe decidirse en el subjudice, hay que anotar que en el campo contractual todos los contratos que estas sociedades de economía mixta celebren, se consideran regidos por el derecho

privado y solo cuando el estado posea el 90% o más de su capital social y los contratos que celebre sean los de obras públicas y empréstitos y o de otra clase en los que se incluya la cláusula de caducidad (arts. 3º y 34 del Decreto 3130 de 1968; 3º del Decreto 130 de 1976; 1º, 221 y 257 del Decreto 222 de 1983, y 256 y 259 del Decreto 1222 de 1986; y 164 del Decreto 1333 de 1986), se consideran administrativos y sometidos al derecho público.

De acuerdo con lo anterior, solo en los casos en que por excepción se aplica el derecho público a las sociedades de economía mixta y que arriba se han enumerado, los actos que expidan serán actos administrativos y los conflictos que surjan sobre ellos serán de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

6o. En el caso de autos, como el acto acusado se refiere solamente a la aprobación por parte del Consejo Directivo de la Sociedad de Economía mixta municipal, denominada Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A. EMPOIBAGUE S.A. de un contrato de arrendamiento, sin cláusula de caducidad, es claro que este acto no tiene el carácter de administrativo en sentido lus administrativo y, por consiguiente, la decisión sobre su legalidad no es de competencia de la jurisdicción de los contencioso-administrativo (art. 82 C.C.A.).

En mérito de lo expuesto,

SE RESUELVE

Confírmase el auto proferido el 17 de junio de 1989 por el Tribunal Administrativo del Tolima por medio del cual se inadmite la demanda en el caso de la referencia.

Notifíquese y ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 29 de marzo de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala (Aclaración de voto); *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA - Régimen/ **EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO** - Existencia (Aclaración de voto)

Si la capital social de EMPOIBAGUE S.A. es todo público, no puede calificarse en forma alguna como de economía mixta, porque en éstas tiene que existir forzosamente tanto este capital como el privado. Otra cosa es que según su volumen su tratamiento sea diferente. Así si la sociedad de economía mixta tiene un capital público superior al 95%, no dejará de ser tal, pero su régimen jurídico será el mismo de las empresas industriales del Estado. La regla del inciso 5o. del artículo 139 del C.C.A. (art. 25 Decreto 2304 de 1989) no hace excepciones en cuanto a la prueba de la existencia y representación legal de las personas de derecho público, cualquiera fuere su origen o nivel. No debe exigirse esa prueba como anexo de la demanda.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff.*

Referencia: Expediente No. 5974. Actor: Luis Angel Martínez Sendoya.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, adoptada el 30 de marzo del presente año, pero solo en su parte motiva.

Son razones de mis discrepancia, las siguientes:

1. No existe duda de que EmpoIbagué S.A. o Empresa de Obras Sanitarias de Ibagué S.A. es una persona de derecho público. Pero esto no le daba pie al actor para confundir su naturaleza al hablar "de una empresa industrial y comercial del

Estado, del orden municipal (o sociedad de economía mixta, sujeta al mismo régimen)".

2. Si su capital social del ente mencionado es todo público, no puede calificarse en forma alguna como de economía mixta, porque en estas tiene que existir forzosamente tanto este capital como el privado. Otra cosa es que según su volumen su tratamiento sea diferente. Así si la sociedad de economía mixta tiene un capital público superior al 95%, no dejará de ser tal, pero su régimen jurídico será el mismo de las empresas industriales del Estado.

3. La Sociedad de capital totalmente estatal no podrá llamarse de economía mixta mientras subsiste esa conformación patrimonial. Será simplemente una sociedad estatal o empresa comercial o industrial del Estado y su régimen jurídico será el propio de ésta y no el de aquélla.

4. La regla del inciso 5º del artículo 139 del C.C.A. (artículo 25 del decreto 2304 de 1989) no hace excepciones en cuanto a la prueba de la existencia y representación legal de las personas de derecho público, cualquiera fuere su origen o nivel. No debe exigirse esa prueba como anexo de la demanda. Donde el legislador no distingue, no debe hacerlo al intérprete. Parece excesivo para los organismos creados por ordenamientos seccionales departamentales o municipales que no entran en la presunción del conocimiento de la ley. Pero, esa es la ley y la norma se expidió así en 1984, pese a las advertencias que se le hicieron a la comisión asesora.

El carácter público de Empoibagué está por fuera de duda.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá D.E., abril 18 de 1990.

RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES

Para la Sala es incuestionable que la administración puede adquirir la servidumbre de acueducto mediante negocio jurídico, pero si el acuerdo de voluntades se hace imposible, debe accionar ante la justicia ordinaria para que ésta defina (art. 111 del Decreto 222 de 1983), si es del caso decretarla o no. Pero si como se predica en la demanda, ella no ajusta su conducta a derecho, pues opta por romper la cadena de la legalidad, esto es, hace uso de un poder del que carece, la parte afectada puede hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, alegando la ocupación permanente de la faja de terreno correspondiente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., abril cinco (5) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 6046. Actor: FRANCISCO SIERRA JARAMILLO. Demandado: MUNICIPIO DE SILVANIA Y EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CUNDINAMARCA - EMPOCUNDI LTDA.

-I-

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el día catorce (14) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), que declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso a partir del auto calendado el día veintisiete (27) de septiembre de mil

novecientos ochenta y cuatro (1984), por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del mismo. En él se lee:

"Por medio de escrito presentado ante el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá el señor Francisco Sierra Jaramillo, demandó a la Empresa de Obras Sanitarias de Cundinamarca Empocundi Ltda. y el Municipio de Silvania, con el fin de obtener declaraciones y condenas que pueden sintetizar así:

"1. Que se declare que los demandados son solidariamente responsables por *la ocupación permanente de una faja de terreno de la finca "El Guayabal"*, de propiedad del demandante.

"2. Que se condene a los demandantes a pagar al actor *por concepto de la ocupación de la faja de terreno,* la suma de $2.000.000 junto con los intereses corrientes de dicha deuda desde el momento en que se produjo el daño, hasta que se realice el pago.

"3. Que el valor de las condenas sea actualizado para compensar la pérdida de valor adquisitivo de la moneda colombiana.

"Como hechos fundamento de la demanda narra el actor en síntesis:

"1. Poco antes de él adquirir la propiedad del fondo (sic) "El Guayabal" la Empresa de obras Sanitarias de Cundinamarca Empocundi Ltda. -"... atravesó todo el predio..., con una red de acueducto con destino a suministrar agua al municipio de Silvania, sin permiso ni consentimiento de los anteriores dueños...".

"2. Desde la época de la compraventa (noviembre de 1977) se iniciaron las reclamaciones pertinentes ante Epocundi Ltda. sin obtener respuesta favorable alguna.

"3. "No es válido el argumento de Empocundi, cuando afirma haber obtenido el permiso del señor Martín Pinzón para atravesar la finca. Pues bien; *las servidumbres contínuas e inaparentes como es el acueducto de Silvania, solo se adquieren por medio de título. (art. 939 C.C.) y ni el goce inmemorial como dice la norma bastará para constituirlas..."* y, por tanto, la empresa está obligada a pagar no solamente la faja de terreno ocupada, sino los perjuicios que causó con el paso del acueducto.

"El proceso fue tramitado como ordinario por el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá hasta el 17 de julio de 1984, día en el cual el Juzgado decidió

enviar el negocio a este Tribunal "Teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 131 del Decreto 01 de 1984...".

"El Tribunal asumió el conocimiento y procedió a continuar con la tramitación del proceso desde el traslado para alegar hasta el momento en que se encontró para sentencia.

"Pues bien: estudiado el proceso en su integridad encuentra la Sala que, a pesar de que el actor nomina la demanda como de "ocupación permanente de una faja de terreno", los fundamentos de hecho de la misma y los diferentes medios de prueba que se aportaron al proceso, llevan a la ineludible conclusión de que la materia de litigio versa sobre un asunto relacionado con una servidumbre de acueducto.

"Efectivamente, el sustento de la litis se encuentra en que Empocundi Ltda., atravesó un fundo rural de propiedad del actor con la tubería que conduce el agua para el municipio de Silvania, por lo cual se solicita el pago de los perjuicios respectivos.

"Conforme al artículo 919 del C.C. "Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de cementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o en favor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas.

"Esta servidumbre consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente, a expensas del interesado;...".

"La norma anterior y las siguientes del Código Civil regulan todo lo relativo a la servidumbre de acueducto, las indemnizaciones y prestaciones a que tiene derecho el dueño del predio sujeto a tal gravamen y las pretensiones del actor en el presente proceso se hallan reguladas por tales ordenamientos y sometidas a los procedimientos a ellos correspondientes.

"Así las cosas, la Sala encuentra que el Tribunal carece de jurisdicción para juzgar lo relacionado con el caso en estudio porque ninguna norma le atribuye tal competencia y dada la naturaleza del asunto y las normas procesales (artículos 16 -numeral 1-, 23 numeral 10 y 414 numeral 6-del C. de P.C.) es a la jurisdicción civil a quien corresponde definir la litis y la competencia está radicada en el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá.

"Fue un error del Juez que conocía del proceso, al considerar la demanda como de ocupación permanente de inmuebles, siendo relacionada con una servidumbre, lo que llevó a ordenar el envío a este Tribunal, el cual a su vez se equivocó al asumir el conocimiento del mismo sin tener en cuenta la verdadera naturaleza de la acción intentada por el demandante.

"Consecuencia de lo anterior es que todo lo actuado por el Tribunal es nulo conforme al numeral 1o. del artículo 152 del C. de P.C. y tal nulidad es insaneable conforme a lo dispuesto por el último inciso del artículo 156 de la misma obra, por lo cual se procederá a decretarla oficiosamente en aplicación del artículo 157 *ibídem*.

"Por lo expuesto se declarará la nulidad de lo actuado por el Tribunal a partir del auto del 27 de septiembre de 1984 y se ordenará el envío del expediente al Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá para que siga conociendo del negocio, por ser de su competencia.

"En razón de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Tercera-,

RESUELVE:

"1o. Declárase la nulidad de todo lo actuado en este proceso a partir del auto de fecha septiembre veintisiete (27) de 1984, inclusive.

"2o. En firme esta providencia por la Secretaría remítase el expediente al juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá para que se le de el trámite pertinente. (Folios 314-317 Cdno No.1).

-II-
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 318 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el escrito en que el procurador judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo se destaca:

"1. En las pretensiones de la demanda se solicita que los demandados sean declarados solidariamente responsables por *LA OCUPACION PERMANENTE DE UNA FAJA DE TERRENO DE LA FINCA "EL GUAYABAL"*.

"2. Como segunda pretensión se solicitaba que las demandadas deberían pagar la suma de dos millones de pesos ($2.000.000.oo), POR LA OCUPACION DE LA FAJA DE TERRENO ANTES ALUDIDA, junto con los intereses corrientes de dicha deuda desde el momento en que se produjo el daño, hasta que se realice el pago.

"3. Que el valor de las condenas sea actualizado para compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda colombiana.

"Cuando narra los hechos de la demanda, manifiesta claramente que la Empresa de obras Sanitarias de Cundinamarca EMPOCUNDI LTDA. atravesó

todo el predio con una red de acueducto con destino a suministrar agua al municipio de Silvania, *SIN PERMISO NI CONSENTIMIENTO DE LOS ANTERIORES DUEÑOS.*

"Igualmente trae a colación la aseveración que se hace en la demanda, de que la Empresa de obras Sanitarias EMPOCUNDI LTDA., no es válida; cuando afirma que había obtenido *PERMISO* del señor Martín Pinzón para atravesar la finca.

"Igualmente trae la aseveración subrayada *las servidumbres continuas e inaparentes como es el acueducto de Silvania, solo se adquieren por medio del título (art. 939 C.C.) ni el goce inmemorial como dice la norma bastara para constituirlas.*

"Igualmente transcribe lo dicho en los hechos de la demanda,..." y por lo tanto, la empresa está obligada a pagar no solo *LA FAJA DE TERRENO OCUPADA,* sino los *PERJUICIOS* que causó el pago del acueducto.

"Más adelante considera el Tribunal que al hacerle el estudio correspondiente en su integridad, a pesar que el actor nomina la demanda de *"OCUPACION PERMANENTE DE UNA FRANJA DE TERRENO"*, los fundamentos de hecho de la misma y los diferentes medios de prueba que se aportaron al proceso, llevan a la ineludible conclusión de que la materia de litigio versa sobre un asunto relacionado con una servidumbre de acueducto.

"Entonces así las cosas el Tribunal carece de Jurisdicción, pues ninguna norma le atribuye tal competencia y dada la naturaleza del asunto *(SERVIDUMBRE LEGAL DE ACUEDUCTO)* y las normas procesales (art. 16 Num 1;23 Num 10 y 414 Num. 6 del C. de P.C.) es la jurisdicción *CIVIL* a quien corresponde a definir la litis y la competencia radicaría en el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá.

"Fue entonces un error del juez, al considerar la demanda como de *OCUPACION PERMANENTE DE INMUEBLE SIENDO RELACIONADO CON UNA SERVIDUMBRE,* lo que llevó a ordenar el envío a este Tribunal, el cual a su vez se equivocó al asumir el conocimiento del mismo sin tener en cuenta la verdadera naturaleza de la acción intentada por el demandante.

FORMULACION DE LA DEMANDA ANTE LA JURISDICCION CIVIL

"Como se puede ver fácilmente, la demanda inicialmente se formuló ante la Jurisdicción Civil, para que por medio de los trámites del proceso ordinario, señalado título XXI, Libro Tercero, Capítulo II (folio nueve (9) de la demanda. Acápite PROCESO).

"En ningún momento se manifestó que lo que quería era tramitar una servidumbre Legal de acueducto, pues se citaría el Procedimiento Abreviado Título XXII, Capítulos I y II.

"Como quedó plasmado en la demanda, hecho tercero (3), folio tres (3) se asevera que la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE CUNDINAMARCA LTDA. ATRAVESO todo el predio con una red de acueducto.

"Si tenemos en cuenta lo igualmente manifestado en la demanda, hecho trece (13), folio siete (7):... "No es valido el argumento de Empocundi, cuando afirma haber obtenido el permiso del señor Martín Pinzón para atravesar la finca. Pues bien; las servidumbres contínuas e inaparentes como es el acueducto de Silvania, solo se adquiere por *MEDIO DE TITULO*(ART. 939 DEL C.C.) y ni el goce inmemorial como dice la norma bastará para constituirlas. De manera que la Empresa Empocundi está obligada a pagarme no solo la faja de terreno ocupada sino también los muchos y graves perjuicios que me causó y que han quedado atrás reseñados. *Pues en ningún momento adquirió el permiso para el paso del acueducto de Silvania, ni ha adquirido la faja de terreno correspondiente a tal finalidad.*

"Como se puede ver claramente no solo de esta parte de los hechos aquí transcrita sino de todo en conjunto, lo que ocurrió fue lo siguiente: La Empresa de obras Sanitarias de Cundinamarca; el Municipio de Silvania, necesitaba de la construcción del acueducto, y tenía que pasar por predios de terceros particulares, debió haber iniciado ante el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá el correspondiente trámite Abreviado de acuerdo a las normas procesales (art. 16 Num 1; 23, Num. 10 4;14 Num 6 y 428 del C.P. de C.) (sic) y obtener la *SERVIDUMBRE DE ESTA MANERA OBTENIAN EL TITULO IDONEO QUE ACREDITARA LA SERVIDUMBRE LEGAL DEL ACUEDUCTO*, se hubiera pagado por lo menos la faja de terreno; pero de todas maneras debiendo intentar otra acción para la indemnización de los perjuicios. Pero lo que ocurrió en este caso fue que precisamente no ocurrió, y sin más miramientos, Empocundi Ltda. y el Municipio de Silvania, argumentando un permiso del antiguo propietario Martín Pinzón, fue que procedió a pasar el acueducto.

MOTIVOS DE INCONFORMIDAD CON LA PROVIDENCIA APELADA

"De acuerdo lo hasta aquí dicho es fácil concluír que el razonamiento efectuado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca no es acertado al considerar que la naturaleza del caso planteado es de Servidumbre, pues lo que realmente se presentó fue una ocupación permanente de una faja de terreno, y que además se causaron perjuicios adicionales cuando se paso ese acueducto. Considero que el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA es el competente en única instancia (Va-

lor de las pretensiones al momento de la demanda, el de dos millones de pesos ($2.000.000,oo) para decidir la litis, de acuerdo al lo (sic) establecido en nuestro estatuto contencioso Administrativo, en el art. 131 Num 10 del C.C.A.

"PETICION

"Por las razones antes expuestas solicito se revoque la providencia apelada y en su defecto se ordene al Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera que decida de fondo el proceso.".

-III-
CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) De la lectura atenta del "*petitum*" se desprende que la parte actora concreta sus pretensiones en el sentido de que se declare que la Empresa de Obras Sanitarias de Cundinamarca Empocundi Ltda. y el Municipio de Silvania, son "...solidariamente responsables de *la ocupación permanente de una faja de terreno en la finca conocida con el nombre de "El Guayabal"* y que como consecuencia de tal pronunciamiento se dispone el pago "*...por concepto de la ocupación de la faja de terreno antes aludida y por los perjuicios causados...*"(Subrayas de la Sala).

La anterior filosofía se recoge, igualmente, en algunos apartes de "la *causa petendi*". Así, por ejemplo, en los numerales cuarto, sexto y trece, se lee, en su orden: "... sobre la Finca el Municipio de Silvania *ocupó en forma permanente una faja de terreno destinada a la red de acueducto de esa localidad y respecto a la cual no se ha indemnizado...*"; "... en relación con la ocupación de la faja de terreno... lo cierto del caso fue que ni el Municipio de Silvania, ni la Empresa Empocundi Ltda., *han pagado el valor de la ocupación* ni los perjuicios causados al inmueble..."; "... la Empresa Empocundi está obligada a pagarme no sólo *el valor de la faja de terreno ocupada sino también los muchos y graves perjuicios que me causó...*".(Subrayas de la Sala).

Dentro del marco que se deja descrito, se tiene que el demandante no vaciló en plantear el presente conflicto de intereses, como una controversia por ocupación permanente, y no como un asunto relacionado con servidumbres. Así las cosas, se impone concluír que los hechos alegados en la demanda configuran la causa jurídica de donde se pretende que surja el derecho. Esa realidad delimita exactamente el sentido y alcance del fallo, motivo por el cual no le es permitido al juez salirse de ella para estructurar otra conforme a su saber jurídico. Por ello se enseña que: "... La máxima *judex judicare debet secundum alligata et probata,* significa en materia de congruencia, que el juez debe atenerse a los hechos de la demanda y de las excepciones, probados en el proceso..."(Compendio de Decreto procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Décima Edición, pag. 481. Dr. Hernando Devis Echandía).

La verdad jurídica que se desprende de la anterior literatura lleva a la Sala a no hacer suya la perspectiva que en el caso en comento manejo el *a-quo*, pues encuentra que la litis se planteó en el campo de la ocupación permanente de una faja de terreno, y no en el relacionado con servidumbres. La referencia que a éstas hace el actor, en el punto 13 de la *causa petendi*, no desnaturaliza la filosofía que se deja expuesta, y debe tomarse simplemente como explicativa y orientada a deslindar la problemática que nace de "la ocupación permanente", de la que surge de los diferendos sobre constitución de servidumbres.

B) Para la Sala es incuestionable que la administración puede adquirir la servidumbre de acueducto mediante negocio jurídico, pero si el acuerdo de voluntades se hace imposible, debe accionar ante la justicia ordinaria para que ésta defina (art. 111 Decreto 222 de 1983), si es del caso decretarla o no. Pero si como se predica en la demanda, ella no ajusta su conducta a derecho, pues opta por romper la cadena de la legalidad, esto es, hace uso de un poder del que carece, la parte afectada puede hacer valer sus pretensiones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, alegando la ocupación permanente de la faja de terreno correspondiente.

Las razones que se dejan expuestas llevan a la Sala a revocar la providencia impugnada. El proceso deberá culminar pues, con sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la que debe encuadrarse dentro del marco de *petitum* y de las pretensiones que aparecen en el libelo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCASE el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día catorce (14) de septiembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), visible a folios 314 y siguientes del Cuaderno No. 1, por las razones dadas en los considerandos de este proveído;

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, para que continúe el trámite de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. De Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia/ **POTESTAD REGLAMENTARIA/ INCORA** - Programas

Para que pueda suspenderse provisionalmente un decreto reglamentario con el argumento de que al expedirlo el Presidente excedió la potestad reglamentaria, lo cual implica no sólo el cargo de violación directa de ésta, sino el de quebranto del ordinal 3o. del art. 120 de la Constitución, es preciso que la violación resulte patente con solo comparar, como en doble columna, lo que dice la norma superior y lo que expresa el decreto reglamentario. En el *sub-lite* no procede tal medida.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., abril seis (6) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5961.- Ordinario Incora. Actor: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Acatando la providencia de 1o. de febrero del presente año, que ordena redactar nueva ponencia por cuanto no se aceptó la presentada inicialmente por el señor Consejero Uribe Acosta,

SE CONSIDERA:

Tal como lo da a entender el expediente, inicialmente se produjo empate en la sala; razón por la cual se designó conjuez al señor Doctor Hugo Palacios Mejía.

Llevado el proyecto de auto y expuestas las tesis discrepantes, se dirimió el empate con la adopción de tesis contraria a la presentada por el ponente inicial.

En la ponencia rechazada se decretaba la suspensión provisional del parágrafo 1º del artículo 3º del Decreto 2107 de octubre 12 de 1988, con las siguientes consideraciones:

"A) De la simple comparación del parágrafo 1º del Art. 3º del Decreto 2107 de octubre 12 de 1988, con el texto del Art. 24 de la Ley 30 de 1988, la Sala concluye que en puridad de verdad, el ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al disponer que el carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas. El Art. 24 de la Ley 30 de 1988, en toda su extensión, es reiterativo en el sentido de que la Junta Directiva del INCORA debe determinar anualmente las zonas donde habrán de adelantarse programas de reforma agraria. También fija pautas "anuales" al Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- organismo al cual corresponde indicar "...con base en la programación de actividades anuales", las "...acciones que, para su cumplida ejecución deben adelantar otros organismos y entes públicos."

"En el Art. 24 de la Ley 30 de 1988 se ordenó un verdadero plan anual de programas de reforma agraria, podría decirse que un "presupuesto de acción", que bien puede explicarse por razones de orden, con lo cual el legislador significó, ni más ni menos, que la Junta Directiva del INCORA no puede, en esta materia, actuar con desorden, con ligereza, pues, todo ese proceso planificado demanda una selección de objetivos, de conveniencia social y económica y también de selección de las zonas geográficas y de los municipios escogidos para ejecutarlo.

"El parágrafo 1º del Art. 3º del Decreto 2107 de 1988, tal como quedó redactado, está desconociendo la política anual de "adopción de programas" pues en forma sutil, pero a la vez clara, prórroga el primer plan anual de actividades, al disponer que: "...el Instituto conserva su capacidad de ejecución mientras no desaparezcan las circunstancias que dieron origen a cada programa o se cumplan en su totalidad". Parece como si el ejecutivo hubiese estado determinado, al reglamentar la ley, con la filosofía jurídica que informa el presupuesto nacional, que cuando no es aprobado por el Congreso, autoriza para poner en marcha el de la vigencia anterior. Transitando por este sendero, el resultado que se obtiene es, ni más ni menos, que el de acabar con la adopción de los programas, haciendo así nugatoria la buena intención del legislador de poner orden en materia tan delicada, con el fin de que sólo se haga lo que se programe, en el entendido de que esto es lo que es posible realizar, con los recursos económicos de que se dispone.

"B) Bien comprendido el alcance del parágrafo 1º del Art. 3º del Decreto 2107 de 1988, es posible concluir que lo que el ejecutivo hizo fue eliminar la "adopción de programas" anuales; es decir, eliminar el plazo señalado en la ley.

"En esta materia la jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterada, en el sentido de que el Presidente de la República carece de competencia para establecer medios probatorios, prescripciones, caducidades, sanciones, por la vía reglamentaria. *A contrario sensu*, es dable concluir que tampoco puede suprimir términos, plazos, etc. consagrados en la ley."

Para la Sala esa violación no resulta tan clara como se afirma en el proyecto de auto negado por la mayoría.

Siguiendo la orientación jurisprudencial de la Corporación para que pueda suspenderse provisionalmente un decreto reglamentario con el argumento de que al expedirlo el Presidente excedió la potestad reglamentaria, lo cual implica no sólo el cargo de violación directa de ésta, sino el de quebranto del ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional (y en este aspecto la demanda está técnicamente bien formulada), es preciso que la violación sea de tal modo ostensible o manifiesta, que la infracción resulte patente con sólo comparar, como en doble columna, lo que dice la norma superior y lo que expresa el decreto reglamentario. Se habla, para tales efectos, de una confrontación textual.

Si de esa doble columna no surge flagrante o de bulto la contradicción entre la ley y el reglamento, lo prudente, lo que ha hecho el Consejo de Estado en eventos similares, es dejar la decisión del punto para la sentencia definitiva, una vez rituado el proceso, con audiencia de las partes y del Ministerio Público. Proceder de otra forma podría llevar al juez administrativo a prejuzgar. La ponencia del Doctor Uribe peca de rotundidez al afirmar contundentemente (pág. 8) que "el ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al disponer que el carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas". Una afirmación como esa no podrá hacerse sino luego de agotado el debate y de oídas las opiniones de las partes. En principio, surge la duda de si solo podrán programarse obras anuales y si tales obras, en especial las de cierta magnitud, no podrán incluirse en varias anualidades sucesivas. También queda la inquietud o mejor el interrogante de qué sucederá con aquéllas incluídas en un programa anual y que resulten inconclusas al finalizar el período.

La ponencia del Doctor Uribe reconoce que la violación es "sutil". La Ley 167 de 1941, el Decreto 01 de 1084 y el Decreto 2304 de 1989, al unísono, y la jurisprudencia constante del Consejo de Estado exigen, para que la suspensión provisional pueda decretarse, que la norma acusada infrinja ostensiblemente -no de manera sutil- otra de mayor jerarquía. Esa violación ostensible, manifiesta, palmaria, no aparece, a juicio de la sala, configurada con la evidencia que requiere un auto de suspensión provisional".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera,

RESUELVE:

Por reunir los requisitos de ley, admítese la demanda presentada por el ciudadano José Gregorio Hernández Galindo, contra el parágrafo 1º del Art. 3º del Decreto Reglamentario No. 2107 de octubre 12 de 1988, expedido por el Presidente de la República, refrendado por los Ministros de Justicia y Agricultura.

En consecuencia,

SE DISPONE:

PRIMERO. Notifíquese personalmente esta providencia a la señora Ministra de Minas o a su delegado, conforme a lo dispuesto por el artículo 150 del código contencioso administrativo, modificado por el Art. 29 del Decreto 2304 de 1989.

SEGUNDO. Notifíquese personalmente este proveído al Ministerio Público.

TERCERO. Fíjese en lista el negocio, para los efectos señalados en el Numeral 5º del Artículo 46 del Decreto 2304 de 1989.

CUARTO. No se decreta la suspensión provisional del parágrafo 1º del Artículo 3º del Decreto 2107 de octubre 12 de 1988, por las razones expuestas en la motivación.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día 5 de abril de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Gustavo De Greiff Restrepo*, Con salvamento de voto; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta*, Con salvamento de voto; *Hugo Palacios Mejía*, Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso/ **INCORA** - Programas/ **SUSPENSION PROVISIONAL** - Procedencia (Salvamento de voto)

De la simple comparación del parágrafo 1 del artículo 3o. del Decreto 2107 de 1988, con el texto del art. 24 de la Ley 30 de 1988, se concluye que el ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al disponer que el carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas. Bien comprendido el indicado parágrafo, es posible concluir que lo que el ejecutivo hizo fue eliminar la "adopción de programas" anuales; es decir, eliminar el plazo señalado en la ley.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Referencia: Expediente No. 5961. Actor: José Gregorio Hernández Galindo.

Con respecto me separo de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala porque si de acuerdo con el inciso 1º del numeral 1º artículo 24 de la Ley 30 de 1988 que modificó al artículo 58 de la Ley 135 de 1961 la Junta Directiva del INCORA debe determinar anualmente "las zonas donde habrán de adelantarse programas de reforma agraria, señalando de manera general su objeto, la conveniencia social y económica del mismo, la naturaleza de los programas y proyectos regionales que habrán de adelantarse, las zonas geográficas y los municipios escogidos para ejecutarlo "y luego, según el inc. 2º del mismo numeral "El Concejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES", con base en la programación de actividades anuales que el INCORA someta a su consideración, indicará las acciones que, para su cumplida ejecución, deben adelantar otros organismos...", ello no puede significar cosa distinta a que el INCORA debe trabajar con base en planes anuales o la lengua castellana no sirve para expresar lo que con ella se escribe.

Si lo anterior es cierto, el gobierno al reglamentar parcialmente el citado art. 24, excedió la facultad que al efecto tiene, porque *el plan anual* lo convirtió inclusive en *intemporal* cuando en el parágrafo 1º del art. 3º del Decreto 2107 de 1988 dijo: "El carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas...".

Además, obsérvese que de acuerdo con la norma superior *las actividades tienen carácter anual pero porque deben desarrollarse de acuerdo con planes que la Junta Directiva del Incora debe determinar anualmente.*

El Decreto Reglamentario, en cambio, en forma por demás burda, le dio carácter anual a la actividad e intemporal o por lo menos más prolongado a los programas, que precisamente por su carácter anual, se repite, eran los que fijaban el plazo de las actividades.

En mi concepto, una violación más evidente de la norma reglamentada, por la reglamentaria, es difícil de encontrar, esta la razón de mi voto contrario.

Gustavo de Greiff Restrepo.

Bogotá, D.E., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa (1990).

POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso/ **INCORA** - Programas/ **SUSPENSION PROVISIONAL** - Procedencia (Salvamento de voto)

De la simple comparación del parágrafo 1 del artículo 3o. del Decreto 2107 de 1988, con el texto del art. 24 de la Ley 30 de 1988, se concluye que el ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al disponer que el carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas. Bien comprendido el indicado parágrafo, es posible concluir que lo que el ejecutivo hizo fue eliminar la "adopción de programas" anuales; es decir, eliminar el plazo señalado en la ley.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Referencia: Radicación No. 5961. Actor: JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.

Con toda consideración me separo de la perspectiva jurídica que mayoritariamente manejó la Sala, dentro del proceso del rubro. Consideré, en la ponencia inicial que presenté, que era de recibo la suspensión provisional, para lo cual hice las siguientes consideraciones, que ahora reitero:

"A) De la simple comparación del parágrafo 1º del Art. 3º del Decreto 2107 de octubre 12 de 1988, con el texto del Art. 24 de la Ley 30 de 1988, la Sala concluye que en puridad de verdad, el ejecutivo excedió la potestad reglamentaria al disponer que el carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas. El Art. 24 de la Ley 30 de 1988, en toda su extensión, es reiterativo en el sentido de que la Junta Directiva del INCORA debe determinar anualmente las zonas donde habrán de adelantarse programas de reforma agraria. También fija pautas "anuales" al Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- organismo al cual corresponde

indicar "...con base en la programación de actividades anuales, las ...acciones que, para su cumplida ejecución deben adelantar otros organismos y entes públicos".

"En el Artículo 24 de la Ley 30 de 1988 se ordenó un verdadero plan anual de programas de reforma agraria, podría decirse que un "presupuesto de acción", que bien puede explicarse por razones de orden, con lo cual el legislador significó, ni más ni menos, que la Junta Directiva del INCORA no puede, en esta materia, actuar con desorden, con ligereza, pues, todo ese proceso planificado demanda una selección de objetivos, de conveniencia social y económica y también de selección de las zonas geográficas y de los municipios escogidos para ejecutarlo.

"El parágrafo 1º del Art. 3º del Decreto 2107 de 1988, tal como quedó redactado, está desconociendo la política anual de "adopción de programas" pues en forma sutil, pero a la vez clara, prórroga el primer plan anual de actividades, al disponer que: "...el Instituto conserva su capacidad de ejecución mientras no desaparezcan las circunstancias que dieron origen a cada programa o se cumplan en su totalidad". Parece como si el ejecutivo hubiese estado determinado, al reglamentar la ley, con la filosofía jurídica que informa el presupuesto nacional, que cuando no es aprobado por el Congreso, autoriza para poner en marcha el de la vigencia anterior. Transitando por este sendero, el resultado que se obtiene es ni más ni menos, que el de acabar con la adopción de los programas, haciendo así nugatoria la buena intención del legislador de poner en orden en materia tan delicada, con el fin de que sólo se haga lo que se programe, en el entendido de que esto es lo que es posible realizar, con los recursos económicos de que dispone.

"B) Bien comprendido el alcance del parágrafo 1º del Art. 3º del Decreto 2107 de 1988, es posible concluir que lo que el ejecutivo hizo fue eliminar la "adopción de programas" anuales; es decir, eliminar el plazo señalado en la ley.

"En esta materia la jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterada, en el sentido de que el Presidente de la República carece de competencia para establecer medios probatorios, prescripciones, caducidades, sanciones, por la vía reglamentaria. *A contrario sensu*, es dable concluir que tampoco puede suprimir términos, plazos, etc., consagrados en la ley".

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, D.E., dieciocho (18) de abril de mil novecientos noventa (1990).

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento/ **CONSTITUCION EN MORA/ MORA**

La tesis sobre la necesaria constitución en mora como requisito para la prosperidad de la acción resolutoria, o, con mayor exactitud técnica procesal, para promover procesos de resolución de contrato con indemnización de perjuicios, no tiene el rigor que resulta de su enunciación escueta porque: a) El artículo 1546 se refiere a la resolución únicamente presuponiendo él incumplimiento, el que puede existir sin la mora; el art. 1615 ib., por su parte, se refiere a perjuicios por lucro cesante, como que trata del momento en que ellos se deben. b) Si la tesis fuera exacta en los términos en que se plantea, se tendría que nunca podría resolverse un contrato si el acreedor no intimare al deudor para ponerlo en mora, cuando si procede a pedir la resolución en lugar de requerirlo es precisamente porque ya no le interesa continuar vinculado a su deudor.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento/ **INDEMNIZACION DE PERJUICIOS**

Esta Corporación ha sostenido en varias oportunidades que no constituyen perjuicios los gastos en que incurre el licitante vencido que luego demanda la nulidad de la licitación o el contratista a quien se le incumple el contrato y demanda la indemnización.

No obstante que lo anterior ha constituido el criterio predominante de la Sala, ha llegado el momento de revisarlo porque considera que por lo menos en algunos casos no se justifica mantenerlo en los términos absolutos de su formulación.

Si se piensa, que su justificación reside, en que no son indemnizables los gastos efectuados por el contratista frente a la contraparte que incumple

sus correlativas obligaciones, porque su pago era necesario precisamente para que ellas pudieran ejecutarse -y, en caso de incumplimiento, demandarse- el argumento no parece muy lógico pues equivale a decir que ellos son el precio que se paga por poder demandar, o también equivale a decir, que en tales gastos se incurrió para tener la posibilidad de demandar, lo que a todas luces no es cierto: en ellos se incurrió en vista a una ganancia que el contrato podía depararle al contratista y de la cual la indemnización no es sino un sustituto. Y lo mismo puede decirse del caso de los gastos desembolsados por el licitante vencido injustificadamente, o sea, en forma contraria a derecho y que por esto obtiene el derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le hubieren irrogado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., seis (6) de abril de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5916. Actor: JAIME MORA RAMIREZ.

Conoce la Sala por vía de consulta la sentencia del 29 de junio de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se acogieron parcialmente las súplicas de la demanda. (fls. 2 a 6 C.L.).

I. ANTECEDENTES:

1o. Mediante demanda presentada el 10 de febrero de 1987 ante el citado Tribunal se pretendió se declarara que el Fondo Rotatorio de Ministerio de Justicia incumplió el contrato No. 114 del 27 de diciembre de 1983, celebrado entre la mencionada entidad y el actor, para la ejecución "por el sistema de Administración Delegada y prestación de servicios profesionales de acuerdo al reglamento de la Sociedad Colombiana de Arquitectura, de las obras necesarías para la construcción de la Cárcel nueva de Leticia (Amazonas)", se declarara su consecuencial terminación y se condenará a pagar actualizados los perjuicios causados, los que se estimaron "como mínimo" en la cantidad de $ 12'424.225.oo. "o la que resulte liquidada conforme al procedimiento indicado por el artículo 308 del C.P.C.".

2o. Los hechos,*causa petendi* del proceso, se pueden sintetizar así:

a) El contrato de obra pública arriba indicado tuvo por objeto la construcción de la cárcel de Leticia (Amazonas), por el sistema de administración delegada.

b) El contratista otorgó oportunamente las garantías exigidas y presentó el certificado de paz y salvo, por concepto de impuestos.

c) El contrato quedó perfeccionado con la aprobación de las garantías, mediante la Resolución No. 0521 del 3 de febrero de 1984, expedida por el Director General del Fondo e igualmente, se efectuó el correspondiente registro presupuestal.

d) No obstante que, según la cláusula séptima del contrato, el contratista se obligaba a iniciar las labores propias del contrato dentro de los diez días siguientes a la fecha de entrega del anticipo, la entidad demandante "no cumplió con dicha obligación por cuanto no pudo adquirir el lote dentro del cual se erigiría la construcción".

e) Con oficio No. 659 del 22 de enero de 1986 la doctora Consuelo Restrepo de Cardona (Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad demandada) reiteró al contratista "la solicitud de presentación de la cuenta de cobro de los gastos ocasionados en la legalización del contrato..." y le hizo saber que "la mora en la iniciación del contrato se debe... a dificultades en la consecución del lote donde las obras se desarrollarán" y le advirtió que "el deseo de esta administración es lograr los fines propuestos" Dice entonces el actor que lo anterior significa "que en la fecha indicada, 22 de enero de 1986, el Fondo aún persistía en la ejecución del contrato".

f) Por comunicación de febrero 5 de 1986, el contratista presento "la cuenta de cobro correspondiente a los gastos reembolsables y honorarios causados en el desarrollo del Contrato Administrativo de Obra Pública...".

g) En mayo 7 de 1986 el mismo contratista se dirigió al Fondo "para poner en conocimiento las diversas situaciones que se habían generado del mencionado contrato y exigir las correspondientes soluciones. "Esta comunicación la contestó el Fondo con oficio No. 05032 del 26 de los mismos mes y año en el cual se informó al actor que la cuenta de cobro correspondiente a los gastos "que deben reembolsarse" la Junta Directiva "en su sesión del día 7 de mayo Acta No. 14, aprobó el pago "para lo cual era menester que el contratista se presentara "a la oficina del Fondo a resolver el contrato".

h) "La anterior comunicación revela claramente el deseo de la administración de no ejecutar el contrato. Ello es así, si se tiene en cuenta que dicho contrato no lo termina unilateralmente, sino que exige al contratista que se presente a la oficina jurídica a resolver el contrato, es decir, a terminarlo por mutuo consentimiento, a lo cual no accedió.

i) El actor estima que el incumplimiento del contrato le ocasionó perjuicios en cuantía de $104.162,oo, por impuesto de timbre del contrato, $14.040.oo valor de la publicación en el Diario Oficial; $6'613.485.oo. por honorarios dejados de percibir y que se estimaron, de acuerdo con la cláusula 4a. del contrato en un 10% de su valor; y $5'692.538,oo valor de la actualización de las sumas anteriores. "Teniendo en cuenta como índice de precios al consumidor un promedio de 2.3% mensual, desde el 3 de febrero de 1984 hasta la fecha

de presentación de la demanda...", para un total de $12'424.225,oo. (fls. 2 a 6, C.L.).

3o. Rituado el proceso en legal forma, concluyó con la sentencia que se consulta en donde se declara el incumplimiento del contrato y su resolución y se condena a la entidad demandada "a pagar al señor JAIRO MORA RAMIREZ, por concepto de perjuicios materiales, la suma de $6'613.485.31, la cual se actualizará en la forma indicada en la parte motiva...", se establece que la suma actualizada "ganará intereses comerciales corrientes dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia y comerciales moratorios del vencimiento de ese término hasta su cancelación" y, por último se ordena dar aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

4o. Razonó así el *a-quo* para llegar a la decisión anotada:

a) El contrato se perfeccionó y legalizó de conformidad con las cláusulas previstas en el mismo, el 3 de febrero de 1984 con la aprobación de las garantías, cuando ya se había efectuado el registro presupuestal, se había presentando por el contratista el certificado de paz y salvo por concepto de impuestos, se había pagado su publicación en el Diario Oficial y se había cancelado el impuesto de timbre, todo lo cual se demostró dentro del proceso.

b) "Según la cláusula Décima el contrato (sic) tenía como obligaciones las siguientes: a) facilitar al contratista el acceso del (sic) inmueble donde se ejecutarían las labores materia del contrato, libre de servidumbre y otras limitaciones que pudieran impedir su normal desarrollo, b) Suministrar al contratista los fondos necesarios para las obras, en las condiciones pactadas en el contrato; c) Pagar al contratista los honorarios correspondientes. Y conforme a la cláusula Décima Primera la entidad contratante debía suministrar al contratista hasta el 50% del valor del contrato ($33'067.426.59) para ser manejado como fondo rotatorio, en una cuenta especial a nombre de la obra. Ahora según la cláusula séptima el contratista se obligó a iniciar labores dentro de los diez días calendarios siguientes a la fecha de la entrega del anticipo y a entregarlas dentro de los doce meses siguientes contados a partir de la fecha de entrega del anticipo.

c) Aun cuando en virtud del contrato ambas partes asumieron obligaciones correlativas la entidad contratante debía cumplir primero con la obligación de entrega del terreno y con el suministro de los dineros para ser manejados como fondo rotatorio; constituían estas obligaciones un requisito previo para que el contratista cumpliera las suyas.

d) Las pruebas allegadas al expediente muestran que la entidad contratante no cumplió con sus obligaciones, las que fueron exigibles desde el 3 de febrero de 1984, cuando "debió adelantar las gestiones administrativas orientadas a suministrar los dineros que debían ser manejados por el contratista como fondo rotatorio y, por lo mismo, en un término normal para estos casos

-como es el de tres meses- debía dar satisfacción cabal a esa obligación", lo que no hizo, como tampoco cumplió con la entrega del lote donde debía efectuarse la construcción. Documentos emanados del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia demuestran que al celebrarse y perfeccionarse el contrato no se había adquirido el lote" y que "tampoco se adquirió después de varios años...".

e) En cuanto a la indemnización de perjuicios, el *a-quo* condena al reembolso de lo pagado por el contratista por impuesto de timbre y publicación del contrato en Diario Oficial "por cuanto, según jurisprudencia del Consejo de Estado, los gastos en que incurra el contratista para la celebración y perfeccionamiento del contrato no son reembolsables por la administración sino que corren a cargo de él; y precisamente en el contrato se pactó -Cláusula Trigésima Segunda- que dichos gastos corrían por cuenta del contratista.

f) El *a-quo* accedió "al reconocimiento de los valores dejados de percibir por el contratista por concepto de honorarios, pues resulta claro que si la administración hubiese cumplido sus obligaciones el contratista habría obtenido las utilidades contempladas en las cláusulas contractuales". Estos honorarios "que pudo percibir el contratista equivalen a la suma de $6'613.485.31, la cual por consiguiente se reconocerá". Y en cuanto a la actualización de esta cantidad, el Tribunal expresa que como el contratista, según los términos pactados, debía terminar la construcción el 15 de mayo de 1985 y como "lo normal es que los contratos se liquiden y paguen dentro de los cuatro meses siguientes a su terminación... no habría obtenido el pago de la totalidad de sus honorarios antes del 15 de agosto de 1985", de lo que concluye que el cálculo para la actualización se debe efectuar con base en los índices de precios correspondientes a octubre de 1985 y la fecha de ejecutoria de la sentencia.

g) Como la fiscalía del Tribunal hubiera conceptuado que de acuerdo con la prueba documental aportada al proceso se desprende que las partes resciliarla (sic)...", por lo cual, en su opinión, no hay lugar al ejercicio de la acción resolutoria, el *a-quo,* examina en su fallo el acervo probatorio y deduce que si bien sí hubo una propuesta de la parte demandada, dirigida al contratista (oficio No. 05243 del 26 de mayo de 1986), para que se resolviera el contrato, "no existe prueba alguna de que se hubiere aceptado".

5o. Durante el traslado de rigor, en la segunda instancia, la Fiscal 2a. de esta Corporación ha manifestado su acuerdo con la decisión del *a-quo* acerca del incumplimiento del contrato por parte de la entidad demandada, pero objeta que se tengan como perjuicios los honorarios pactados y dejados de percibir por el contratista porque, en su concepto, por tratarse de un contrato por administración delegada en donde el contratista es tan sólo el ejecutor de los trabajos, cuyo costo está a cargo del contratante y la actividad de aquél está condicionada "al proceder del contratante", siendo mínima la inversión de aquél y sus gastos, al no ejecutarse los trabajos no se puede pensar que se causaron unos honorarios que fueron pactados como retribución por ellos y

que no se realizaron. "Los perjuicios que solicita el Actor, no pueden pues confundirse con los honorarios pactados en el contrato" y añade "El Actor debió probar los perjuicios que realmente le acarreó el no poder ejecutar la obra en la forma pactada en el contrato, pero sin confundirlos con los honorarios...", por lo cual considera que al no haberse establecido tales perjuicios queda "la posibilidad de hacer su tasación en un incidente posterior" y pide "a la Sala la modificación de la sentencia objeto de consulta" (fls 83 a 89, C.L.).

6o. Ninguna de las partes alegó durante al segunda instancia, como tampoco la hizo la entidad demandada en la primera, donde su actividad fué absolutamente nula, pues ni siquiera dio contestación a la demanda ni solicitó la práctica de ninguna clase de pruebas.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o. Es abundante la prueba originada en documentos suscritos por la parte demandada que demuestran que el contrato celebrado por esta con la parte actora no se ejecutó debido a que aquélla tuvo problemas para adquirir el terreno donde se ejecutaría la obra, razón por la cual no hizo entrega del anticipo al contratista.

Así, en comunicación dirigida al contratista el 25 de septiembre de 1985, quien firma como "Jefe Sección Contabilidad y Presupuesto" de la entidad demandada, le dice: "De acuerdo a su solicitud del 10 de los corrientes, me permito informarle que la reserva efectuada al contrato No. 114 de 1983, celebrado con usted, para la construcción de la Cárcel de Leticia (Amazonas) se encuentra vigente, pero de no solucionarse próximamente el problema de la compra del lote con la Comisaría del Amazonas, el Fondo Rotatorio deberá reintegrar los dineros correspondientes a este proyecto" (fl. 4.C.2).

Antes, con fecha 9 de noviembre de 1984 y en respuesta a oficio del contratista del 23 de octubre del mismo año en el cual exponía al Gerente del Fondo los costos financieros que le acarreaba el que el contrato no se hubiera iniciado "debido a que el Fondo aún no ha podido adquirir el lote correspondiente y no se han hecho los estudios arquitectónicos necesarios" (fls. 24 y 25, C.2), se le contestó que se estaban "acelerando los trámites requeridos para la compra por parte de la Comisaría del Amazonas, del lote para la construcción de la Cárcel", requisito sin el cual, se agrega "es imposible iniciar la obra" (fl. 26, C. 2).

Dentro de los antecedentes administrativos relacionados con el contrato referido, que solicitó el *a-quo* a la entidad demandada (fl. 41, C.1), ésta remitió un informe presentando al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia por un arquitecto enviado por éste a la ciudad de Leticia, con fecha 27 de enero de 1985, en donde se le expresa que el objeto de la "visita", "fue el de mirar y conceptuar sobre los lotes de posible adquisición para la construcción de el (sic) Centro Penitenciario de dicha ciudad" y se relata que después de recorrer "los posibles sitios" se optó por escoger unos lotes de propiedad del señor Jaime Barbosa y que el Secretario

de Gobierno de la Comisaría "quedó autorizado para solicitar los avalúos y así poder iniciar las negociaciones". En el mismo informe se habla de "la posible cesión de unos terrenos por parte de la Armada Nacional al Fondo", pero se advierte que sobre este asunto no existe documentación distinta a un oficio suscrito por el Alcalde Municipal (fls. 22 y 23, C.1).

El 13 de octubre de 1985 el contratista se dirigió al Director General del Fondo Rotatorio de Ministerio de Justicia poniéndole de presente que estando perfeccionado el contrato y habiendo aquel cumplido con las obligaciones que le correspondían (pago del impuesto de timbre nacional, solicitud de publicación del contrato en el Diario Oficial "su ejecución no se ha podido iniciar por cuanto el Fondo Rotatorio no ha girado el anticipo de que trata la Cláusula Séptima en concordancia con lo previsto en la Cláusula Décima Primera" y pone de presente que ha incurrido "en una serie de gastos para el cumplimiento de las obligaciones contractuales" y que su "organización ha tenido que estar en disponibilidad para la ejecución del contrato en el momento en que así lo dispusiera el Fondo...", todo lo cual le ha "ocasionado perjuicios de diverso orden" por lo cual solicita "disponer el estudio de la situación descrita y que se adopten, en el menor tiempo posible, las medidas tendientes a solucionar los problemas que han dado lugar a ellas" (fls 19 y 20, C.1). No aparece en el expediente respuesta alguna a la anterior comunicación, pero sí obra una carta del 22 de enero de 1986, suscrita por el "Jefe Oficina Jurídica" del citado Fondo, dirigida al contratista en donde, con referencia a una conversación telefónica, se le dice que se le reitera "la solicitud de presentación de la cuenta de cobro, de los gastos ocasionados en la legalización del contrato para la construcción de la cárcel de Leticia", que "por instrucciones del señor Director, el pago se efectuará a la presentación y legalización de la cuenta", se le informa "que la mora en la iniciación del contrato se debe, como usted bien lo sabe a dificultades en la consecución del lote donde las obras se desarrollarán" y que "las gestiones realizadas al respecto han sido hasta la fecha negativas, por razones de diverso orden, pero el deseo de esta administración es lograr los fines propuestos".

El 5 de febrero siguiente el contratista escribe al Fondo presentando "a su consideración la cuenta de cobro correspondiente a los gastos reembolsables y honorarios causados en el desarrollo del Contrato Administrativo de Obra Pública número 114 de 1983". A esta carta se le respondió con el oficio No. 05032 del 26 de mayo del mismo año (1986) informándole "que la Junta Directiva en su sesión del día 7 de mayo Acta No. 14, aprobó el pago (de la cuenta presentada por el contratista) para lo cual es menester que se presente a la Oficina Jurídica del Fondo a resolver el Contrato" y que "Por parte de la División financiera, se están haciendo los ajustes presupuestales necesarios para el cumplido pago de la obligación" (fl. 15, C.1). Aquí la Sala observa que ni el actor ni la entidad demandada allegaron al proceso copia de la cuenta de cobro, sin embargo, el documento que se reseña enseguida aporta alguna luz al respecto. En cuanto a la respuesta del Fondo, debe notarse que introduce una condición al pago de la cuenta: que el contratista se presente a la Oficina Jurídica de la entidad para resolver el contrato.

En los antecedentes administrativos a que se hizo mención aparece copia del acta No. 14 en donde se registra: "El Fondo Rotatorio celebró el contrato No. 114 de 1983 por un valor de $66'134.583,oo para la construcción de la Cárcel de Leticia, con el Doctor Jaime Mora Ramírez. Este contrato se celebró sin existir lote para la construcción. Por tal razón hubo que reintegrar en 1985 a la Tesorería General de la República los dineros para ese proyecto, por cuanto tenían destinación específica.

"El Ingeniero Mora, pide que se le reconozcan los gastos en que incurrió, tales como prima póliza de manejo del anticipo, prima póliza de cumplimiento, prima póliza de salarios, impuesto de timbre a la publicación en el Diario Oficial. Así mismo, solicita se le reconozca como honorarios el 10% sobre el valor de las primas del contrato, lo cual estaba pactado en el Contrato.

"El señor Director comenta que las peticiones del Ingeniero Mora son razonables, siendo su valor total de $1'519.104.40.

"La Junta Directiva aprueba este pago, supeditado a adicionar el Rubro de Vigencias Expiradas" (fls. 67 y 68, C.2).

Obsérvese que en este documento se mencionó la suma de $1'519.104.40, como el valor total de las peticiones del contratista, de donde se infiere que este valor quizá corresponde al de la cuenta de cobro pasada por él al Fondo, cuyo pago se aprobó por la Junta Directiva, según se le informó a aquel por carta del 26 de mayo (oficio No. 5032) donde se le pidió al contratista que se presentara a la Oficina Jurídica "para resolver el contrato", con lo cual se añadió al pago, unilateralmente, una condición o requisito no convenido por las partes ni discutido en la mencionada reunión de la Junta Directiva.

Después de esta comunicación del 26 de mayo de 1986 no se produce, por lo menos que conste en el proceso, ningún nuevo contacto entre las partes y esto le permite al actor expresar en el Hecho 10º de su demanda. "La anterior comunicación revela claramente el deseo de la administración de no ejecutar el contrato. Ello es así, si se tiene en cuenta que dicho contrato no lo termina unilateralmente, sino que exige al contratista que se presente a la Oficina Jurídica a resolver el contrato, es decir, a terminarlo por mutuo consentimiento, a lo cual no accedió" (fl. 4,C.1).

2o. Para el Tribunal *a-quo* se encuentra que para éste el incumplimiento del contrato por la parte demandada ocurrió el 4 de mayo de 1984 porque el 3 de febrero de ese año cuando la administración aprobó las garantías otorgadas, mediante Resolución 021 de esa fecha (fls. 13 y 14, C 1 y 13 y 14, C.2), quedaron cumplidas por el contratista las obligaciones de pago de impuestos, presentación de paz y salvo de impuestos, constitución de garantías, y se hicieron exigibles las obligaciones de la contratante (entrega del lote y del anticipo).

Si lo anterior fuera cierto, no se explica la Sala por qué razón el *a-quo* admitió la demanda en un proceso que estaría caducado conforme al artículo 136 del

C.C.A., pues aquella se presentó el 10 de febrero de 1987, es decir después de dos años de ocurrido el hecho o los hechos que le servirían de fundamento.

Pero lo que sucede es que no es exacta la afirmación del Tribunal acerca de cuándo debía cumplir la contratante con sus obligaciones indicadas. En efecto:

a) La cláusula primera del contrato señaló su objeto así: "EL CONTRATISTA se obliga para con EL FONDO a ejecutar por Sistema de Administración Delegada y prestación de servicios profesionales de acuerdo con el reglamento de la Sociedad Colombiana de Arquitectura, las obras necesarias para la construcción de la cárcel de Leticia (Amazonas)..." y en seguida se detallan los trabajos que debía realizar aquél).

b) La cláusula séptima del mismo estipuló el plazo, en los siguientes términos: "EL CONTRATISTA se obliga a iniciar las labores dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a la fecha de la entrega del anticipo y a terminarlas dentro de los doce (12) meses siguientes contados a partir de la fecha de entrega del anticipo".

c) La cláusula décima estableció como obligación del Fondo para con el contratista"Facilitar al contratista el acceso del (sic) inmueble donde se ejecutarán las labores materia de este contrato..." y "suministrar al contratista los fondos necesarios para las obras en las condiciones pactadas en este contrato" y la cláusula décima primera, evidentemente vinculada con la última de las obligaciones citadas, rezaba: "EL FONDO suministrará al contratista hasta -o (sic) 50% del valor del contrato o sea TREINTA Y TRES MILLONES SESENTA Y SIETE CUATROCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON 59/100 ($33'067.426.59) MONEDA CORRIENTE, para ser manejadas como Fondo Rotatorio, en una cuenta bancaria especial a nombre de la obra... (siguen indicaciones sobre la forma como debía la entidad contratante cumplir con sus obligaciones de entregar o facilitar al contratista el acceso al inmueble donde se ejecutarían las labores, de cuyo cumplimiento dependía que este pudiera cumplir con sus obligaciones contractuales para las cuales sí se pactó un plazo (Cláusula Séptima), de donde se sigue que:

a) El contratista no podía cumplir sus obligaciones hasta tanto el contratante no cumpliera con las suyas, y

b) El contratante quedaba en mora de cumplir las suyas cuando el contratista lo requiriera o intimara para que lo hiciera (art. 1608 del C.C.) o cuando este manifestara que no las cumpliría o no podría cumplirlas, "puesto que ello como dice el tratadista uruguayo Jorge Peirano Facio (Estructura de la Mora en el Código Civil, Ed. Temis, Bogotá, 1983, pag. 60) - implica la renuncia por parte del obligado al favor que le concede el instituto de la mora" ("La negativa anticipada del deudor al cumplimiento de la obligación torna innecesaria, por inoperante, toda clase de interpelación, aun cuando ésta en caso de haberse realizado, fuese deficiente, puesto que la manifestación del obligado suple las formalidades", Mariano Gagliardo,

La Mora en el Derecho Civil y Comercial, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1979, pag. 92).

En el campo del derecho civil, el contratante que cumplió con sus obligaciones o que por depender el cumplimiento de las propias del cumplimiento de la otra parte a las suyas, puede solicitar del juez del contrato o que se obligue al cumplimiento o que se resuelva el contrato y en ambos casos a que se le indemnicen los perjuicios causados (Art. 1545, C.C.). En el campo contractual administrativo, en consideración a que en él juegan primordialmente principios de interés público y no debe por ello obligarse a la administración a cumplir un contrato que ésta juzgue ya inconveniente para ese interés, la doctrina y la jurisprudencia han convenido en que la opción de cumplimiento o de resolución se transforma en el derecho que tiene el contratista cumplido a pedir del juez la declaratoria de incumplimiento, como equivalente a la de resolución, y al pago de los perjuicios infridos por ese incumplimiento.

Mucho se ha discutido si el ejercicio de tales opciones en el derecho civil, o de la única que tiene el contratista cumplido en el administrativo, supone la previa constitución en mora del incumplido, cuando por ley la mora no se produce en forma automática (caso de los numerales 1º y 2º del art. 1608 del C.C.).

En la obra intitulada "La resolución del contrato por incumplimiento", de José Mélich-Orsini, se dice que en el derecho alemán la necesidad de mora del deudor no presenta lugar a duda pues el artículo 326 del BGB lo exige de modo expreso y que "En la doctrina y en la jurisprudencia francesas e italianas existe igualmente una fuerte tendencia a exigir ese requisito, con el argumento de que la puesta en 'mora' es necesario para fijar con certeza si hay o no retardo. Según esto, solo podría prescindirse de la previa intimación del deudor ('mora ex persona') cuando nos hallemos en presencia de un supuesto de 'mora ex re' (o automática). Sin embargo, algunos autores señalan que, como la resolución no procede de pleno derecho, sino que debe ser pronunciada por el tribunal, lo que a su vez supone que sea necesaria una demanda judicial, tal demanda haría las veces de 'requerimiento', colocando al deudor en la necesidad de cumplir de inmediato o de quedar automáticamente incurso en mora. No se requeriría, pues, que el acreedor realizara acto extrajudicial alguno anterior a la demanda de resolución en si misma considerada.

"Aquellos que distinguen, en cambio, entre 'retardo culposo' y 'mora', considerando que esta última figura solo constituye el presupuesto de ciertos efectos típicos como la producción de 'intereses moratorios' y la 'traslación de los riesgos', no vacilan, por su parte, en excluir la necesidad de la 'mora' como presupuesto de la acción resolutoria" (Ob. citada, Ed. Temis, 1982, págs. 185 y 186).

En Colombia, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, ha estimado que la sola demanda de resolución o cumplimiento del contrato no equivale a la reconvención judicial para colocar al deudor en mora (ver por ej., sentencias de 21 de agosto de 1978. (G.J. Tomo CLVIII, pág. 128) y de 15 de marzo de 1983, ordinario de Máquinas Agrícolas vs. Helda Cía S.A., aún no publicada en la

G.J.). En el segundo caso sostuvo la Corte que por estarse discutiendo si existía o no entre las parte un contrato de agencia comercial, era necesario ante todo que se declarara la certidumbre de relación contractual para luego deducir las prestaciones e indemnizaciones a cargo de una u otra de las partes, por lo cual antes de esa determinación "mal podrían empezar a correr los intereses moratorios comerciales". En el primer proceso, expuso que como el artículo 1540 del Código Civil da derecho a la resolución del contrato "con indemnización de perjuicios" y el 16, 15 ib. expresa que se debe la indemnización "desde que el deudor se ha constituido en mora", el requerimiento para la acción resolutoria es necesario y conforme al artículo 1608 *ib.* "por regla general el deudor no queda constituido en mora sino a partir de la reconvención judicial hecha por el acreedor".

En concepto de la Sala la tesis sobre la necesaria constitución en mora como requisitos para la prosperidad de la acción resolutoria, o , con mayor exactitud técnica procesal, para promover procesos de resolución de contrato con indemnización de perjuicios, no tiene el rigor que resulta de su enunciación escueta porque: a) El artículo 1546 se refiere a la resolución únicamente presuponiendo el incumplimiento, el que puede existir sin la mora; el artículo 1615 *ib.*, por su parte, se refiere a perjuicios por lucro cesante, como que trata del momento en que ellos se deben b) Si la tesis fuera exacta en los términos en que se plantea, se tendría que nunca podría resolverse un contrato si el acreedor no intimare al deudor para ponerlo en mora, cuando si procede a pedir la resolución en lugar de requerirlo es precisamente porque ya no le interesa continuar vinculado a su deudor. Si para aceptar la resolución de un contrato por mutuo disenso, la misma Corte ha admitido que basta que frente al incumplimiento (y no a la mora) de los dos contratantes, a sus obligaciones, puede naturalmente deducirse que su implícito y recíproco querer es el de no ejecutar el contrato, el de no llevarlo a cabo (ver por Cesación Civil, sentencias No. 198 de 7 de junio de 1989 y No. 319 de 18 de septiembre de 1989, sumario de ambas publicados en "Extractos de Jurisprudencia", Segundo y Tercer Trimestre de 1989) y por ello se debe acceder a resolver el convenio respectivo, porque sería absurdo pretender que quienes no quieren cumplirlo se vean obligados a continuar atados por sus recíprocas obligaciones, con mayor razón sería inexplicable que el juez no accediera a declarar la resolución simplemente porque quien sí cumplió prefirió no intimar a su deudor a que lo cumpliera (que esto es lo que significa la interpelación en que consiste el requerimiento para ponerlo en mora) sino que optó por la resolución del contrato; y c) mucho más inútil sería exigir esa interpelación judicial en el caso de un contrato administrativo, en el que, como se vio, no cabe, de parte del contratista, la exigencia del cumplimiento frente a la administración incumplida.

La Sala, anota, además, que no obstante lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, en las providencias de 21 de agosto de 1978 y 15 de 1983, en una anterior de 3 de julio de 1963 (Gaceta Judicial No. 2268-2269, pág. 80) en donde se alegó la resolución de una promesa de compraventa cuando las partes habían convenido posponer el otorgamiento de la escritura "por unos días" y después una de ellas le hizo saber a la otra que no llevaría a efecto el negocio, la Corte expresó: "La

voluntad explícita de no cumplir expuesta al otro contratante, determinó renuncia al plazo, y por ese hecho se constituyó en mora haciéndose superfluo cualquier requerimiento. Y en otra, posterior a las dos citadas, de agosto 10 de 1983, al comparar la acción resolutoria de contratos comerciales (art. 1546 del C.C.) dijo la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que en la segunda "es posible deprecar resolución o ejecución por el simple *incumplimiento*" en tanto que "el Derecho Comercial exige *mora*, es decir tal normatividad es más dispendiosa que la civil, contra lo que se supone debía ser" (subrayas dentro del texto. Sentencia de Casación en juicio ordinario de Gustavo Rengifo vs. Productos Ramo S.A., aún no publicada en la Gaceta Judicial, pero sí en Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XII, No. 142, pág. 850 y ss.).

Pero cualquiera que sea la tesis que se acoja, lo cierto es que la entidad contratante manifestó al contratista con hechos inequívocos, que no cumpliría el contrato por no haber adquirido el lote donde debían ejecutarse las obras y por ello debe considerarse que desde ese momento quedó en mora, como quiera que constituiría ciertamente un formalismo inútil, se repite, requerirlo judicialmente para que cumpliera lo que estaba diciendo que no cumpliría, y cuando, a mayor abundamiento las pruebas reseñadas muestran sin duda que no podía cumplir pues, no tenía lote donde se ejecutara el contrato ni fondos para entregar al contratista por concepto de anticipo y con los cuales se debía constituír el fondo rotatorio de que trata la cláusula décima primera del contrato.

En el *sub-judice* aparece demostrado, como atrás se detalló (No. 4 Capítulo II-Consideraciones) que el deudor reconoció primero, el 22 de enero de 1986 (oficio No. 00659 fl. 21, C.1) al acreedor (el contratista), que estaba en mora de cumplir por "dificultades en la consecución del lote donde las obras se desarrollarán" y luego, cuando el 26 de mayo del mismo año (oficio No. 05032) le dice que la Junta Directiva había aprobado pagarle la cuenta de cobro que el acreedor le había presentado y le pedía que se presentara a resolver el contrato.

Dos antecedentes de la comunicación del 26 de mayo confirman que el Fondo (deudor en este caso) no estaba dispuesto a cumplir el contrato; el primero, la manifestación contenida en el acta No. 014, correspondiente a la reunión de la Junta Directiva de la entidad deudora, del 7 de mayo de 1986 en donde se anota que el "contrato se celebró sin existir lote para la construcción", y el segundo, otra manifestación que consta en la misma acta en donde se dice que "hubo que reintegrar en 1985 a la Tesorería General de la República los dineros para ese proyecto, por cuanto tenían destinación específica", con lo cual se hacía imposible, anota la Sala, que cumpliera su obligación de entregar el anticipo a que la obligaba la cláusula décima primera del contrato (fl. 67, C.2). El acreedor no conocía estos antecedentes, pero la conducta del deudor, materializada en el oficio del 26 de mayo de 1986, implicó para aquél que éste cumpliría con el contrato, de donde, desde este momento es cuando comenzó a correr el término para que se produjera la caducidad de la acción (o mejor, del proceso que podía incoar con éxito).

Siendo además, evidente, el incumplimiento de la entidad demandada a sus obligaciones contractuales, la Sala confirmará por este aspecto la decisión del inferior.

3o. En cuanto a perjuicios encuentra la Sala que habiendo la entidad contratante incumplido el contrato y habiendo quedado en mora de hacerlo cuando manifestó que no lo cumpliría (significado evidente del oficio de mayo 26 de 1986), el contratista tiene derecho a que el deudor le indemnice por los perjuicios sufridos de la infracción del contrato (art. 1610-3 del C.C.).

Cuáles, se pregunta la Sala, serían esos perjuicios?

En reciente fallo de esta misma Sala, el Consejo de Estado se apartó de la tesis de la Corte Suprema según la cual la ley presume que toda infracción de un contrato origina perjuicios y explicó cómo en todo caso de responsabilidad contractual o extracontractual es necesario que se demuestre el incumplimiento de una obligación - contractual o extracontractual, el daño y la relación de causalidad entre éste y aquélla (ver sentencia de diciembre 14 de 1989, Exp. No. 5685, Actor: Ciro Angarita Barón) y aprovecha esta oportunidad para reafirmar su criterio sobre el particular.

En el *sub-judice* el actor demostró el incumplimiento y en cuanto a perjuicios consideró que éstos consistían en los gastos efectuados para legalizar el contrato (impuesto de timbre y publicación en el Diario Oficial,costo de las pólizas de seguro de garantía y los honorarios dejados de percibir debido a la inejecución de sus obligaciones por parte de la entidad contratante). El *a-quo* encontró justificada la petición y probados los gastos y el monto de los honorarios y condenó a la parte demandada a su pago. Como se relató, la colaborada fiscal de esta Corporación ha objetado el reconocimiento de honorarios como parte de tales perjuicios (ver No. 5º del Capítulo I - Antecedentes).

Esta Corporación ha sostenido en varias oportunidades que no constituyen perjuicios los gastos en que incurre el licitante vencido que luego demanda la nulidad de la licitación o el contratista a quien se le incumple el contrato y demanda la indemnizacion.

Así, en sentencia de 24 de septiembre de 1987 (Expediente No. 4039, Actor: David Vásquez Caicedo) dijo esta misma Sala "... el demandante carece de razón al reclamar los gastos realizados para concursar pues ellos deben ser satisfechos por todos los licitantes vencidos sin que los vencidos tengan derecho a su reembolso".

Y más adelante, al comentar la peritación practicada dentro del proceso que dio lugar a la sentencia citada, expresó la Sala: "Los expertos tomaron como factores del perjuicio los rubros de impuesto de timbre, pólizas de garantía y publicación del (sic) Diario Oficial, en cuantía total de $219.248,oo y un costo por mes de $18.270.67. Ya se dijo que ellos no son indemnizables por cuanto su pago era

necesario para la formalización del contrato, es decir, para que pudiera ejecutarse y, desde luego, demandarse su cumplimiento o la indemnización por su inejecución".

No obstante que lo anterior ha constituído el criterio predominante de la Sala y lo repitió recientemente en el proceso decidido en la sentencia del 14 de diciembre de 1989 atrás citada, cree la Sala que ha llegado el momento de revisarlo porque considera que por lo menos en algunos casos no se justifica mantenerlo en los términos absolutos de su formulación.

Si se piensa, que su justificación reside, como se dijo en la también mencionada sentencia del 24 de septiembre de 1987, en que no son indemnizables los gastos efectuados por el contratista frente a la contraparte que incumple sus correlativas obligaciones, porque su pago era necesario precisamente para que ellas pudieran ejercutarse -y, en caso de incumplimiento, demandarse- el argumento no parece muy lógico pues equivale a decir que ellos son el precio que se paga por poder demandar, o también equivale a decir, que en tales gastos se incurrió para tener la posibilidad de demandar, lo que a todas luces no es cierto en ellos se incurrió en vista a una ganancia que el contrato podía depararle la contratista y de la cual la indemnización no es sino un sustituto.

Y lo mismo puede decirse del caso de los gastos desembolsados por el licitante vencido injustificadamente, o sea, en forma contraria a derecho y que por esto obtiene el derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le hubieren irrogado.

Otra cosa sucede cuando en el primero o en el segundo caso, al contratista o al licitante se le puede cuantificar la indemnización teniendo en cuenta la ganancia que con certeza hubiera obtenido, porque en este evento es natural pensar que esa ganancia que se reconoce incluye el reembolso de tales gastos. Pero cuando por las circunstancias particulares de cada caso no puede reconocerse como perjuicio la ganancia esperada, por no reunir la necesaria característica de certeza que aquél (el perjuicio) debe tener, los gastos efectuados deben ser indemnizados porque éstos, además de afectar el patrimonio del contratante cumplido, son ciertos.

Pero existe otra consideración que lleva a la Sala a la conclusión esbozada sobre la resarcibilidad de dichos gastos efectuados por el contratista cumplido y es la que se derive del estudio del artículo 846 del Código de Comercio. Esta norma se refiere a la propuesta de negocio jurídico que una persona formule a otra y que la norma hace irrevocable por lo cual si el proponente se retracta estará obligado a indemnizar los perjuicios "que con su revocación cause al destinatario". Esos perjuicios, en general, no podrán ser otros, por su característica de certeza, que los gastos en que pudo incurrir la persona a quien se dirigió la oferta o propuesta que se proponía aceptar, aun cuando naturalmente podrá haber otros, como serían, por ejemplo, las pérdidas sufridas por el destinatario con la venta de bienes efectuada con miras a cumplir con las obligaciones que le impondría el negocio jurídico que se le propuso o los intereses no percibidos sobre capital congelado para ser destinado al negocio propuesto.

Por lo demás, la reparabilidad de los daños in contrahendo ha sido reconocida en general por la doctrina y sólo se ha discutido sobre la naturaleza contractual o extracontractual de los mismos, para efecto del proceso en donde hubieren de discutirse. (ver por ejemplo la obra El Daño, del jurista italiano Adriano de Cupis, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, págs. 165 y ss.).

Naturalmente que aquellos gastos podrán no representar los únicos perjuicios sufridos por un contratista a quien se le incumplen las obligaciones correlativas y sin pretender hacer un catálogo de daños posibles, pueden mencionarse entre éstos, por ejemplo, en caso de contratos de obra, el interés muerto de un capital de trabajo que se ha acopiado para la movilización del equipo necesario para el desarrollo de la obra contratada; la inversión en el equipo mismo que durante cierto tiempo el contratista hubiera tenido disponible para la misma obra; los gastos de enganche de personal especializado o no, etc., etc., y en el caso de un contrato de compraventa, esos perjuicios podrían estar representados en el menor valor a que el vendedor hubiera tenido que realizar el bien que por el incumplimiento del comprador no pudo transferirle.

En todo caso debe tenerse presente que en tratándose con contratos bilaterales, "el interés, objeto del daño resarcible, se reduce al más de valor, para la parte no incumpliente, de la prestación no realizada con relación a la ya no debida, por lo que la esfera del interés lesionado, a la que debe corresponder el resarcimiento, disminuye con arreglo a la liberación conseguida del vínculo obligatorio", como con envidiable precisión lo escribe el tratadista de Cupis atrás citado. (OB. cit. pág. 360).

Esta Corporación no siempre ha tenido en cuenta lo anterior y así en el proceso decidido mediante la sentencia del 24 de septiembre de 1987, en donde se trataba de definir la responsabilidad contractual de la empresa de Telecomunicaciones de Nariño frente al señor David Vásquez Caicedo, a quien se había contratado por un año, para realizar trabajos profesionales de interventoría de otro contrato para la instalación de redes telefónicas y que ejecutó durante seis meses al cabo de los cuales se le incumplió el convenio, la Sala le reconoció como indemnización los honorarios dejados de percibir durante los seis meses restantes, sin tener en cuenta que por la resolución del contrato el interventor quedó con tiempo disponible para la realización de otros trabajos.

Por lo expuesto, la Sala esta parcialmente de acuerdo con su colaborador fiscal cuando afirma que no se puede confundir, como lo hace la demanda, la noción de honorarios con la de perjuicios y censura que el Tribunal reconozca unos honorarios por una labor que no se realizó por lo que afirma que como se trataba de un contrato de obra por administración delegada "en donde la responsabilidad recaía en el contratante y en donde la construcción se hacía por cuenta y riesgo del dueño de la obra - en este caso el FONDO ROTATORIO - habrá que considerar que la inversión y los gastos del contratista han debido ser mínimos". Se dice que la Sala está parcialmente de acuerdo con lo anterior, porque si bien "la liberación conse-

guida del vínculo obligatorio" implicó para el contratista un costo no invertido (el tiempo no dedicado a la obra) no por esos perdió su derecho a la utilidad *cierta* esperada, utilidad ésta que le representó un efectivo perjuicio patrimonial y que no puede estar representado sólo por la inversión y los gastos efectuados con miras a la realización de la obra.

Estando demostrados, pues, el derecho a recibir unos honorarios ciertos, determinados, y unos gastos efectuados, así como el incumplimiento por parte de la entidad contratante a sus obligaciones correlativas, será del caso condenar al pago en abstracto de los perjuicios ocasionados, para que dentro del incidente liquidatorio se realice su cuantificación, teniendo en cuenta las siguientes pautas:

a) Se calcularán con sujeción estricta al contrato los honorarios que debió haber percibido el contratista y que no recibió por el incumplimiento de la entidad contratante.

b) Al monto de tales honorarios se deducirán los gastos efectuados por el contratista por concepto de impuestos de timbre, publicación en el Diario Oficial, cauciones o garantías.

c) Se deducirán los gastos necesarios realizados para la planeación del trabajo y los incurridos en contratación de personal para el mismo fin.

d) Se restará el costo de confección de planos por parte del contratista y del tiempo que no fue necesario que él empleara, por no haberse verificado el trabajo.

La Suma resultante de tales operaciones representará el perjuicio causado, en su valor histórico.

Este valor no podrá ser inferior a la mencionada cantidad de $1'519.104.oo ni superior al 10% pactado como honorarios, según la cláusula cuarta (4a.) del contrato. (fl. 7, C.1).

e) Mediante prueba documental, testimonial y pericial, preferencialmente, se determinó lo anterior.

f) Como el demandante así lo pidió en su libelo introductorio, la suma resultante se actualizará, conforme a la fórmula acogida jurisprudencialmente que se enuncia así:

$$Vp = S \frac{Indice\ final}{Indice\ inicial}$$

En donde Vp es el valor presente, actual, de la suma a indemnizar.

S: La suma resultante del perjuicio, obtenida conforme a las bases señaladas.

Indice inicial: El señalado por el DANE para los mismos precios, a la fecha de ejecutoria de este fallo.

h) Sobre la suma así deducida se calculará un interés del 6% anual durante el período comprendido entre le 26 de mayo de 1986 y la fecha de ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta que el daño se materializó en aquella fecha, como se explicó atrás.

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

FALLA:

PRIMERO: Confírmese la sentencia del 9 de junio de 1989 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia, en sus ordinales primero (1º), segundo (2º), cuarto (4º) y quinto (5º) y se revoca el tercero (3º) el cual quedará así: "Condénase en abstracto al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia a pagar al señor JAIME MORA RAMIREZ, los perjuicios materiales que se le causaron por el incumplimiento del contrato a que se refiere el ordinal 1º de esta providencia, los cuales se liquidarán siguiendo las pautas fijadas en la parte motiva y mediante el incidente del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil".

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 5 de abril de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala (Con aclaración de voto); *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta,* Con aclaración de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento/ **INDEMNIZACION DE PERJUICIOS** (Aclaración de voto)

El contratista que demanda indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato puede reclamar los perjuicios que ese incumplimiento le produjo, pero no más. No puede reclamar como perjuicios los gastos que tuvo que hacer para contratar, porque si no los hubiera hecho, ni siquiera habría sido contratista. En esa pretensión indemnizatoria no pueden estar incluidos los gastos que tuvo que hacer para contratar, porque el hecho de celebrar el contrato no es fuente *"per-se"*, de perjuicios. En otras palabras, el contratista puede reclamar perjuicios por incumplimiento porque ostentaba ese carácter, no porque tuvo que efectuar gastos para ser contratista. Si no lo fuera ni siquiera estaría legitimado para demandar.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente No. 5916. Actor: Jaime Mora Ramírez.

Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria, pero solo en cuanto dice revisar jurisprudencia de esta misma sala relacionada con la reclamación que hace el contratista que pretende como indemnización de perjuicios que se le reconozcan los gastos que tuvo que efectuar para poder contratar con la administración; gastos normales para todo participante en una licitación o concurso.

La discrepancia es teórica porque aquí la conclusión se ajusta a la jurisprudencia tradicional, ya que como se observa en la pauta del literal b) esos gastos de

timbre, publicación en el Diario Oficial, cauciones y garantías se descuentan del valor de los honorarios que se reconocen como indemnización (pauta a).

No es cierto que cuando la jurisprudencia afirma que esos gastos no constituyen perjuicios indemnizables porque ese pago permite al contratista no solo ser el adjudicatario del contrato, sino que le da la posibilidad de cumplirlo o de exigir indemnización de perjuicios a la entidad contratante, equivale a decir "que ellos son el precio que se paga para poder demandar", porque esta conclusión no tiene lógica ni racionalidad. La tesis tradicional significa algo más simple y obvio:

El contratista que demanda indemnización de perjuicios por el incumplimiento de un contrato puede reclamar los perjuicios que ese incumplimiento le produjo, pero no más. No puede reclamar como perjuicios los gastos que tuvo que hacer para contratar, porque si no los hubiera hecho, ni siquiera habría sido contratista. En esa pretensión indemnizatoria no pueden estar incluidos los gastos que tuvo que hacer para contratar, porque el hecho de celebrar el contrato no es fuente, *per se*, de perjuicios. En otras palabras, el contratista puede reclamar perjuicios por incumplimiento porque ostentaba ese carácter, no porque tuvo que efectuar gastos para ser contratista. Si no lo fuera ni siquiera estaría legitimado para demandar.

Con la idea del fallo, según su lógica, los licitantes vencidos podrían reclamar la indemnización por los gastos que tuvieron que efectuar para licitar o concursar. Y es sabido que estos gastos no se le devuelven a nadie.

No significa, pues, la tesis tradicional que esos gastos son el precio que se paga por poder demandar. No, esos gastos son sólo parte de los requisitos que debe llenar todo licitante para poder aspirar a ser el adjudicatorio del contrato que, una vez perfeccionado y puesto en ejecución, le da al contratista cumplido o que se allanó a cumplir el derecho a exigir la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la otra parte contratante.

Sobra recordar que las acciones contractuales de cumplimiento, terminación o resolución, indemnización o responsabilidad parten no solo del supuesto de la existencia de un contrato válido, sino de la de un conflicto nacido con posterioridad a su celebración.

Y si el conflicto nace luego de su celebración, en la etapa de ejecución, no puede entenderse cómo los perjuicios puedan tener origen antes del conflicto y menos que su causa sea el hecho de la celebración del contrato.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá D.E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa (1990).

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento/ **INDEMNIZACION DE PERJUICIOS** (Aclaración de voto)

No hago mía la perspectiva jurídica que se recoge en un aparte de las consideraciones del mismo, donde se afirma que ha llegado el momento de revisar la pauta jurisprudencial que define que no constituyen perjuicios los gastos en que incurre el licitante vencido, que luego demanda la nulidad de la licitación.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Referencia: Expediente No. 5916. Actor: JAIME MORA RAMIREZ

Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Comparto la decisión que a la luz de la ley y el derecho se recoge en la parte resolutiva del fallo, pero debo dejar en claro que no hago mía la perspectiva jurídica que se recoge en un aparte de las consideraciones del mismo, donde se afirma que ha llegado el momento de revisar la pauta jurisprudencial que define que no constituyen perjuicios los gastos en que incurre el licitante vencido, que luego demanda la nulidad de la licitación. En esta materia hago mía la argumentación que se recoge en la aclaración de voto suscrita por el Consejero doctor Carlos Betancur Jaramillo, que obra dentro del informativo.

Estimo, igualmente, que la sentencia crea, en esa materia, falsas expectativas, pues al leerla se tiene la impresión de que se va a hacer el reconocimiento correspondiente a tales rubros, pero al final no resulta así. Dentro de este marco bien podría concluírse que carece de lógica jurídica.

En la Sala propuse, pero no se decidió así, que se enviara copia de la presente sentencia a la Procuraduría General de la Nación para que, si lo consideraba del caso, ordenara que se investigara la conducta de los directivos del FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, que sin existir lote, decidieron licitar la construcción de la cárcel de Leticia (Amazonas). En otras palabras "ensillar antes de traer las bestias". Esa conducta negligente torpe, llevó al referido centro de imputación jurídica a incumplir sus obligaciones. Esta la razón de la condena que se hace en el fallo. Pienso que es deber del Juez ordenar en situaciones como la comentada, que ellas se investiguen para tranquilizar al menos la conciencia ciudadana que a diario se queja de lo oneroso de las condenas proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, D.E., veintisiete (27) de abril de mil novecientos noventa (1990).

CONSULTA/ CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL

El grado de consulta no obstante implicar un cierto privilegio, por esto mismo debe interpretársele rigurosamente, es decir, que se debe aplicar dentro de los límites estrechos en que lo concibió el legislador. Esos límites los marca el artículo 184 del C.C.A. por su objeto: que se trate de sentencias o autos de liquidación de éstas, que impongan, ellos o aquéllas una obligación a cargo de cualquier entidad pública; y, por su oportunidad: cuando no fueren apeladas, de tal manera que si esos límites se traspasaren en alguna forma el remedio estaría en declarar nulo lo actuado por cuanto habría una falta de competencia funcional por parte del juzgador que así procediera.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.

Referencia: Expediente No. 5922. Actor: CARLOS ARRIGUI CALDERON Y O.

Conoce la Sala del recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de 25 de enero del año en curso por medio del cual se resolvió dar traslado a las partes por el término de cinco días, para los efectos del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo.

Para resolver se considera:

1o. La apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá con fecha 29 de julio de 1989.

2o. El recurso fue concedido por el a-quo y llegado a esta superioridad se dispuso (auto de fecha 7 de diciembre de 1989) dar traslado al recurrente para que sustentara el recurso, lo que no hizo.

3o. Con base en tales antecedentes, el señor Consejero conductor de esta instancia expresó que "sin embargo (de lo anterior) teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 184 del C.C.A. la sentencia deberá ser consultada", por lo cual resolvió en la forma anotada al comienzo.

4o. La recurrente en súplica (parte actora) considera que el auto debe ser revocado porque, en su concepto, de acuerdo con el artículo 51 del Decreto 2304 de 1989, que subrogó al 212 del C.C.A., ante la falta de sustentación del recurso de apelación ha debido declarar desierta la apelación y ejecutoriada la sentencia, crítica, entonces que en su lugar hubiera decidido darle trámite a la consulta de la sentencia, aplicando lo dispuesto por el artículo 184 del mismo Código pues "En el hecho, en realidad, se ha realizado el indebido ensamble de dos procedimientos, previstos en dos normas legales diferentes: el artículo 51 precitado, por una parte, y, por otra, el artículo 184 del C.C.A., lo cual es completamente injurídico.

"Y es injurídico, entre otras razones porque siendo el recurso de apelación de la sentencia, enteramente distinto a la consulta de ella, cada uno tiene su trámite señalado en el Código Contencioso Administrativo, como bien lo demuestran los artículos 51 precitado y el 184 del C.C.A.".

Más adelante dice que del auto suplicado se desprende que la administración o el Estado tiene a su disposición dos recursos: el de apelación y el de súplica, que pueden ser utilizados por aquella para que la sentencia sea estudiada por el Consejo de Estado. "Esa novedosa tesis jurídica está demostrada por el texto del auto suplicado, por cuanto ésta acepta y sostiene que si la administración, en tiempo oportuno, no sustentó el recurso de apelación de la sentencia, esa conducta no tiene la consecuencia ordenada por la ley (artículo 51 precitado) o sea la declaratoria de quedar desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia, sino, y bien por el contrario, de beneficiarse, acto seguido con la CONSULTA, de la misma sentencia".

Expresa, entonces, la libelista que "no cree en la existencia de esa duplicidad de recursos para un mismo fin u objetivo" porque para que proceda la consulta se requiere, de acuerdo con el artículo 184 del C.C.A., como condición, que la sentencia que imponga una obligación a cargo de cualquier entidad pública o el auto de liquidación de una condena en abstracto de la misma naturaleza, no fueren apelados por la administración y concluye: "Esta es condición muy clara y concreta". "De ella se desprende, en consecuencia lógica, QUE SI LA ADMINISTRACION APELO LA PROVIDENCIA RESPECTIVA, NO EXISTE LA OBLIGACION DE CONSULTAR CON EL SUPERIOR TAL PROVIDENCIA".

Para finalizar, se pregunta sobre cuál es el juez competente, cuando, como es el caso aquí -anota- "para conceder ese recurso, como para conceder el de apelación?", para responderse que es el Tribunal Contencioso Administrativo, lo que la lleva a afirmar que como en el presente caso el Tribunal no concedió el recurso sino que lo hizo el Consejo de Estado, en Sala Unitaria con lo cual "no sólo esta incurriendo en un yerro jurídico evidente, sino que está generando una nulidad palmaria".

5o. En realidad el señor Consejero Ponente al dictar el auto suplicado en la forma como lo hizo siguió una jurisprudencia constante de esta Corporación. Quien aparece como ponente de la presente providencia, actuando en Sala Unitaria también aplicó la misma doctrina que ahora se cuestiona cuando en el proceso correspondiente al Expediente 5630, Actor: María Elvia Cesar Monroy y otro, decretó con fecha 18 de agosto de 1989 la nulidad del auto probatorio de una liquidación de condena en abstracto que había proferido el Tribunal Administrativo de Santander.

El citado caso había llegado a esta Corporación para surtirse el grado de consulta, del auto de liquidación de una condena en abstracto contra la Nación -Ministerio de Defensa y Policía Nacional-, proferida por el citado Tribunal Administrativo de Santander, la que había sido apelada y la apelación, como en el sub-lite, no había sido sustentada por lo cual el entonces Consejero Ponente doctor Jorge Valencia Arango declaró desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia por lo que el proceso regresó al ***a-quo,*** donde, entonces, se tramitó el incidente de liquidación. En dicho auto, se dijo que el Tribunal había pretermitido la segunda instancia, constituida en ese caso por el grado de consulta y luego de explicar el fundamento que tiene la consulta (tutelar el patrimonio del Estado y de las entidades públicas, formado por las contribuciones de todos los asociados, que se ve afectado por un fallo adverso) y que ella procede aun contra sentencias de condena en abstracto, se agregó: "Claro está que el Tribunal incurrió en dicha pretermisión por el error que se cometió por el ***ad-quem*** al declarar desierto el recurso de apelación, en lo que hizo bien, y consecuencialmente declarar ejecutoriada la sentencia, en lo que hizo mal, porque lo correcto ha debido ser que procediera a darle trámite al grado de consulta que ordena la ley...".

Cree la Sala y con ella, naturalmente el ponente, que es el caso de revisar dicha doctrina porque la considera errada a la luz de las siguientes reflexiones:

a) Es cierto que el grado de consulta está instituido como una forma de proteger el patrimonio del Estado en general o de las entidades públicas en particular, pero es claro que esta clase de tutela no puede ejercitarse sino dentro de los precios límites que el legislador ha instituido, limites que no son otros que los constituidos por aquellos casos en que quien represente a tales entidades en los respectivos proceso no apele, porque así lo dice expresamente el artículo 184 del C.C.A.

No podría decirse que porque el recurso se declare desierto no hubo apelación porque precisamente la deserción supone que el recurso se ejercitó.

b) Se ha dicho que para que un sistema pueda considerarse como Estado de Derecho debe incluir, como mínimo, una diferenciación en los procedimientos para legislar, administrar y dirimir las controversias judiciales (R. Unger, Law in Modern Society, pgs. 177-78, citado en intervención Presidencial en la Economía y el Estado de Derecho, R. Findley, F. Cepeda Ulloa y N. Gamboa Morales, Universidad de los Andes, Bogotá 1983 pag. 169). Desde cuando Locke y Montesquieu, fundados en ideas sugeridas por filósofos griegos, sistematizaron la concepción de un Estado dividido en tres poderes separados o independientes entre sí como manera de lograr que "el poder detenga el poder" según expresión del señor de Secondat, dejo de hablarse de un poder, rama o función cuya misión fuera defender las prerrogativas o las actuaciones de las otras dos, sin perjuicio de que eventualmente puedan colaborar entre sí "en la realización de los fines del Estado" como lo prescribe la Constitución Política de nuestro país (artículo 55).

Pero como además el Estado de Derecho implica que nadie, ni los mismos poderes estén por encima de la ley, los sistemas inspirados en dicha concepción han venido perfeccionando formas de control judicial para los actos o hechos de los otros dos poderes, a los cuales, a su vez, se les han otorgado medios (políticos y administrativos) para vigilar los excesos en que la jurisdicción puede incurrir. Como lo concebía el constituyente americano Alexander Hamilton en 1787, se trataba y se trata de construir un sistema de pesos y contrapesos que equilibre a cada una de las ramas del poder público de manera que ninguna esté por encima de las otras, porque en palabras de Lord Acton, el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente.

Bajo esta concepción juspolítica los sistemas de derecho anglosajón se mostraron contrarios a una organización de la jurisdicción en la cual el control por ella de los actos de la administración se efectuará por Tribunales distintos de los mismos que definieran los conflictos entre particulares, por razón del esencial e igual sometimiento del individuo y del Estado, en conjunto o en varias partes, a la ley.

Por el contrario, en los sistemas de derecho escrito, que irónicamente fundan su razón en el derecho romano, porque precisamente no tuvo origen escrito sino jurisprudencial -las decisiones de los pretores-, se prefirió crear una jurisdicción especial -mejor sería hablar, de jueces especiales dentro de la jurisdicción que es única- y así nació la que por influencia francesa, en especial, se ha dado en llamar jurisdicción contencioso administrativa encargada de conocer las causas originadas en la actividad de la administración como tal, distinguiéndola de aquellos casos en que actúa como un particular.

En principio, escapa a los términos de una decisión jurisdiccional hacer un recuento pormenorizado de la manera como evolucionó el último de los sistemas hasta llegar a la que hoy se conoce con ese nombre de jurisdicción contencioso administrativa pero dentro de la generación de los principios enunciados subyace

la idea según la cual "***Es de la esencia del sistema democrático*** la garantía constitucional de un ***juzgador independiente***. La limitación a la revisión judicial, en beneficio de la Administración y en desmedro de los particulares, es característica de la negación del Estado de Derecho", para usar palabras del profesor José Roberto Dromi (Manual de Derecho Administrativo, Tomo I, pag. 66, Ed. Astreín Buenos Aires 1987, subrayas del autor) debiendo agregarse que la misma negación se presentaría en una concepción de este juez especial cuando se le imaginara como el encargado de proteger a la administracion o de privilegiar a ésta, en algún sentido.

En el fondo se trató, con la creación de estos jueces especiales, de separar sus funciones por la materia sobre la jurisdicción, que es única, se ejerce.

"Se debe, sin embargo, excluír que la distinción entre jurisdicción civil y jurisdicción administrativa esté basada sobre la contra posición entre derecho privado y derecho público, en forma que la jurisdicción civil pueda considerarse como limitada a las solas causas sobre relaciones de derecho privado, y que como materia de justicia administrativa puedan considerarse todas las causas sobre relaciones de derecho público". (Piero Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil Vol. I, No. 42, Ed. Ejea, Buenos Aires 1973).

Retomando la idea sobre la necesaria independencia de la jurisdicción debe observarse que ella en nuestro país "está instituida por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas" como reza la primera parte del artículo 82 del C.C.A. (tal como quedó subrogado por el artículo 12 del Decreto Ley 2304 de 1989). Y si como uno de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, aquel Código dijo que en virtud del de imparcialidad "las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de las personas sin ningún género de discriminación" (artículo 3 ib.), con cuanta mayor razón él debe aplicarse a las actuaciones de la jurisdicción contencioso administrativa, en relación tanto con los particulares como con la administración considerada como parte igual.

Encuadrando el grado de consulta dentro de los principios generales expuestos puede verse no obstante implicar un cierto privilegio, por estos mismo debe interpretársele rigurosamente, es decir, que debe ser aplicar dentro de los límites estrechos en que lo concebió el legislador.

Esos límites los marca el artículo 184 de nuestra codificación contenciosa administrativa por su objeto: que se trate de sentencias o autos de liquidación de éstas, que impongan, ellos a aquéllas una obligación a cargo de cualquier entidad pública, y, por su oportunidad: cuando no fueren apeladas de tal manera que si esos límites se traspasaren en alguna forma el remedio estará en declarar nulo lo actuado por cuanto habría una falta de competencia funcional por parte del juzgador que así procediera.

Y lo anterior fue lo que acaeció en el sub-lite, cuando a pesar de que la entidad pública a quien se le impuso una obligación en sentencia del a-quo apeló, se decidió darle trámite a la consulta.

El hecho de haberse decidido que ese trámite procedía porque la entidad pública no sustentó la apelación como le correspondía, no es obstáculo a la conclusión a que llega la Sala porque el inciso 2º artículo 212 del C.C.A., tal como fue subrogado por el 51 del Decreto 2304, que en este sentido nada varió del texto original, establece que en este evento el juzgador "declarará desierto [el recurso] y ejecutoriada la sentencia", sin distinguir, claro está, entre sentencia que hubiere impuesto una obligación a cargo de la entidad o no lo hubiere hecho. Y es justo que así sea, porque como está implícito en lo expuesto más arriba, la jurisdicción contencioso administrativa no está instituida, por lo menos en nuestro país, para defender a la administración sino para ejercer justicia en los casos originados en su actividad o en el de las personas que desempeñen funciones administrativas.

A mayor abundamiento, frente a los preceptos contenidos en los artículos 184 y 212 del C.C.A., puede decirse que la administración colocada enfrente a una sentencia que la imponga una obligación, puede adoptar una de dos posiciones: o apelarla o dejar que se surta la consulta y si opta por lo primero deberá fundamentar el recurso, con la consecuencia que el legislador (que es el competente para hacerlo, por lo demás) ha señalado: su declaratoria de desierto y la ejecutoriedad de la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Revocase el auto del 25 de enero de 1990, proferido en Sala Unitaria por el señor Consejero conductor del proceso, motivo del recurso de súplica interpuesto por la parte actora dentro del proceso referenciado por haberse incurrido en la causal de nulidad de que trata el artículo 1522 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo y en su lugar declárase desierto el recurso de apelación incoado por la representante judicial de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, en este mismo proceso, la que se declara ejecutoriada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 3 de mayo de 1990.

Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Con salvamento de voto;

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONSULTA/ CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ PRINCIPIO DE LA BUENA FE (Salvamento de voto)

La providencia condenatoria tiene que ser revisada por el superior, ora a través del recurso de apelación, ora a través del grado de consulta. Lo que sí no previó el legislador, fue la solución para el evento de que fuera la propia administración, a través de sus representantes, la que diera lugar a una conducta confusa, equívoca o maliciosa, como es la que se registra en la práctica cuando éstos apelan del proveído, pero luego no sustentan el recurso, o desinten de él. Transitando por esta vía, se logra que la providencia respectiva no sea revisada por el ad quem, situación que es la que se consolida con el auto de la Sala, pues así queda la justicia general vencida y los derechos de la comunidad burlados.

Como considero que el derecho no es sólo la ley, estimo que en casos como el presente se debe dar aplicación al PRINCIPIO DE LA BUENA FE, que ordena rechazar las conductas confusas, equívocas o maliciosas.

SALVAMENTO DE VOTO
DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Referencia: Expediente No. 5922. Actor: LUIS CARLOS ARRIGUI CALDERON Y OTROS. Demandante: LA NACION -MINISTERIO DE DEFENSA.-

Con toda consideración por la decisión tomada por la mayoría, me separo de ella, por las razones que se recogen dentro del siguiente universo:

De la CONSULTA se enseña que no es un RECURSO sino un grado de competencia funcional, que tiene como fundamento "...el interés público, a fin de tutelar al Estado y las entidades territoriales de derecho público, ya que su patrimonio está formado por los asociados a través de tasas e impuestos..." (Curso de

Derecho Procesal Civil. Parte General. Editorial A.B.C. 1.985 Dr. Hernando Morales Molina).

En el fondo de esa perspectiva jurídica se recoge una profunda enseñanza filosófica, que lleva a distinguir la justicia particular de la general. La primera tiene como objeto el derecho de otro a un bien que está en el patrimonio de su igual; la última tiene como objeto el derecho del OTRO A UN BIEN QUE ESTA EN EL PATRIMONIO COMUN. Esta verdad permite concluir que la justicia se compone de dos sujetos *IGUALES, PRIVADOS*, entre los cuales se establece una relación de IGUALDAD ESTRICTA ENTRE LO DEBIDO Y LO ENTREGADO, mientras que en la JUSTICIA GENERAL está siempre presente EL ESTADO, lo que explica que la igualdad proporcional se requiere entre LO DEBIDO, LO ENTREGADO y EL RESTO DE LA COMUNIDAD.

La realidad conceptual anterior explica que el legislador colombiano, con muy buen criterio, hubiese dispuesto en el artículo 184 del C.C.A., que: "Las Sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la administración".

A través de la literatura jurídica anterior se está significando, ni más ni menos, que la providencia a que se hace referencia en la normatividad, tiene que ser revisada por el superior, ora a través del recurso de apelación, ora a través del grado de consulta. Lo que si no previó el legislador, fue solución para el evento de que fuera la propia administración, a través de sus representantes, la que diera lugar a UNA CONDUCTA CONFUSA, EQUIVOCA O MALICIOSA, como es la que se registra en la práctica cuando éstos apelan del proveído, pero luego no sustentan el recurso, o desisten de él. Transitando por ésta vía, se logra que la providencia respectiva no sea revisada por el ad-quem, situación que es la que se consolida con el auto de la Sala que merece mis reparos, pues así queda LA JUSTICIA GENERAL, vencida, y los derechos de la comunidad burlados. Como considero que el derecho no es sólo la ley, estimo que en casos como el presente se debe dar aplicación al PRINCIPIO DE LA BUENA FE, que ordena rechazar las conductas confusas, equívocas o maliciosas. De lo contrario, el demandante bien puede resultar favorecido en detrimento del patrimonio de la comunidad, con el fallo, cuya apelación y consulta se hicieron nugatorias, por las razones ya explicadas. Como lo enseña WIEACKER, citado por Jesús González Pérez, en su obra EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, solamente la propia fidelidad jurídica puede exigir fidelidad jurídica.

Al permitirse el grado de consulta, de la sentencia, quien suscribe OBSERVA, después de estudiar el expediente, que ella ameritaba ajustes dentro del siguiente marco:

PRIMERO. No se ha debido hacer condena por perjuicios morales en favor de los hermanos, pues no se demostró el afecto que por pauta jurisprudencial de la Sala Plena, y también de la Sección Tercera, no puede presumirse. El *a-quo* se apoyó, para tomar su decisión, en el testimonio del señor MANUEL ANTONIO MOLANO CHACON, (Cdno 1, folio 86), que, en gracia de discusión, sólo favorece a MARIA GILMA ANDRADE, pues los demás hermanos beneficiados con el fallo ni siquiera son citados por sus nombres. El declarante se limitó a decir: "...Por lo que he observado durante el tiempo que vivo en la casa de Dña Ana de Andrade de Arrigui he visto que es una familia unida, es decir, que se ayudan mutuamente y en el momento del accidente todos llegaron a la casa y se han ayudado en una forma muy unida..." Quiénes son todos? Quiénes integran la familia unida? Lo ignora el sentenciador, Qué clase de ayuda se prestaban?

SEGUNDA. Ni la Sala Plena, ni la Sección, han condenado nunca al pago de ochocientos gramos (800) de oro puro para indemnizar los perjuicios morales de los hermanos. Por tal motivo, se ha debido revisar el monto fijado a favor de BERCELIA Y MARIA GILMA ANDRADE.

TERCERA. Como la apoderada del MINISTERIO DE DEFENSA no sustentó, dentro del término de ley, el recurso de apelación, se ha debido ordenar el envío de la actuación pertinente al Tribunal Superior, para que se investigara la conducta profesional de la Dra. ALBA TERESA RINCON DE ALVAREZ, por negligencia en el cumplimiento de sus deberes. En esta materia el profesor Rodolfo Luis Vigo, en su obra "ETICA DEL ABOGADO. CONDUCTA PROCESAL INDEBIDA", Editoral, Abeledo Perrot, pag. 104 enseña:

> "La negligencia consiste en no satisfacer exigencias definidas por el derecho positivo, y que trae aparejada la frustración de actos procesales cuya realización se intentaba. Tales conductas no trascienden a la contraparte ni le provocan un daño, el perjuicio directo lo padece la propia parte negligente no logrando la concreción de lo pretendido. La ética profesional no aparece desinteresada del tipo de estos comportamientos dado que exige al abogado que conozca las normas jurídicas y actúe en consecuencia, y en la medida en que nos encontremos con una capacitación inadecuada o con una atención indebida a la causa encomendada estaremos frente a una falta a aquella ética. En definitiva, las conductas negligentes plantean un triple problema valorable éticamente, por un lado está en juego la relación del abogado con su cliente que le confiara la defensa procesal de su interés; en segundo lugar la situación del abogado, que carece de la información normativa jurídica suficiente o que actúa como tal, y finalmente la relación del abogado con el Juez, encargado de la causa, atento a que el orden y seriedad del proceso exige que los pedimentos respondan a la fundamentación de hecho y derecho aconsejable".

La conciencia ciudadana suele quejarse de lo oneroso que resultan las condenas para la administración, en casos como el presente. Ella debe, sinembargo, enjuiciar también la forma como los centros de imputación jurídica demandados

suelen atender a la defensa de los intereses de la comunidad. en muchos casos no contestan las demandas, no proponen excepciones, no concurren a la práctica de las pruebas, no alegan de conclusión, y finalmente, no sustentan los recursos, cuando excepcionalmente apelan, produciéndose el resultado final que se recoge en la providencia de tres de mayo de 1990, que merece mis reparos a la luz de la ley y el derecho.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

Bogotá, D.E., mayo catorce (14) de mil novecientos noventa (1990).

LIQUIDACION DEL CONTRATO/ CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA

La jurisprudencia de esta Sección ha reiterado que a falta de un acuerdo entre los contratantes sobre la liquidación del contrato corresponde a la administración efectuarla, en forma unilateral, y que si ésta no lo hace puede ocurrirse ante esta jurisdicción para que, como juez del contrato, proceda a hacerla, determinando quién debe a quién, cuánto y por qué conceptos.

En el caso de autos, habiéndose extinguido el contrato por vencimiento del término pactado sin que las partes se hubieren avenido a un arreglo y no habiéndose liquidado el contrato con la administración unilateralmente, compete su liquidación a esta Corporación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: ***Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.***

Referencia: Expediente No. 2950 (123). Actor: ALVARADO & DURING LTDA.

Procede la Sala a dictar sentencia en el proceso contractual incoado por la Sociedad ALVARADO DURING LTDA. contra la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA -COLPUERTOS-.

I - *PETITUM*

En demanda presentada el 23 de abril de 1980, el apoderado de la sociedad demandante, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que se declara que la Empresa Puertos de Colombia -COLPUERTOS- incumplio el contrato Nº 77 de fecha 26 de Mayo de 1977, celebrado con la firma Alvarado & During Ltda.

"2. Que se condene a COLPUERTOS al pago de las sumas que resulten a su cargo por concepto del costo real, tal como se lo define en el Contrato, de las obras y trabajos ejecutados por ALVARADO & DURING LTDA. en desarrollo del mismo contrato.

"3. Que se condene a COLPUERTOS al pago de los perjuicios de todo orden ocasionados a mi poderdante por el incumplimiento del contrato, incluyendo el daño emergente, el lucro cesante y el "daño moral (lesión del "good will" empresarial), actualizándolos por concepto de corrección monetaria a la fecha en que quede en firme la sentencia.

"4. Que el Consejo de Estado liquide el contrato, determinando el monto total de las sumas que COLPUERTOS adeude a ALVARADO & DURING LTDA. por razón del contrato, incluyendo el costo real de las obras y trabajos ejecutados por ésta, tal como se define "costo real" en el contrato o mediante utilización de cualquier sistema equitativo que incluya el valor de los costos de administración y el de las utilidades legítimas del contratista, y que incluya además el valor de las retenciones, las indemnizaciones por incumplimiento, la corrección monetaria, los intereses por mora y todo otro cargo que de acuerdo con el derecho y la equidad deba ser reconocido en favor de mi mandante y a costa de la empresa demandada. Subsidiariamente solicito que el H. Consejo de Estado ordene a COLPUERTOS la liquidación del contrato, fije las bases de tal liquidación y le señale sanciones pecuniarias a la mora en cumplimiento de tal decisión.

"5. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término no establecido por el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, y que fije una tasa de intereses moratorios para el caso de que COLPUERTOS no cumpla la sentencia dentro del término antedicho". (folio 3 fte. y vto. Tomo IV).

II - *CAUSA PETENDI*

Como fundamento fáctico de las pretensiones, el autor del libelo, expresó lo siguiente:

"1. La EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA -COLPUERTOS-, con base en un estudio y diseño realizado para ella por la firma "Hidroestudios", abrió la licitación pública No. 247-07-76-BID con el objeto de contratar la reparación de los atracaderos 1, 2 y 3, y de las líneas férreas frente a las bodegas 1 y 2 del Terminal Marítimo de Santa Marta.

"2. Por Resolución No. 026 del 7 de marzo de 1977, originaria de la Gerencia General de COLPUERTOS, se adjudicó la licitación a la firma ALVARADO & DURING LTDA.

"3. Con fecha mayo 26 de 1977, PUERTOS DE COLOMBIA & ALVARADO DURING LTDA. suscribieron el contrato No. 77/19 para la reparación a precios unitarios reajustables, de los atracaderos y líneas férreas antes mencionados. Las cantidades de obra estimadas y los precios unitarios se relacionaron en la cláusula segunda del documento, y de acuerdo con este contrato y sus anexos:

"a) Se estimó el valor de las obras en $14'089.105.20 y se estableció que el valor real resultaría de la aplicación de los precios unitarios a las cantidades de obran (sic) que se ejecutaran, ajustándolo mediante la aplicación de una fórmula matemática de reajuste de precios (Cláusula 2a., 4a., y 15a. del contrato; Pliego de Condiciones, Condiciones Generales, Pág. II-5).

"b) Se convino el pago de un anticipo por valor de $2'817.821,04 (20% del valor estimado del contrato), en la fecha en que se formalizara el contrato y se constituyera por el Contratista la garantía de cumplimiento. Los demás pagos se harían mensualmente, de conformidad con las actas de obra ejecutada, deduciendo de su valor un porcentaje para amortización del anticipo (20%) y una retención pagadera a la liquidación del contrato (5%). (Cláusula 3a. del contrato).

"c) COLPUERTOS podía exigir al Contratista la ejecución de trabajos adicionales ("aquellos para los cuales existe precio unitario en el contrato pero cuya cantidad ha variado") o de trabajos complementarios ("aquellos no previstos en la cláusula segunda, que sea necesario ejecutar en desarrollo de la obra y cuyos precios no están fijados en el contrato"). Para la ejecución de trabajos complementarios se convino que en el caso de COLPUERTOS y el Contratista no llegaran a un acuerdo sobre su precio, COLPUERTOS los pagaría por su *costo real,* definiéndose "costo real" como "los gastos por concepto de equipo directamente aplicado a la obra según tasas fijadas por la EMPRESA y por materiales, suministros, mano de obra y prestaciones sociales y remuneración adicional del 20% por razón de cualesquiera otros costos". (Cláusula 5a. del Contrato).

"d) El Contratista iniciará los trabajos dentro de los 15 días siguientes al recibo del anticipio (ya que a su vez pagaría en la fecha de perfeccionamiento) y tendrán un plazo de 300 días solares para la terminación de las obras (Cláusula 15a. del Contrato).

"e) Dentro de las facultades del Interventor se incluyó la de ordenar al Contratista hacer los aumentos de personal o de elementos de trabajo que aquel considerase necesarios para acelerar las obras (Cláusula 15a. del Contrato).

"f) La liquidación del contrato se haría entre el Interventor y el Contratista, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 191, 192 y 193 del Decreto 150 de 1976, y requeriría para su validez la aprobación de la Gerencia General de COLPUERTOS. (Cláusula 21a. del Contrato).

"g) COLPUERTOS suministraría al Contratista las defensas de caucho para los atracaderos, los aditivos indicados en las especificaciones (Pliego de Condiciones, III G) así como materiales de carrilera.

"h) El Contratista, durante 15 días, debería efectuar experimentaciones para organizar sus métodos de trabajo no habria de tener medida especifica, y COLPUERTOS pagaría por ella un precio global de $50.000.oo (Pliego de Cargos, 6.1.5; Contrato, Cláusula 2a.). Este precio compensaría "los costos de administración, dirección, imprevistos y utilidad del Contratista, mano de obra y equipo necesario para experimentar los métodos de trabajo de la reparación durante 15 días hábiles" (Pliego de Cargos, 6.1.7).

"i) La limpieza de armaduras existente utilizables ("Se entiende por armaduras utilizables, las varillas que se encuentran embebidas dentro del concreto sano en el momento de la reparación") debería hacerse "cuidadosamente a mano utilizando gratas o lijas" (Pliego de Cargos 6.2.3.3).

"j) Las armaduras expuestas en las losas y vigas y las cabezas de los pilotes deberían recubrirse con "mortero epóxico", consistente "en la mezcla del aditivo plastificante retardador y del aditivo emulsionado acrílico sintético en las proporciones que determine el fabricante para morteros de proporción 1:3 (cemento arena)" (Pliego de Cargos 6.4.4.2.). La preparación y colocación de morteros epóxicos se pagaría a los precios unitarios consignados en el capítulo IV del formulario de precios del Contrato. Estos precios unitarios compensarían todos los costos de administración, dirección, imprevistos y utilidad del Contratista, el suministro de todos los materiales necesarios (con excepción de los aditivos), mano de obra y equipo.

"k) COLPUERTOS podría hacer cambios dentro del alcance general del contrato, en el diseño, en los planos o en las especificaciones, y se dispuso que si alguno de tales cambios ocasionara aumento o disminución en el costo del contrato o en el tiempo necesario para ejecutar el trabajo "se hará un reajuste equitativo del precio del contrato o del programa de trabajo o de ambos, el presente contrato se modificará en concordancia por escrito por medio de una Contrato Adicional suscrito entre las partes que deberá ser aprobado previamente por el Gerente General o la Junta Directiva, según la cuantía de la modificación" (Contrato, Cláusula 12a.).

"4. El proyecto que debía ejecutar ALVARO & DURING LTDA, preveía que los trabajos se acometerían por el lado de los atracaderos que dá contra el mar. Sin embargo, COLPUERTOS no pudo entregar los muelles al Contratista en la oportunidad prevista, por cuanto los trabajos propios de cargue y

descargue de buques no permitían la iniciación de trabajos por el lado mar. (El Subgerente Técnico de COLPUERTOS, en comunicación del 25 de enero de 1978, explicó al contratista la demora en entregar zonas de la siguiente manera: "Lo anterior no fue posible durante el año y consideramos que así lo entendieron ustedes, dada la emergencia que se presentó en ese entonces por el inusitado volumen de carga que fue preciso manejar y que hacía imposible suspender la operación de un atracadero por un tiempo largo, sopena de graves consecuencias tanto para la Empresa como para la economía del país"). Sólo hasta el 1o. de agosto de 1977, y cuando el Contratista aceptó hacer la obra trabajando por el lado tierra, se firmó el acta de iniciación de obras. Trabajar desde el lado tierra implicaba para el Contratista incurrir en mayores costos, por cuanto debía hacer trabajos de excavacion, de rompimiento y luego de reparación de las vigas de borde inerior en concreto reforzado, cuya parte inferior se encuentra a nivel de aguas medias del mar, de fabricación de equipo flotante adecuado para entrar debajo del muelle por las rendijas perforadas en el concreto, en reemplazo de las plataformas previstas en el contrato, de instalación de sistemas de iluminación, aire comprimido y agua dulce bajo los atracaderos, etc.

"5. ALVARADO & DURING LTDA. aceptó trabajar desde el lado tierra sobre la base de que se celebraría un contrato adicional de precios complementarios que la compensara de los mayores costos en que habría de incurrir. En cumplimiento de los así convenido, con fecha 31 de octubre de 1977 presentó a la consideración de COLPUERTOS el análisis de precios unitarios para los *ítems* no previstos en el contrato original.

"5.1. El Interventor aprobó los precios unitarios para el contrato adicional mediante télex de diciembre 6 de 1977.

"5.2. Por acta No. 21 de 1977 la Junta de Licitaciones y Contratos de COLPUERTOS aprobó el proyecto de contrato adicional. Este proyecto, que fue elaborado por el Jefe de la División de Ingeniería de COLPUERTOS, incluía las siguientes consideraciones:

"PRIMERA.- Que debido al movimiento de carga presente y futura, no se puede entregar al Contratista los muelles por períodos de 90 días, conforme lo expresa el Contrato No. 77/19.

"SEGUNDA.- Que tampoco es posible adelantar la obra usando como acceso a los trabajos el lado mar y las plataformas de madera previstas en el Contrato, puesto que este sistema no permite el atraque de buques en el muelle en que se esté trabajando y supone la entrega del mismo al Contratista durante tres meses.

"TERCERA.- Que en consecuencia los trabajos de reparación deberán programarse para ser ejecutados con los muelles en plena actividad y desde el lado tierra, abriendo comunicaciones a través de la viga borde inferior para

que todo el movimiento del personal, materiales y equipos se realice por esas ventanas, y pasando entre los pilotes con embarcaciones apropiadas que se puedan maniobrar por estos gálibos de 1.20 mts. entre pilotes.

"CUARTA.- Que al programar la obra de este modo, se hace necesario instalar ductos de aire y agua en tubería galvanizada para servir los tramos intermedios que hay entre ventanas abiertas en la viga de borde. Tambien se requiere instalar un buen sistema de iluminación porque las naves atracadas dejan el recinto en oscuridad completa.

"QUINTA.- Que la acción de socavación producida por el mar y debida: a las mareas de leva y a las turbulencias generadas por las hélices de los barcos, son de tal magnitud, que los gaviones de que trata el contrato, resultan ser unas estructuras demasiado débiles, muy inestables, e incapaces de cosntener (sic) el empuje de tierra y el ataque del mar. Este tipo de estructuras es de inferior categoría al enrocado existente, y no hay duda de que su deterioro inmediato no se haría esperar, debido al efecto de succión del mar y al rápido deterioro de las mallas de condinamiento. Por esta razón y otras de orden técnico es imperioso cambiar estas estructuras por sacos de gran tamaño de resinas sintéticas rellenos de concreto, que faciliten reconstruir el talud del enrocado original, al tiempo que conformen una estructura capaz de contrarrestar la acción del mar en la corona del enrocado y contener también el empuje de tierras de relleno detrás del muelle.

"SEXTA.- Que por las razones expresadas en los considerados 1, 2 y 3, las bases para las defensas de caucho no podrán ser fundidas in situ, como lo dice el contrato, y se deberá recurrir a un sistema de bases prefabricadas con herrajes apropiados para producir una unión segura del prefabricado a la viga del borde y de aditivos apropiados para la buena y rápida pega de los dos concretos.

"SEPTIMA.- Es necesario construir los drenajes de las líneas férreas paralelas a las bodegas 1 y 2, y dejar embebida en el concreto de la línea férrea la acometida eléctrica para el Casino.

"OCTAVA.- Que debido a razones técnicas y estructurales no es conveniente aplicar los morteros epóxicos con medios manuales y que tampoco es aconsejable porque es contrario a las normas técnicas, los sistemas de soldadura de las varillas de refuerzo establecidas en el contrato (...)".

"Este proyecto de contrato adicional establecía un mayor valor del contrato en $4'892.377.40 y disponía que el plazo de 300 días solares para la terminación de las obras se empezaría a contar a partir del perfeccionamiento del contrato adicional.

"5.3. Por carta de Subgerente Técnico de COLPUERTOS, fechada el 25 de enero de 1978, se informó a ALVARADO & DURING LTDA. sobre la apro-

bación del proyecto de contrato por parte de la Junta de Licitaciones. Lo mismo se confirmó en el "acta adicional de iniciación de obra" suscrita por las partes el 26 de enero de 1978.

"5.4. En acta suscrita por representantes de COLPUERTOS y ALVARADO & DURING LTDA. el día 30 de junio de 1978, se ultimaron detalles sobre los procedimientos a aseguir para la continuación de las obras materia del Contrato No. 77/19 (...) una vez terminada la etapa de experimentación de los nuevos sitemas de trabajo acordados entre las partes, como culminación de las gestiones que se vienen adelantando tiempo atrás para dar forma al contrato adicional, que deberá legalizar a continuación de obras adicionales y complementarias y la prórroga del plazo (...).

"A estas alturas, COLPUERTOS, había indicado al Contratista cerca de 40 modificaciones al contrato, lo que reflejaba claramente la imposibilidad de ejecutarlo en los términos originalmente pactados, toda vez que el pliego de condiciones que le sirvió de base contenía un sinnúmero de errores técnicos.

"5.5. El 10 de agosto de 1978, COLPUERTOS Y ALVARADO & DURING LTDA. celebraron un contrato adicional por el cual acordaron:

"Cláusula Primera.- Plazo: Prorrogar el plazo inicial hasta el 31 de octubre de 1978 mientras se elabora un contrato adicional que contemple las modificaciones necesarias, consideradas en principio en acta del 30 de Junio de 1978". Este contrato reprodujo textualmente las consideraciones primera a sexta del proyecto de contrato adicional aprobado por la Junta de Licitaciones de COLPUERTOS (ver 5.2), y añadió: "Séptima: Que dadas las consideraciones anteriores, se hace necesario incorporar dentro de los precios acordados en el contrato original los mayores costos que implica el movimiento de personal, materiales y equipos por entre las estancadas de pilotes y los espacios reducidos por debajo de las vigas cabezales, además de la dosminución que en el rendimiento de los trabajos significa el tener que adelantarlos con luz artificial debido a que los buques atracados a los muelles impiden la entrada de luz natural". Pero, llamativamente, suprimió este contrato las consideraciones de no alicar los morteros epóxicos con medios manuales. Esto último obedeció a razones que, como se verá, tuvieron gran peso en el desarrollo ulterior de la relación contractual.

"5.6. Transcurrió el período de prórroga y el proyecto de contrato adicional no recibió aprobación final por la Junta Directiva de COLPUERTOS. Este órgano directivo solo vino a pronunciarse el día 4 de abril de 1979, y esto para ordenar la liquidación del Contrato.

"Todo parece indicar que el proyecto de contrato adicional no fue siquiera presentado a la consideración de la Junta Directiva por una de dos razones: bien porque el Ministro de Obras Públicas, Salcedo Collantes, según explicaban funcionarios de COLPUERTOS, no quiso aprobar en reunión de Junta

Directiva de la Empresa ningún contrato a partir de abril de 1978, alegando como razón que se encontraba "*sub judice*"; bien porque el Interventor se interpuso en el camino del contrato, como lo asevera e su carta No. 078292 de marzo 7 de 1979: "Este proyecto de contrato no fue llevado a junta directiva porque el suscrito, al entrarse que sin su conocimiento y aprobación había introducido unos considerandos que modificaban ampliamente lo acordado y además un precio para mortero proyectado, dirigido a la subgerencia Técnica el oficio 071775 de enero 09 de 1978 expresando sus inquietudes por este hecho" De lo anterior se concluye que desde el 9 de Enero de 1978, el Interventor y el Subgenrente Técnico de COLPUERTOS decidieron no presentar el contrato a la Junta Directiva, y que durante más de un año obraron engañosamente frente al Contratista induciéndolo a confiar en la aprobación del contrato adicional sobre precios unitarios.

"6. De conformidad con las condiciones de la licitación, el Contratista debía realizar -como parte importante del objeto contractural- el recubrimiento de las estructuras de refuerzo del muelle con una tapa de mortero a base de cemento, arena y aditivos especiales. La capa de mortero, que debia tener un espesor de entre 5 y 15 cms. y que por tanto tendría un peso considerable, no habría de tener ningún soporte, y sólo se mantendría en su sitio dadas unas especiales características de adhesividad que le permitieran "colgar" de las superficies recubiertas.

"Los morteros a base de cemento presentan al comienzo del fraguado fenómenos de exudación por los cuales en la parte superior de la capa de mortero se forma una capa de agua, cuyo espesor es proporcional al de la capa de mortero. En un mortero de espesor requerido para los muelles, la exudación separa el concreto viejo del concreto que se aplica, impide su adhesión y provoca el desprendimiento. El aditivo que se requiere en este tipo de trabajos debe ser tal que no solamente le comunique al mortero una especial adhesividad, sino que tambien elimina la exudación que haría caer la capa de revestimiento al comienzo del fraguado.

"En el pliego de condiciones, COLPUERTOS se abstuvo de determinar exactamente la composición del mortero, que denonimó "apóxico" y la que describió como "la mezcla del aditivo plastificante retardador y del aditivo emulsionado acrílico sintético en las proporciones que determine el fabricante para morteros de proporción 1:3 (cemento-arena)". Tomó a su cargo el suministro de los aditivos y la instrucción del Contratista en las técnicas de preparación y aplicación del mortero y buscó la asesoría de una firma fabricante de aditivos: Sika Andina de Colombia.

"Obviamente, Sika Andina tenía interés en demostrar la idoneidad de sus productos, y ante los primeros fracasos de la experimentación recomendó nuevos productos de sus líneas de venta a COLPUERTOS. Esta, a su vez, obligó al Contratista a experimentar los diversos productos de Sika Andina,

mezclándolos en distintas proporciones al mortero y utilizando una variedad de técnicas de aplicación. Cuando quedó ampliamente demostrado que los aditivos retardadores previstos en el pliego de condiciones no conseguían el efecto buscado, se ordenó al Contratista experimentar con aditivos acelerantes de fraguado, también producidos por Sika Andina. Ningún aditivo de Sika Andina logró el resultado esperado por la firma asesora - vendedora y por COLPUERTOS- el Interventor, los pañetes se desprendían siempre, salvo aquellos que por razón de un fuerte acelerante se colgaron de las varillas y que, como es natural, presentaban una mínima condición de resistencia y adhesión, absolutamente deficiente.

"En la práctica, COLPUERTOS obligó al Contratista a extender el período de experimentación a todo el plazo del contrato y ha pretendido desconocer la responsabilidad económica que por ello le incumbe.

"El desacierto e irresponsabilidad con que COLPUERTOS elaboró el pliego de condiciones e intervino en el desarrollo del contrato, son tanto más inexcusables en cuanto -según tenemos conocimiento en la actualidad- COLPUERTOS contó, previamente a la elaboración del pliego de condiciones, con el estudio realizado por una firma consultora norteamericana, la Cristopher J. Foster Inc. de Nueva York, especialistas en investigaciones de ingeniería marina, que recomendó la utilización de un mortero preparado a base de resinas epóxicas, denominado Sikagard No. 694 que se estaba utilizando para la reparación de los muelles del puerto de Nueva York, y que era apropiado a las condiciones especiales del muelle de Santa Marta. A COLPUERTOS le sirvió el estudio de la firma especialista para bautizar con el nombre de morteros epóxicos los productos de Sika Andina que pensaba utilizar.

"Después de los ensayos realizados a costa del patrimonio de ALVARADO & DURING LTDA. en el muelle de Santa Marta, COLPUERTOS ha reconocido su error; pero no ante mi poderdante. En el contrato recientemente celebrado con la firma Paez & Asociados Ltda. para l reparación del muelle de Cartagena, COLPUERTOS estableció que los pañetes deberán hacerse con resinas epóxicas de las recomendadas por la firma consultroa norteamericana Cristopher J. Foster Inc.: el Sikagard 694.

"7. Durante el desarrollo del contrato se encontró una técnica apropiada para la utilización de morteros a base de cemento: se traraba del "concreto lanzado" o "concreto proyectado". Este es un mortero muy seco, con una bajísima relación agua-cemento para minimizar la exudación de la mezcla. El procedimiento de concreto lanzado consiste en mezclar en seco, en una concretadora corriente, arena seca, cemento y un fuerte acelerante de fraguado en polvo. Este compuesto seco se traslada en un recipiente seco a la máquina lanzadora, la cual lo mezcla con aire y lo lanza mediante aire comprimido a lo largo de una manguera de expulsión, donde llega agua a presión. Debido a la baja cantidad de agua que se le incorpora y al fuerte acelerante, la com-

binación que se produce es un tipo de mortero de fragua casi inmediatamente y que no da tiempo a que se produzca el fenómeno de exudación. Esta cualidad lo hace apto para toda clase de pañetes en tuneles, obras marítimas, etc., y fue la razón principal para intentar sustituir los morteros con aditivos corrientes, que se estaban ensayando en la obra sin ningún resultado positivo, por este concreto lanzado, también de fabricación nacional.

"Pues bien, en reunión que sostuvieron en Bogotá el Subgerente Técnico de COLPUERTOS, el ingeniero Guillermo Lleras, asesor de COLPUERTOS, y el Gerente de ALVARADO & DURING LTDA., se acordó la conveniencia de utilizar este concreto proyectado. Fue así como en el proyecto de contrato adicional preparado por el Jefe de la División de Ingeniería de COLPUERTOS, que aprobó la Junta de Licitaciones y Contratos, se incluyó la siguiente consideración: "Que debido a razones técnicas y estructurales no es conveniente aplicar los morteros epóxicos con medios manuales y que tampoco es aconsejable porque es contrario a la normas técnicas, los sistemas de soldadura de las varillas de refuerzo establecidos en el contrato", y se estipulaba: "ITEM IV.- COLOCACION DE MORTEROS EPOXICOS.- se prescinde de la colocación manual de los morteros epóxicos y se establece que estos morteros deberán ser proyectados con máquina apropiada para este efecto".

"El 9 de enero de 1978, el Interventor, al conocer el principio de acuerdo sobre este punto, inició una desconcertante batalla contra la única posibilidad técnica de ejecutar el contrato con los aditivos que proporcionaba COLPUERTOS. En tal fecha dirigió una comunicación al Subgerente Técnico de COLPUERTOS expresando su preocupación con los mayores costos del sistema (en cuanto éste implicaba un cierto desperdicio de material) y sugiriendo la conveniencia de que para el caso de adoptarse el sistema se dispusiera que el Contratista debería asumir los costos del desperdicio de material implicados en tal procedimiento.

"Sobre la base de las observaciones del Interventor, el Subgerente Ténico de COLPUERTOS, en comunicación dirigida al Contratista el 25 de enero de 1978 expresó que el sistema de concreto lanzado no era "apropiado" y que debía insistirse en el sistema manual previsto en el pliego de condiciones.

"Al día siguiente, sin embargo, el Subgerente Técnico y el Interventor suscribieron, junto con el gerente de ALVARADO & DURING LTDA., el "Acta Adicional de Iniciación de Obra", en la que se disponía "acordar entre la Interventoría y el Contratista los precios que requiera la utilización del concreto proyectado". Y el 27 de enero un días más tarde el Subgerente Técnico y el Interventor confirman al Contratista la utilización de concreto proyectado en las obras e indican que los resultados de las pruebas de desperdicio se utilizarían como base para la medida y el pago de los trabajos ejecutados.

de desperdicio se empeñaba en tomar determinaciones que gravaban al Contratista con una alta proporción del costo del material de desperdicio, y se negó sistemáticamente a la utilización de un sistema lógico de medición que amparara al contratista de tales pérdidas, cual era el de la medición del material en la tolva, antes de ser proyectado. De otra parte el Interventor puso de presente con frecuencia sus reparos al concreto proyectado, en cuanto que el "acabado" del mismo no era tan pulido y perfecto como el del concreto aplicado a mano, con palustre.

"En comunicación del 16 de julio de 1978, dirigida al Subgerente Técnico de COLPUERTOS, nuevamente el Interventor recomienda no usar el sistema de concreto proyectado como sustituto del mortero aplicado a mano, por considerar muy costoso este sistema. Finalmente, el contrato adicional firmado entre las partes el 10 de agosto de 1978, involucra textualmente la parte consierativa del proyecto de contrato adicional preparado 8 meses antes por COLPUERTOS, elimina cuidadosamente lo relacionado con la conveniencia de utilizar el sistema de concreto lanzado. Este contrato extendió el plazo contractual para dar posibilidad a que se celebrara un contrato adicional sobre precios commplementarios. Pero nunca se celebró este contrato adicional, porque el único proyecto preparado por COLPUERTOS fue torpedeado por la Interventoría en razón de que contenía un precio unitario para concreto proyectado.

"8. El 27 de noviembre de 1978, la firma ALVARADO & DURING LTDA. presentó a la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA un extenso documento de reclamación por el incumplimiento de PUERTOS DE COLOMBIA y los costos que había ello causado al Contratista. Por esta fecha, el plazo prorrogado del contrato había vencido, y el Contratista desesperaba de que por tal camino, el de un extemporáneo acuerdo sobre precios unitarios, se llegara a una nueva situación contractual equitativa. Decía el Contratista:

"En las actuales circunstancias cuando no hay todavía soluciones a los problemas técnicos y a los problemas de incumplimiento por falta de entrega al Contratista de los materiales, la falta de diseño, definiciones técnicas y de una decisión sincera para hacer la obra, sería un despropósito convenir un contrato adicional a precios unitarios, sin especificaciones, ni forma de pago, para continuar con la misma situación irregular y de conflicto con la Interventoría. Además, llegado el caso de convenir precios unitario, reconociendo al Contratista los trabajos ordenados cuatro y cinco veces, quedaría pendiente la reclamación por el pago de jornales, equipos y materiales destinados a las experimentaciones de pañetes, metal blanco, tratamiento de "cocos", indemnización por incumplimiento de la empresa, lucro cesante de equipos y personal mantenidos en la obra por exigencia permanente de la Interventoría, etc. Ante esta situación tan nítida de incumplimiento de la Empresa y de la imposibilidad técnica y de fuerza mayor para hacer la obra, es más claro para

la Empresa indemnizar al Contratista pagándole todos los gastos efectuados con un porcentaje razonable de utilidad".

"En dicha comunicación, el Contratista enumera y explica diversos casos de incumplimiento por parte de COLPUERTOS, de deficiencias técnicas de las especificaciones y pliegos de cargos, de modificaciones unilaterales del contrato por parte de COLPUERTOS y de otros hechos que habían determinado la extremada onerosidad de esta relación contractual para la firma ALVARADO & DURING LTDA.

"9. El 31 de octubre de 1978 venció la prórroga del contrato que se había estipulado a efectos de dar tiempo a la formalización del convenio adicional sobre precios unitarios. COLPUERTOS no formalizó el convenio, pero siguió demostrando al Contratista su intención de continuar la obra y de regularizar la situación jurídica que acusaba tan grande indefinición. El interventor continuó exigiendo al Contratista la ejecución de trabajos.

"10. Finalmente, el día 4 de abril de 1979, COLPUERTOS MANIFESTO claramente su decisión de dar por terminada la relación contractual con ALVARADO & DURING LTDA. En tal fecha la Junta Directiva de COLPUERTOS ordenó la liquidación del contrato.

"11. Ni la Gerencia General de PUERTOS DE COLOMBIA, ni la Interventoría liquidaron el contrato (no lo han hecho hasta la fecha presente) a pesar de múltiples solicitudes de mi poderdante.

"12. Con posterioridad al 4 de Abril de 1979, la Inteventoria negó al Contratista la certificación solicitada por éste sobre la cantida y calidad de los equipos que tuvo a disposición de la obra, así como del tiempo en que tales equipos estuvieron afectados al cumplimiento del contrato. Con ello el Interventor pretendía hacer imposible al Contratista el cobro de las sumas correspondientes al "costo real" de los trabajos tal como se le define en el contrato o, en últimas, imposibilitarle el ejericico de una acción indemnizatoria.

"13. Al tiempo de negar la certificación mencionada en el punto anterior, el Interventor pretendía obligar a mi poderdante a retirar sus equipos del terminal marítimo de Santa Marta. Con este propósito llegó a extremos tales como el de negar la autorización exigida por la Policía Portuaria para permitir el ingreso del personal de mantenimiento de los equipos al campamento del Contratista.

"14. El peligro de que la falta de mantenimiento ocasionara daños graves a los equipos obligó al Contratista a reiterarlos dentro del término mínimo que requirió para que se practicara en el terminar marítimo una inspección judicial como prueba anticipada que permitiera establecer la cantidad, calidad y estado de los equipos del Contratista.

"15. Dentro del desarrollo de la diligencia de inspección judicial, en que tuve el encargo de representar a la firma ALVARADO & DURING LTDA., el Interventor expresó, un tanto a son de broma, la idea de cobrar a mi poderdante una tarifa de bodegaje de los equipos, en proporción al área que habían ocupado dentro del terminal marítimo, tal como la hace COLPUERTOS con la mercancía de importación y exportación. Esta idea se complementaba con la de retener los equipos hasta cuando se hiciera el pago correspondiente. Pues bien, pocos días después, cuando mi poderdante pretendió retirar los equipos del terminal, a fin de dejar de incurrir en el lucro cesante correspondiente, el Interventor negó el permiso aduciendo, en efecto, el derecho de COLPUERTOS a cobrar una tarifa por bodegaje. Una broma de tan dudoso humor pareció tan sugestiva a su autor que no pudo privarse del placer de convertirla en realidad. Valga esta anécdota para ejemplarizar el desenfado y la ligereza con que el Interventor ejercía sus atribuciones o, mejor, abusaba de su autoridad.

"16. El Contratista tuvo entonces que dirigirse por telegrama al Gerente General de COLPUERTOS para advertirlo de las implicaciones de un tal abuso de autoridad, y obtuvo que el Gerente General diera orden de permitir el retiro del equipo.

"17. A pesar de lo anterior, el Interventor se opuso nuevamente a que el Contratista sacara del terminal equipos de su propiedad, con el pretexto de que debía retirar *todos* los equipos de inmediato o no podía retirar ninguno. Era esta una condición absurda de difícil cumplimiento por parte del Contratista por obvias razones técnicas y logísticas.

"18. Sólo después de una nueva comunicación del Contratista al Gerente General, el Interventor accedió a permitir el retiro de equipos (octubre 31 de 1979).

"19. COLPUERTOS preparó deficientemente el pliego de condiciones, incurriendo en fallas técnicas inexcusables, que imposibilitan la ejecución de los trabajos:

"a) No tuvieron en cuenta la congestión portuaria en el terminal marítimo de Santa Marta;

"b) Los planos y especificaciones de las plataformas de trabajo descritas contenían graves errores. En especial, las medidas a escala eran erróneas al punto de que indicaban una inexistente factibilidad;

"c) El diseño de los gaviones, diseñados para que sirvieran de muro de contención del relleno situado detrás de los muelles y para que resistieran los embates del mar y las turbulencias generadas por las hélices de los barcos, no era apropiado para tales fines. El agua salada corroe las mallas prontamente,

los gaviones se desintegran y la estructura general de contención resulta muy inestable;

"d) Las especificaciones técnicas del mortero de recubrimiento no se ciñeron a las recomendaciones de una consultoría experimentada, y se expresaron de modo tan indeterminado que al Contratista no le era posible juzgar, sino confiar, en su bondad;

"e) La previsión de fundir *in situ* las bases de concreto para las defensas de caucho de los muelles era errónea, puesto que la congestión portuaria no permitía realizar el trabajo en tales condiciones;

"f) Los pliegos de condiciones no previeron la necesida de reconstruir el talud original del muelle, que se encuentra derrumbado entre los ejes 33 y 164. Este trabajo es indispensable para la estabilización de las zonas aledañas al muelle (pavimentos, líneas férreas, bodegas).

"20. COLPUERTOS incumplió el Contrato de muy diversas maneras:

"a) Incurrió en mora para entregar las zonas de trabajo;

"b) Incumplió su obligación de proporcionar al Contratista, oportunamente y en la cantidad requerida, aditivos adecuados para preparar morteros de recubrimiento de las armaduras expuestas en las losas y vigas y de las cabezas de los pilotes;

"c) No entregó al Contratista oportunamente los materiales de carrilera;

"d) No proporcionó al Contratista oportunamente las defensas de caucho para los muelles;

"e) Habiendo ordenado dentro del alcance general del contrato, que ocasionaron muy grandes aumentos en el costo de contrato, se abstuvo de hacer un reajuste equitativo del precio;

"f) Incumplió su obligación de liquidar el contrato;

"g) Ejerció una indebida retención de los equipos de mi poderdante.

"21. COLPUERTOS obligó al Contratista a realizar trabajos que excedían las estipulaciones contractuales, o las modificaban sustancialmente, haciéndolo incurrir en mayores costos que no ha reconocido:

"a) Exigió al Contratista, sin compensación económica, dedicarse fundamentalmente durante todo el tiempo de ejecución del contrato a la experimentación de aditivos diversos;

"b) Exigió al Contratista la limpieza del hierro "a metal blanco" excediendo las estipulaciones contractuales;

"c) Exigió al Contratista el rompimiento con martillos neumáticos de la losa de concreto sano, por debajo del muelle, para buscar y encontrar los "cocos" (hormigueros pequeños en el centro de la losa), labor ésta dispendiosa, costosa, innecesaria y que no fue remunerada;

"c) Obligó al Contratista a entrar por debajo de los muelles desde el lado tierra (modificando la previsión contractual de hacerlo por el lado mar) haciéndolo incurrir en inmensos sobrecostos, que no le han sido reconocidos;

"d) Obligó al Contratista a realizar una y otra vez obras que resultaban inestables por deficiencias técnicas del pliego de condiciones y la falta de criterio profesional del Interventor;

"e) Obligó al Contratista a mantener en obra una gran cantidad de equipo parado, y de personal en número superior al requerido para la ejecución de los pocos trabajos que podían adelantarse.

"22. Durante la ejecución del contrato, COLPUERTOS (La Interventoría) adoptó diversas actitudes que dificultaban o impedían al Contratista la ejecución de obras:

"a) El Interventor no permitió la utilización de la técnica de "concreto lanzado";

"b) En diversas oportunidades, el Interventor indicó al Contratista la necesidad de realizar obras complementarias; no entregaba, sin embargo, los diseños y especificaciones correspondientes, ni determinaba la forma de pago de tales obras;

"c) El Interventor se negaba a aprobar, sin justa razón, las mediciones de obra ejecutada hechas conjuntamente por ingenieros dependientes de la Interventoría e ingenieros del Contratista;

"d) El Interventor prohibió la apertura de rendijas (ventanas) de acceso a la zona de trabajo bajo el muelle No. 1, haciendo imposible la ejecución de obras en tal zona;

"e) De modo similar el Interventor sólo autorizó la apertura de una ventana en el muelle No. 2, lo que resultaba absolutamente insuficiente;

"f) El Interventor adoptó, de modo general, actitudes que obstaculizaban el desarrollo de las obras, desestimulaban al Contratista y amenazaban su integridad patrimonial.

"23. ALVARADO & DURING LTDA. tuvo a disposición de la obra todos los equipos necesarios para ejecutar en debida forma el objeto de su contrato, tales como equipos para movimiento de tierras, movimiento de prefabricados, movimiento de equipo flotante, transporte de equipo, personas y materiales debajo de la plataforma del muelle, bulldozer D-5, cargador 966, equipo de compactación vibratoria, tractor agrícola para halar el cilindro vibratorio, volquetas para transporte de materiales excavados y materiales de relleno, etc.

"24. ALVARADO Y DURING LTDA. ha sufrido grandes lesiones patrimoniales, que comprometen la responsabilidad de COLPUERTOS:

"a) COLPUERTOS no ha pagado el precio de los trabajos realizados por ALVARADO & DURING LTDA. en desarrollo del contrato. Este precio incluye los costos de equipo, materiales, mano de obra, administración, etc., y un porcentaje de utilidad para el Contratista;

"b) Desde la iniciación de trabajos, ALVARADO & DURING LTDA. ha tenido que asumir con su propio peculio el costo de las obras y trabajo, puesto que no ha recibido de COLPUERTOS sino una pequeña cantidad de dinero, que no alcanza a representar siquiera la quinta parte de los costos. Lo anterior ha implicado para el contratista la necesidad de obtener recursos de crédito y sostener sobre los saldos deficitarios del contrato el respectivo costo financiero, que representa un perjuicio neto para el Contratista;

"c) Desde la fecha en que debía haberse practicado la liquidación del contrato, ser reconocidos los saldos en favor del Contratista y haber hecho COLPUERTOS EL PAGO correspondiente, el Contratista ha sufrido el perjuicio consistente en la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, perjuicio que seguirá padeciendo, al igual que el descrito en el literal anterior, hasta la fecha en que se realice el pago efectivo. También el Contratista ha sufrido perjuicios por depreciación monetaria durante el período de ejecución del contrato; por eso el cálculo de las sumas a cargo de COLPUERTOS por razón del literal a) debe contener un elemento de corrección monetaria;

"d) ALVARADO & DURING LTDA. ha sufrido el perjuicio consistente en no haber podido darle una legítima utilización lucrativa a las sumas que tenia derecho a percibir por la adjudicación del contrato;

"e) ALVARADO & DURING LTDA. sufrió un perjuicio por lucro cesante de sus equipos parados en el terminal marítimo de Santa Marta entre el 4 de abril de 1979 y el 31 de octubre del mismo año (fecha en que el Contratista pudo retirar sus equipos del terminal marítimo, previa obtención de prueba judicial sobre su existencia, cantida, calidad y condiciones de operatividad;

"f) ALVARADO & DURING LTDA. ha sufrido graves perjuicios morales, consistentes en la disminución del buen nombre empresarial de la firma;

"g) En general, mi poderdante ha sufrido perjuicios económicos en cuantía que supera en la presente fecha los cincuenta millones de pesos, y que seguirán incrementándose hasta la fecha en que COLPUERTOS realice el pago efectivo de todas las sumas a su cargo. Los componentes exactos de este perjuicio patrimonial y de su cuantificación se establecerán dentro del plenario". (folio 3 vto. a fl. 14 vto. Tomo IV).

El libelo señaló como derecho aplicable los artículos 2, 16, 30 y 33 C.N.; 1546, 1603, 1610, 1613, 1614, 1615 y 2056 del C.C.; Ley 153 de 1887, artículos 4, 8 y 38; Ley 4 de 1964, artículo 14; Dec. Ley 150 de 1976, artículos 191, 192 y 197; C.C.A. artículos 62 a 68 y el contrato como ley de las partes.

III - POSICION DE LAS PARTES

Alegato de la actora

El procurador judicial de la parte actora, a folios 27 del Tomo V, expuso sus planteamientos, encaminados a demostrar que las afirmaciones que constan en el capítulo de "hechos" de la demanda tienen sustento probatorio. Se extendió en un análisis jurídico de las pruebas arrimadas al proceso, correspondencia, pliego de condiciones, inspecciones judiciales y testimonios, para deprecar la declaratoria de incumplimiento general del vínculo contractual por parte de Colpuertos y reclamar la indemnización consecuencial de perjuicios.

Alegato de la demandada

En la oportunidad procesal, el personero judicial de Colpuertos alegó de conclusión. En memorial que obra a folios 33 del tomo V, impugnó las pretensiones de la actora y orientó sus argumentos en el sentido de significar que se hizo entrega oportuna del sitio de trabajo por el lado tierra con consentimiento de las partes. Afirmó que por dicho lado los trabajos podían acometerse con éxito, si el contratista hubiese puesto diligencia en la ejecución del contrato. Advirtió "que el incumplimiento del contratista no tuvo como causa la modificación en el procedimiento para acometer los trabajos, ni el retardo en las entrega de las zonas de trabajo, pues si estas razones pudieran tener alguna incidencia en el término de cumplimiento de las obligaciones contractuales, ello quedó ampliamente compensado con la prórroga del término del contrato". Destacó que el actor estaba obligado conractualmente a aceptar las modificaciones del contrato y solicitó que de no denegarse las peticiones de la demanda, se liquide el contrato tomado en cuenta, además de las limitaciones sobre el equipo inútil que el contratista mantuvo en las dependencias del Terminal Marítimo, el concepto de precio unitario para la obra prevista contractualmente y la adicional, y el costo real para la obra complementaria.

IV - VISTA FISCAL

La Fiscal Segunda de la Corporación, en su vista de fondo conceptúa que deben negarse las súplicas de la demanda. Para llegar a esta conclusión, refutó las críticas u objeciones que se hicieron al pliego de condiciones y precisa que el contratista, a pesar de que debió conocer las especificaciones y el contenido del pliego, celebró el contrato. Consideró inaceptable la pretensión de responsabilizar a la Administración por los errores o deficiencias de un pliego cuyo texto convino formara parte del contrato.

Puntualiza que en agosto 1o. de 1977, se suscribió el acta de iniciación de obras, en la cual convinieron las partes acometer la reparación de los muelles por el lado tierra. Se refiere a la falta de suministro oportuno de materiales, para acotar que la afirmacion así formulada sin señalar las oportunidades en que esto sucedió y las repercusiones que tal demora tuvo en el adelanto y ejecución de la obra, no puede ser considerada por la Sala.

En cuanto a los cambios del contrato, anota la colaboradora fiscal que en la Cláusula 12 se previó esta posibilidad y así mismo se estipuló que tales obras, fueran ellas adicionadas o complementarias, debían pactarse en contrato adicional. Precisa que no habiéndose celebrado éste, la realización de las obras adicionales y complementarias resulta ilegal.

Respecto a la retención indebida de quipos, señala que el contratista después de que la Administración decidió liquidar el contrato, no tuvo interés ni gestionó la entrega, hasta que realizó la inspección judicial anticipada.

Al referirse a la experimentación de aditivos, observa:

"En la demanda se afirma que Puertos de Colombia hizo exigencias al Contratista en la ejecución del contrato que no estaban pactadas, así por ejemplo se dice que durante todo el tiempo de ejecución de la obra se exigió al Contratista la experimentación de aditivos.

"La anterior afirmación no resulta ser cierta; por una parte, la naturaleza misma de la obra exigia la realización de trabajos previos a la aplicación del mortero. Es así como de la abundante correspondencia que fue allegada al proceso se puede deducir, que antes de la aplicación del mortero debía prepararse las superficies y armaduras y precisamente uno de los mayores problemas que existieron fue el de la limpieza y preparación que debian tener las superficies antes de ser aplicado el mortero. También hubo problemas en la preparación de la mezcla o mortero, pues el Interventor de la obra aducía que el Contratista no estaba mezclando los elementos en las proporciones correctas, lo que incidía en la calidad de la misma."

Expresa por último, que la limpieza de los hierros, la busqueda de "cocos" y la remoción de concreto deteriorado, estaban contemplados en el pliego de condiciones.

El proceso original fue destruido en los hechos luctuosos del 6 de noviembre de 1985 y se reconstruyó en los términos del decreto 3825 del mismo año.

CONSIDERACIONES

A) El apoderado de la parte demandada propuso dos aspectos de carácter procesal en el alegato de bien probado: a) El actor incurrio en acumulación indebida de procesos al plantear en la demanda dos acciones de naturaleza diferente, una controversia relativa al presunto incumplimiento de un contrato administrativo y un proceso de responsabilidad extracontractual del Estado por una presunta falla del servicio b) El Consejo de Estado carece de competencia para asumir el papel de liquidador de un contrato administrativo, por cuanto el Capítulo XI del Decreto Ley 150 de 1976, estableció el procedimiento para la liquidación de tales contratos, las personas que deben efectuarla y el contenido de la misma.

Antes de resolver el fondo de la *litis*, la Sala estima pertinente referirse a los dos aspectos planteados.

*a) **Acumulación indebida***

Dice el encabezamiento del libelo demandatorio:

"... en ejercicio de la acción consagrada en los artículos 68 del C.C.A., 30 del Decreto 528 de 1964, 197 del Decreto Ley 150 de 1976, y 1546 y 2056 del Código Civil, instauro demanda contra la EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA (COLPUERTOS), a fin de que el Honorable Consejo de Estado, con citación y audiencia de la parte demandada, haga las siguientes declaraciones y condenas..."

Y en el acápite sobre normas violadas y concepto de violación, enfatiza:

"La presente demanda contiene fundamentos fácticos que pueden clasificarse en tres órdenes: a) la falla de la Administración en la elaboración del pliego de condiciones; b) El incumplimiento del contrato y c) Los hechos de la Administración que ocasionaron alternaciones al proyecto y mayores costos al Contratista. Unos y otros comprometen la responsabilidad de Colpuertos y, en últimas, es (sic).

Lo que se ha transcrito revela que la acción instaurada no es otra distinta a una acción de contenido indemnizatorio, derivada del incumplimiento de un vínculo contractual, donde se hace alusión a fallas del servicio o algo que se asemeje, sino a las fallas o deficiencias en la preparación del pliego de condiciones, que es cosa bien distinta, los hechos que fundamentan las pretensiones, además giran en

torno a una relación negocial que se dice incumplida y, por consiguiente, la acción instaurada es proceente, como quiera que bajo la legislación vigente cuando la demanda no existía una acción especial y autónoma para dirimir controversias relativas a contratos administrativos.

INCOMPETENCIA DEL CONSEJO

En cuanto se relaciona a la competencia de esta Corporación para liquidar contratos administrativos, basta con observar que la jurisprudencia de esta Sección ha reiterado que a falta de un acuerdo entre los contratantes sobre la liquidación del contrato corresponde a la administración efectuarla, en forma unilateral, y que si ésta no lo hace puede ocurrirse ante esta jurisdicción para que, como juez del contrato, proceda a hacerla, determinando quién debe a quién, cuánto y por qué conceptos.

Por vía jurisprudencial esta Sala ha determinado que los contratos administrativos deben liquidarse al vencimiento del plazo convencional (Sent. spbre. 11/80, expediente 2825) y ha precisado un término plausible de cuatro meses para su liquidación: dos, a partir del vencimiento del contrato, para que el contratista aporte la documentación adecuada y dos para que el trabajo se haga de común acuerdo (Sent. enero 29/88, Expediente 3615). A falta de acuerdo, ha estimado la Sala que la entidad contratante proceda a la liquidación unilateral dentro de los dos meses siguientes al plazo plausible (Sent. noviembre 16/89, Expediente 3625 y 3461). O sea, que la liquidación del contrato debe practicarse dentro de los seis meses siguientes al agotamiento del plazo pactado, haya acuerdo o no. En este último evento, si la administración no ha liquidado el contrato, el Consejo de Estado, como juez del contrato, tiene la competencia para liquidarlo.

En el caso de autos, habiéndose extinguido el contrato por vencimiento del término pactado sin que las partes se hubieren avenido a un arreglo y no habiéndose liquidado el contrato por la administración unilateralmente, compete su liquidación a esta Corporación, según lo antes dicho.

B) Dispuso la cláusula 10 del contrato 77/19:

"INICIACION Y TERMINACION DE LOS TRABAJOS - MULTAS: El Contratista iniciará los trabajos dentro de los quince (15) días siguientes al recibo del anticipo para lo cual suscribirá un Acta con el Interventor. Los trabajos deberán terminarse en su totalidad 300 días solares más tarde, contados a partir de la iniciación de los mismos. El plazo estipulado podra ser prorrogado por la Empresa en los siguientes casos: a) Si la Empresa no hace entrega oportunamente de la zona de trabajo; b) Si se presentare fuerza mayor o caso fortuito, como se indica en la Cláusula Vigésima Séptima; c) En caso de que se presentaren obras adicionales o complementarias no previstas en los Pliegos de Condiciones, cuando a juicio de la Empresa asi lo justifiquen.

Las prórrogas se concederán por medio de Contratos Adicionales, en los cuales se hará constar la ampliación y las causas que la motivaron...".

1. El contrato fue firmado el 26 de mayo de 1977. No hay, sin embargo, constancia en el informativo sobre la fecha en que el contratista recibió el anticipo. La verdad es que, a juzgar por el Acta que obra a folio 6 del Tomo I, las obras debieron iniciarse el 1o. de agosto de 1977. Dice así este documento:

"El primer (1o.) día del mes de agosto de 1977, se reunieron en las oficinas de la Interventoría de Obras del Terminal Marítimo de Santa Marta los señores: ALVARO GOENAGA, en su calidad de Ingeniero Directo de la obra en representación de la firma ALVARADO & DURING LTDA. VICTOR LINERO BARRANCO, en el de Obras del Terminal y VICTOR M. MADURO G., en su carácter de Auditor Fiscal ante la Empresa, con el objeto de fijar el dia de hoy como fecha de iniciación de la obra, teniendo en cuenta que fue entregado el sitio de los trabajos, que éstos se acometerán por el lado tierra y no por el lado mar como estaba proyectado y que fue pagado el ancitipo correspondiente".

2. Transcurridos casi seis meses, se suscribió el Acta Adicional de Iniciación de Obra (folio 104 T.I.), en la cual se dijo:

"En Santa Marta a los veintiseis (26) días del mes de enero de 1978, se reunieron los Ingenieros ALVARO PEÑUELA SALGADO, Subgerente Técnico de Puertos de Colombia, VICTOR LINERO BARRANCO, Ingeniero Interventor en el Terminal Marítimo de Santa Marta y JORGE ALVARADO C., Gerente de la firma ALVARADO & DURING LTDA., con el fin de hacer entrega y recibo del costado mar del muelle de cabotaje y del atracadero No. 1 del muelle del Terminal...".

3. Esta modalidad equivalía en la práctica a una nueva prórroga del plazo convenido. En efecto, si los trabajos debían terminarse en su totalidad 300 días solares después de la iniciación de los mismos, esto es, el 27 de mayo de 1978, con el acta adicional la fecha de entrega se pospuso para el 21 de noviembre de 1978.

4. El 30 de junio de 1978, las partes suscribieron un Acta de Acuerdo, para dar forma al contrato adicional que se venía gestando y para legalizar la continuación de obras adicionales y complementarias y la prórroga del plazo. En dicha acta (folio 59 T. II), se acordaron procedimientos complementarios de las especificaciones originales, relacionados con limpieza de hierros y de superficies, colocación de morteros, pilotes y otros.

5. El 26 de julio de 1978, se suscribió entre las partes un Acta para la elaboración del Contrato Adicional (folio 241 C.3), entre cuyas consideraciones se consignó:

"PRIMERA: Que debido al movimiento de carga presente y futura, no se puede entregar al Contratista los muelles por períodos de 90 dias, conforme lo expresa el contrato 77/19. SEGUNDA: Que tampoco es posible adelantar la obra usando como acceso a los trabajos el lado mar y las plataformas de madera previstas en el Contrato, puesto que este sistema no permite el atraque de buques en el muelle en que se esté trabajando, y supone la entrega del mismo al Contratista durante tres meses. TERCERA: Que en consencuencia los trabajos de reparacion deberán reprogramarse para ser ejecutados con los muelles en plena actividad y desde lado tierra, abriendo comunicaciones a través de la viga borde interior para que todo el movimiento del personal, materiales y equipos se realice por esas ventanas, y pasando por entre los pilotes con embarcaciones apropiadas que se puedan maniobrar por éstos gálibos de 1.20 metros entre pilotes".

6. Las consideraciones 4, 5 y 6 del Acta previeron cambios al contrato original, razón por la cual se hacía necesario adicionarlo con algunas cantidades de obra y complentarias y suprimir algunos renglones de obra que no se iban a ejecutar.

7. El contrato adicional se firmó el 10 de agosto de 1978, esto es, 75 días después de haberse vencido el contrato principal. Además nunca se formalizó, por falta de los requisitos previstos en el artículo 45 del Decreto 150 de 1976 (fólio 15 III). La cláusula Primera, disponía:

"PLAZO: Prorrogar el plazo inicial hasta el 31 de octubre de 1978 mientras se elabora un contrato adicional que contemple las modificaciones necesarias, consideradas en principio en acta del 30 de junio de 1978".

8. A pesar de lo que en principio se convino, la sociedad contratista dirigió el 27 de noviembre de 1978, al Gerente General de Colpuertos, un extenso oficio (ver folio 76 tomo II), en cuyo encabezamiento expresa:

"Después de quince meses, desde el Acta de Iniciación, 1o. de agosto de 1977, no existen todavía soluciones para resolver los graves problemas que impiden realizar la obra, y que surgieron desde un principio...".

9. El extenso documento señala en 10 numerales, las razones por las cuales la obra no se pudo llevar a término, razones que coinciden con las expuestas en el libelo.

10. En el numeral 11 del documento, el contratista solicita el reconocimiento y pago de $ 17.059.660.90, por concepto de gastos de la obra hasta octubre 31 de 1978, incluidos gastos de oficina, lucro cesante de los equipos, gastos de financiación y porcentajes de utilidad, Para continuar la obra, propone un nuevo contrato adicional con la modalidad mixta del pago del precio alzado y precios unitarios fijos, en las condiciones que sugiere en el numeral 12 de dicho documento.

11. La ejecución parcial de las obras continuó en forma irregular, hasta que la Junta Directiva de Colpuertos, ante el rendimiento negativo de los trabajos, decidió en su reunión del 4 de abril de 1979, autorizar al Gerente General para liquidar el contrato 77/19. (f. 2 anexo 2).

c) El actor afirma que Colpuertos incumplió el contrato y enumera en los hechos 19 a 22 de la demanda las causas que lo imposibilitaron para ejecutarlo, causas que la Sala reduce a cuatro: deficiencias técnicas del pliego de condiciones, mora en la entrega de zonas de trabajo, interferencias del Interventor y falta de suministro de materiales y aditivos.

Deficiencias técnicas del pliego

Afirma el hecho 19 de la demanda:

"Colpuertos preparó deficientemente el pliego de condiciones, incurriendo en fallas técnicas inexcusables, que imposibilitaron la ejecución de los trabajos:

"a) No tuvieron en cuenta la congestión portuaria en el terminal marítimo de Santa Marta;

"b) Los planos y especificaciones de las plataformas de trabajo descritas contenían graves errores. En especial, las medidas a escala eran erróneas al punto de que indicaban una existente factibilidad;

"c) El diseño de los gaviones, diseñados para que sirvieran de muro de contención del relleno situado detrás de los muelles y para que resistieran los embates del mar y las turbulencias generadas por las hélices de los barcos, no era apropiado para tales fines. El agua salada corroe las mallas prontamente, los gaviones se desintegran y la estructura general de contención resulta muy inestable;

"d) Las especificaciones técnicas del mortero de recubrimiento no se ciñeron a las recomendaciones de una consultoría experimentada, y se expresaron de modo tan indeterminado que al Contratista no le era posible juzgar, sino confiar, en su bondad;

"e) La previsión de fundir *in situ* las bases del concreto para las defensas de caucho de los muelles era errónea, puesto que la congestión portuaria no permitía realizar el trabajo en tales condiciones;

"f) Los pliegos de condiciones no previeron la necesidad de reconstruir el talud original del muelle, que se encuentra derrumbado entre los ejes 33 y 164. Este trabajo es indispensable para la estabilización de las zonas aledañas al muelle (pavimientos, lineas férreas, bodegas)".

Son estos, en síntesis, los aspectos respecto de los cuales el actor concentra los errores técnicos que endilga al pliego de condiciones: congestión portuaria, plataformas de trabajo, gaviones, morteros, defensas de caucho y talud.

La Sala considera infundado el cargo que hace el demandante por las siguientes razones:

1) La propuesta del actor, de fecha 9 de febrero de 1977 (ver anexo 2 - e), incluye la Carta Remisoria del formulario para la licitación en cuyos numerales 3, 4 y 6, declara:

"3. Que conoce los planos, especificaciones y demás pliegos de licitación relacionados con la obra, que acepta todos los requisitos en ellos exigidos y en caso de adjudicación se somete a las reglamentaciones vigentes en Puertos de Colombia para este tipo de trabajo.

"4. Que ha estudiado cuidadosamente las cantidades de obra de acuerdo con los planos y especificaciones entregados para la licitación, entendiendo que son aproximadas y que podrán variar durante el desarrollo del contrato y ofrece ejecutar todo el trabajo necesario suministrando los elementos y personal requeridos, a los precios unitarios cotizados, aunque tales cantidades de obra aumenten o disminuyan.

"5. ...

"6. Que ha visitado el sitio de las obras y tomado nota cuidadosa de sus características, según certificado adjunto".

2) La introducción al contrato No. 77/19 contiene la siguiente declaración:

"TERCERA: Que el Contratista después de tener suficiente información sobre el sitio en donde se va a ejecutar la obra y de conocer sus caracteristicas, así como todos los planos, especificaciones, y demás detalles de la obra, *declara que está en condiciones de cumplir con todos los compromisos que adquiere por medio del presente contrato*". (Subraya la Sala).

3) La cláusula primera del mismo contrato, consagró:

"OBJETO DEL CONTRATO: El Contratista se obliga a ejecutar para la Empresa la reparación de los atracaderos 1 - 2 y 3 de las líneas férreas frente a las bodegas 1 y 2 en el Puerto de Santa Marta, de acuerdo con los planos, especificaciones y condiciones fijados en el Pliego de Condiciones de la licitación, que junto con los documentos incluidos en la propuesta de El Contratista forman parte integrante del presente contrato." (Destaca la Sala).

4) La cláusula octava del contrato estipuló:

"FORMA DE TRABAJO. El Contratista deberá presentar a la Empresa para el pago del anticipo de este contrato, un programa de trabajo... Al elaborar el programa de trabajo y en todo momento durante la ejecución de sus labores, *no se deberá interferir en el correcto funcionamiento y operación del puerto, por lo tanto tendrán siempre prioridad las necesidades del servicio portuario sobre las del Contratista, sin que esto pueda constituir en ningún caso motivo de reclamaciones ante la Empresa...*" (Las sublíneas no son del texto).

5) Dentro del peritazgo técnico que obra en el Anexo 1, el demandante formuló la siguiente pregunta:

"Digan los peritos si el Contratista sufrió un lucro cesante de sus equipos por la dificultad para adelantar las obras, derivados de vacío, errores o imprecisiones del pliego de condiciones y del incumplimiento en la entrega de zonas y materiales por parte de Puertos de Colombia".

Los expertos respondieron, en lo pertinente:

"... Por otra parte, la dificultad para adelantar las obras NO SON IMPUTABLES A ERRORES E IMPRECISIONES EN LOS PLIEGOS DE CONDICIONES pero si fueron parcialmente derivadas del incumplimiento en la entrega de las zonas de trabajo y los materiales".

Y agregaron:

"Además los peritos creen que el contratista en la visita previa a la licitación HA DEBIDO ESTIMAR LA DIFICULTAD DE RIESGOS DE LOS TRABAJOS QUE IBA A LICITAR (Mayúsculas de la Sala).

De ahí que la Sala se acoja al concepto de su colaboradora Fiscal, que sobre el particular expresa:

"Respecto a las críticas u objeciones que se hacen al pliego de condiciones, este despacho encuentra que el Contratista debia conocer suficientemente todas las especificaciones y todo el contenido del mencionado pliego. Más aún, después de estudiarlo y conocer sus deficiencias la Sociedad actora presentó su propuesta y aún más después de todo lo anterior la Sociedad actora celebró el contrato y allí se convino de común acuerdo que el pliego de condiciones formaba parte del contrato. Así pues resulta inaceptable que habiendo el Contratista conocido, estudiado y aceptado el pliego que ahora pretenda responsabilizar a la administración de los errores o deficiencias del mismo. Lo anterior es tanto como alegar su propia culpa".

En consecuencia, no puede el demandante llamarse a engaño. Si las deficiencias técnicas anotadas eran de tal naturaleza que hacian imposible la ejecución de las obras, ha debido evaluarlas al momento de licitar. Los contratos, es verdad, son una ley para los contratantes. Pero deben ejecutarse de buena fe y obligan no sólo

a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.

La apreciación objetiva de la conducta del contratista dentro de la etapa licitatoria y aún dentro de la relación negocial, revela su voluntad de aceptar las condiciones del pliego. No es admisible, pues, consentir en las especificaciones de la obra a la hora de contratar, para invocar, después, eventuales dificultades, sin hacer un esfuerzo por superar los contratiempos con seriedad.

No entrega de las zonas de trabajo

No obra en el proceso, ni en el pliego de condiciones, ni en las cláusulas del Contrato, una proyección que indique el sitio por el cual debían iniciarse las obras contratadas. Pero, aún aceptando que los trabajos debían iniciarse por el lado mar, la verdad es que el actor aceptó la entrega del sitio para acometer los trabajos por el lado tierra. El acta de iniciación de obra que aparece a folio 228 del C. 3, dice, como antes se anotó, que se fijaba el 1o. de agosto de 1977 para la iniciación de la obra, "teniendo en cuenta que fue entegado el sitio de los trabajos, que estos se acometerán por el lado tierra y no por el lado mar...".

Posteriomente el 26 de enero de 1978, se suscribiría el Acta Adicional de Iniciación de Obra, en la cual consta que el actor se reunió con el Subgerente Técnico de Puertos de Colombia y el Inteventor, "con el fin de hacer entrega y recibo del costado mar del muelle de cabotaje y del Atracadero No. 1 del muelle del Terminal Marítimo de Santa Marta". (folio 104 Tomo I).

Las partes previeron la circunstancia de hacer cambios dentro del alcance general del contrato, en el diseño de los planos y en las especificaciones. Y en la cláusula octava ya citada, el contratista se comprometió a que "al elaborar el programa de trabajo y en todo momento durante la ejecución de sus labores, no deberá interferir en el correcto funcionamiento y operación del puerto, por lo tanto tendrán siempre prioridad las necesidades del servicio portuario sobre las del contratista, sin que esto pueda constituir en ningún caso motivo de reclamaciones ante la Empresa".

La valoración de la prueba demuestra que razones de interes público ajenas a la imposibilidad de paralizar las operaciones portuarias, impidieron la entrega de la zona de trabajo por el lado mar. Sin embargo, "Alvarado & During Ltda." aceptó trabajar desde el lado tierra sobre la base de que se celebrara un contrato adicional de precios complementarios que la compensara de los mayores costos en que habría de incurrir." (Hecho 5 de la demanda). Esto indica que si por el costado mar los trabajos implicaban sobrecosto y la ejecución de obras complementarias y adicionales, la entidad contratante estaba en el deber de reconocerlos y a ello se allanó mediante el procedimiento cuantificativo previsto en el contrato adicional que se frustró por causas no imputables a Colpuertos.

Interferencias del Interventor

Anota el demandante que durante el desarrollo del contrato, la Interventoría adoptó diversas actitudes que dificultaron e impidieron al contratista la ejecución de las obras.

1. Abunda en el informativo prueba de las frecuentes observaciones que formuló la Interventoría por la defectuosa ejecución de las obras, en orden a obtener resultados confiables y acabados aceptables, especialmente en lo relacionado con plataformas de trabajo, preparación de superficies de concreto, limpieza de hierros, colocación de armaduras, aplicación de soldaduras y preparación de morteros. (Ver folio 11, 30, 60, 64, 127, 142, 147 T.I).

2. En ejercicio de su función de vigilancia, el Interventor señalaba:

"En cumplimiento de mis funciones debo manifestarles que la Interventoría no recibirá ni las obras ejecutadas en deterimento de las especificaciones vigentes, ni aquellas que no se adelanten en presencia del personal autorizado por el Interventor.

"La interventoría no autoriza el uso de arena de mar para ningún tipo de concreto o mortero. La arena a usar aprobada es la de río lavada. Solo permite el uso de arena de mar para la limpieza de superficies y armadura con chorro de arena". (f. 74 T. II).

3. En oficio que obra a folio 50 del Tomo II, dice el Interventor:

"Desafortunadamente he tenido que repetir con frecuencia las especificaciones del contrato, que fueron objeto de licitación dos veces y en ambas participaron ustedes, porque parece que no las hubieran leído con detenimiento".

Y más adelante agrega:

"Para mí es incómodo tener que abstenerme de tramitar el Acta No. 8, pero me veo precisado a ello debido a que estoy obligado a no recibir las obras mal o deficientemente ejecutadas. Su oficio 179/78 confirma que no han terminado de corregir los defectos que me llevaron a tomar esa determinación. Tan pronto lo hagan la tramito. Lamento que por cumplir con mi deber ustedes me tilden de injusto, ilegal y de estar abusando de autoridad".

4. En abril 17 de 1978, observa:

"En las pruebas verificadas hasta ahora para la aplicación de mortero neumático se ha observado que con mucha frecuencia la mezcla sale no homogénea y sin humedad uniforme presntando (sic) en su aplicación distintos grados de consistencia.

"Como esto desmejora la calidad de los trabajos he solicitado la realización de ensayos para determinar las características de estos morteros. En especial los aplicables a las vigas donde las apariencias son desfavorables.

"Se necesita que la calidad de las reparacions adelantadas sea tal que en el futuro no se repita el proceso de deterioro de las estructuras y se pierda el esfuerzo presente". (f. 148 T.I.).

5. A folios 169 del tomo I, se lee:

"Como lo dije antes, hemos colaborado en todo lo que nos es posible para el buen éxito de la obra, y lo seguiremos haciendo. Hemos facilitado equipos, herramientas, balsa, bote, etc. cada vez que lo han querido. En lo que no podemos colaborar es en el recibo de trabajos con deficiente eliminación de óxido y remoción del concreto, mala aplicación de la soldadura Colma Fix y morteros".

6. En cuanto a las ventanas para el paso normal de las canoas, el contratista sugirió:

"...la apertura de ventanas en la viga Tipo 6, una en cada luz, a partir del eje No. 36 y hasta donde sea posible la entrada por el lado mar" (f. 71 T.II).

Esta sugerencia no podía técnicamente aceptarse, porque amenazaba la estabilidad del muelle, tal como lo advertía el Interventor en oficio de octubre 26 de 1978:

"Tampoco es conveniente abrir ventanas en cada luz de ese atracadero, pues ello equivaldría a demoler completamente la viga de borde lado tierra, la cual esta diseñada para contener el relleno aledaño. De acuerdo a lo convenido en el Acta de Acuerdo para la elaboración del contrato adicional No. 2, el número de ventanas previstas para el atracadero 1 es de 8, lo mismo que para el atracadero 2". (f. 72 T.II).

El análisis del acervo probatorio permite a la Sala concluir que las quejas por presuntas inferencias del Interventor carecen de sentido. El comportamiento del funcionario se ajustó a los términos del contrato, el cual le ordenaba ejercer sobre el contratista una supervigilancia técnica y era apenas lógico pensar que, en cumplimiento de sus funciones, velara porque los trabajos se ciñeran a las especificaciones y planos del proyecto.

Falta de suministro de materiales

Se queja el actor de que Colpuertos no suministró los materiales cuya previsión estaba a cargo de la entidad oficial: aditivos, materiales de carrilera y defensa de caucho.

1. La falta de un programa de trabajo adecuado, explica que los materiales no se suministraran con la oportunidad que el Contratista pretendía. En efecto, en óficio de febrero 1o. de 1978, se lee:

> En atención a que ya les fue entregado el lado mar del muelle de cabotaje, correspondeinte al atracadero No. 1 y que fueron debidamente definidos los procedimientos de trabajo para la continuación de las obras de reparación de muelles, atentamente les solicito presenten a esta Interventoría el programa de trabajo estipulado en la cláusula octava del contrato No. 77/19 y en el capítulo III. Información Especial a los Proponentes, literal F. Programa de trabajo, del Pliego de Licitación". (fl. 108 T.I.).

El 27 del mismo mes, insiste:

> "Por otra parte, reitero la solicitud de presentación del programa de trabajo estipulado en la cláusula octava del contrato 77/19, en donde claramente se indiquen las fechas de terminación de las obras de reparación de cada uno de los atracaderos (cabotaje, 1, 2 y 3) para que Puertos pueda programar con anticipación las labores de operación de cada uno de ellos". (f. 120 T.I).

A folios 124 del T.I. recuerda el Interventor:

> Por otra parte, por medio de los oficios 072155 de febrero 1/78 y 072247 de febrero 27/78 reiteradamente les he solicitudado la presentación del programa de trabajo estipulado en la cláusula Octava del contrato No. 77/19, en el cual se indiquen claramene las fechas de terminación de las obras de reparación para cada atracadero. Hasta ahora no han presentado ese programa ni han dado explicación acerca de él".

2. Hay desde luego, en el proceso evidencias de que los materiales se le iban suministrando, en la medida en que el avance de las obras lo requería. Mal podía, por ejemplo entregarse aditivos para morteros, si la superficie de las varillas de hierro no tenían la limpieza exigida por el fabricante del producto.

A folio 54 T.I, reclama el Interventor el mal uso de los aditivos suministrados.

> "En cuanto al control que la Interventoría ejerce sobre la entrega del Colma Fix, les manifiesto que esto también me desagrada: inicialmente ustedes tenian la libertad de usarlo tan pronto se tuvieran limpias las varillas, pero con la llegada del Dr. Vargas las cosas cambiaron. El procedía a aplicarlos incorrectamente, a su criterio, con exceso de desperdicios y muchas veces sin autorizacion de la Interventoria, hasta el plazo que en una aplicación a un prefabricado para defensas ya colocado tomó un pote preparado de este epóxico y lo vació completo sobre la superficie, sin uso de brochas ni de pistola. Me tocó, pues, asumir el control directo de consumo y para evitar roces con ustedes me abstuve de aplicar lo dispuesto en lo estipulado sobre entrega de

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

aditivos donde se autoriza a Puertos a descontarles los excesos de desperdicios".

El 9 de marzo de 1978, observa el Interventor:

"Por otra parte, desde el mes de noviembre pasado, la Empresa les suministró los aditivos necesarios para la aplicación de morteros epóxicos a mano y ustedes, por motivos no explicados, se han abstenido de ejecutar esta labor. Actualmente, hay en depósito aditivos para morteros epóxicos por un valor de $1.249.890.oo, los cuales de no ser usados oportunamente corren el riesgo de deteriorarse. También se les entregó 2.400 kilos de Sigunit R para el concreto neumático y se corre el mismo riesgo de deterioro de no usarse a tiempo". (fl. 124 T. I).

3. El demandante hace énfasis en la utilización de aditivos y en las técnicas de preparación y aplicación de mortero, para significar que los experimentos con los acelerantes de fraguado distrajeron la ejecución normal de la obra durante los 300 días del plazo convenido, sin reparar en que otros frentes de trabajo merecían tanta o mayor atención en orden al buen suceso de la programación.

4. Alega, igualmente, que se le obligó a limpiar el hierro a "metal blanco" y a buscar "cocos" en la losa de concreto.

Aunque el cargo no está demostrado, lo cierto es que la primera labor estaba prevista en las especificaciones del Pliego, punto 6.2.3.3, donde se exige la limpieza cuidadosa de las varillas para la correcta aplicación del mortero. Y que la segunda estaba contemplada en el punto 6.0.1., donde se incluye "la reparación de todas las áreas y elementos estructurales deteriorados correspondientes a los atracaderos" y la remoción del concreto deteriorado, punto 6.2.3.2., fenómeno conocido con el nombre de "cocos".

5. En relación con los elementos de carrilera, aclara el Interventor a folios 113 del Tomo II:

"12. Respecto de las líneas férreas debo aclarar que, de acuerdo a lo contratado, los Contratistas debían suministrar las traviesas metálicas, contrarrieles en ángulo y demás elementos necesarios para la construcción de líneas férreas. Posteriormente se aclaró que Puertos suministraría los rieles, eclisas y pernos faltantes y ustedes las traviesas y contrarrieles en rieles de 60 lbs/yda, en reemplazo de los ángulos.

"Puertos hizo el pedido de los materiales a su cargo y estos le fueron entregados en agosto 25/78. Ustedes hicieron la solicitud de compra a los Ferrocarriles Nacionales en oficio 120/78 de marzo 8/78 y la reiteraron mediante oficio 150/70 de mayo 5/78. En vista que los ferrocarriles no vendieron los materiales que ustedes tenían que suministrar, Puertos los solicitó en agosto

24/78 mediante oficio 075508. Hasta la fecha no se ha cumplido trámite de venta por parte de los Ferrocarriles.

"Así que queda claro que los materiales que faltan son los que ustedes debían suministrar".

6. En cuanto a las defensas de caucho, en oficio 071869 de enero 14 de 1978, comunica el Interventor:

"En relación con su oficio 073/78 solicitando la entrega de defensas de caucho le informo que puede retirar las 42 unidades tipo V-400 H x 2.000 L existentes en el patio No. 1A, junto con 100 pernos completos. Las restantes defensas se encuentran en proceso de importación. Con esta cantidad pueden acometer las obras del muelle de cabotaje y queda un sobrante para el atracadero No. 3" (fl. 79 T.I).

A folio 114 T. II, complementa el Interventor:

"Los trabajos de colocación de defensas en el muelle de cabotaje sólo los terminaron en junio de 1978 y el resto de los trabajos de reparación de este mismo muelle en enero de 1979. Las restantes defensas se les entregaron en octubre de 1978. Como para prefabricar las bases de concreto sólo se necesitaban los chazos y pernos, y estos materiales los tenian, no tuvieron problemas para su construcción".

7. Así las cosas, la Sala considera que tampoco le asiste razón al demandante en cuanto al reclamo que formula sobre suministro de materiales y aditivos. Estima, por el contrario, que fueron otros los motivos que le impidieron ejecutar las obras proyectadas y que el Interventor señaló en forma reiterada: deficiencia de maquinaria y equipo, inadecuada programación de los trabajos, falta de una especializada mano de obra (ver f. 79 T.I. y F.50 T.II). Esto explica el bajo rendimiento que acusaron los trabajos durante el largo período que empleó el contratista en la ejecución parcial de las obras.

Como se observa, los supuestos contemplados en los hechos 19, 20, 21 y 22 del libelo demandatorio, relacionados con la no entrega de materiales de carrilera, defensas de caucho y retención de equipos; con la experimentación de aditivos, búsqueda de "cocos" y limpieza de hierro "a metal blanco"; con la actitud obstaculizadora del Interventor y, en fin, con la ligereza y desacierto del Pliego de Condiciones, son afirmaciones del actor carentes de respaldo probatorio serio.

D) Según evidencias del proceso, desde la iniciación de las obras hasta el 28 de febrero de 1978 (212 días), el valor acumulado contratado era de $806.037.02, representativo de un 5.7% del total del contratado. El promedio mensual resultante era de $ 115.148.14 contra $1.408.910.12 programado. (f. 122 T. I). Después de 243 días de trabajo (81% del plazo pactado), sólo se había ejecutado un 6% de lo contratado y un 9% del propuesto contrato adicional. (fl. 142 T. I).

Y de acuerdo con el cuadro de Avance de Obra, para el 16 de mayo de 1978, sólo se había ejecutado el 8% de las obras contratadas y un 6% de las complementarias, mientras el avance de ejecución era del 91% (fl. 151 T. I).

8. Semejante comportamiento, lejos de corresponder a una conducta diligente, acusa falta de interés por parte del Contratista, habida consideración del propósito de la Empresa de colaborar en la ejecución de las obras. Bien pudo la entidad oficial imponerle multas o declarar la caducidad del contrato, extremos a los cuales no recurrió, sin duda para facilitarle su labor sin apremios legales. Prueba de ello fue su disposición de aceptarle al Contratista cambios a las especificaciones de un contrato que no quiso o no pudo ejecutar en los términos originalmente convenidos.

E) El artículo 45 del Decreto Ley 150 de 1976, bajo cuyo imperio se formalizó el Contrato 77/19, preceptuaba:

> *"De los contratos adicionales.- Cuando por circunstancias especiales haya necesidad de modificar el plazo o el valor convenidos, y no se trate de reajuste de precios previsto en este Estatuto, la entidad interesada suscribirá un contrato adicional que no podra exceder la mitad de la cuantía originalmente pactada mas los reajustes que se hubieren efectuado..."*

En concordancia con la disposición transcrita, el artículo 202 del mismo Estatuto prohibía la ejecución de los contratos, mientras no se hubieran cumplido los requisitos y formalidades que en este Estatuto se establecían.

Las obras contratadas se iniciaron el 1o. de agosto de 1977. Debieron, por tanto, entregarse el 27 de mayo de 1978, fecha en la cual se extinguía el contrato por vencimiento del plazo pactado. Así las cosas, la prórroga convenida extemporánea el 10 de agosto de 1978 y el proyectado contrato adicional, carecen de eficacia jurídica y no tienen fuerza vinculante. La sociedad demandante admite que no entregó las obras dentro del plazo, razón que se traduce en la improcedencia de su pretensión indemnizatoria, basada en el incumplimiento de un contrato vencido.

Dentro de este marco probatorio, es apenas lógico deducir que la entidad demandada no incumplió sus obligaciones negociables y que, por el contrario, agotó todos los medios para facilitarle al contratista la cabal ejecución de las obras.

Las apreciaciones que anteceden conducen a la Sala a denegar tanto la declaratoria de incumplimiento del contrato 77/19 por parte de Puertos de colombia, como el pago de los perjuicios que reclama el actor. Y lo hace en atención a que la demandante, a pesar de que afirma haber ejecutado obras adicionales y complementarias, no aportó al proceso los elementos de juicios necesarios para acreditarlas.

F) La Sala se abstiene de estimar el dictamen pericial contable que obra a folios 46 y siguientes del C.I. por cuanto los peritos se limitaron a registrar la existencia de los libros y de los asientos numéricos, sin preocuparse por verificar la inversión con las actas parciales de recibo de obra, las cuentas de cobro y demás comprobantes, ni por discriminar los costos reales en que incurrió el contratista aplicables a la obra (fls. 109 y 120, T. II).

Tampoco acoge la Sala el peritazgo técnico rendido dentro del proceso (Anexo 1), por las siguientes razones:

a) Porque los peritos, apartándose de su función de simples auxiliares de la justicia, emitieron juicios jurídicos sobre valoración de las pruebas, cuya apreciación está reservada al sentenciador (artículo 187 C. de P.C.).

Esta incursión por predios ajenos a sus disciplinas, los indujo a conclusiones equívocas, por introducirle un NO al acta de iniciación de obra.

En efecto, al responder la pregunta No., 1 del Cuestionario Adicional, expresaron:

"Se pudo constatar en forma clara, que tanto la congestión portuaria como la no entrega de las zonas de trabajo a su debido tiempo, obligaron al contratista a ejecutar obras adicionales no previstas e hicieron más gravosa la ejecución del contrato, de acuerdo con las siguientes conclusiones:

"a. En el acta de iniciación de obra de fecha 1o. de agosto de 1977, dice: 'Teniendo en cuenta que NO fue entregado el sitio de los trabajos, estos se acometerán por el lado tierra y no por el lado mar como estaba proyectado". (Mayúscula de la Sala).

El acta de iniciación de obra, en realidad dice:

"Teniendo en cuenta que fue entregado el sitio de los trabajos..." (f. 6 T.I).

Si se compara el texto real con el aparte transcrito por los peritos se aprecia que el NO agregado varió sustancialmente el contenido conceptual del acta en mención

b) Porque habiéndose atenido al peritazgo contable para calcular los costos, los peritos no se ajustaron a las cifras reales, y ya se dijo por qué ese peritazgo contable no merece la estimación de la Sala;

c) Porque, sin previa medición de la obra ejecutada, confundieron en un mismo rubro las obras contratadas, las adicionales y las complementarias, alterando así los resultados finales en la verificacion de los cálculos (f. 22 anexo 1);

d) Porque se atuvieron preferencialmente a la correspondencia obrante en el informativo para sacar sus conclusiones, sin analizar mediante pruebas téc-

nicas, la bondad de los materiales y elementos suministrados por Colpuertos, su cantidad y su oportunidad. Así lo expresan en el oficio remisorio de la pericia:

> ***"Para rendir este informe se estudió detalladamente la totalidad del expediente, las reclamaciones del contratista y EL PERITAZGO CONTABLE." (Mayúsculas de la Sala).***

No habrá lugar al pago de perjuicios morales, ya que no aparece que se hubieran producido.

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:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Costas a cargo del actor. Tásense por la Secretaría.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Uribe Villate, Secretario.

BIEN DE USO PUBLICO - Restitución/ **JUICIO DE POLICIA** - Inexistencia/ **JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA**

Los procedimientos administrativos que buscan la restitución de bienes de uso público, no constituyen juicios policivos, sino que, por el contrario, constituyen actuaciones administrativas que culminan con un acto administrativo objeto de control en esta jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: ***Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.***

Referencia: Expediente No. 5911. Actor: NOEL BARRAGAN Y OTROS.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto inadmisorio de la demanda, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 23 de junio de 1989 (folios 138 a 141 C.1).

Para resolver,

SE CONSIDERA:

Procedió el ***a-quo*** a inadmitir la demanda en el proceso de la referencia con apoyo en la siguiente argumentación:

"1. Como se ve, en la demanda se plantea un problema de dominio o propiedad: El Tribunal deberá ordenar la "devolución" del "supuesto" camino público a sus legítimos dueños, los demandantes.

"2. La jurisdicción administrativa carece de facultades para decidir quien es el dueño o poseedor de un bien inmueble. Es a los jueces civiles a quienes compete proveer sobre tales asuntos.

"3. Las resoluciones proferidas por el Inspector de Policia y el Gobernador de Antioquia configuran un típico acto jurisdiccional de naturaleza civil, que no hace parte del objeto de la jurisdicción administrativa: "La jurisdicción en lo contencioso administrativo no juzgará las providencias dictadas en juicios de policía de carácter penal o civil...", reza el artículo 82 del Decreto 01 de 1984.

"4. Sobre este mismo particular ha expresado el Consejo de Estado: "cuando, como en el caso presente, un acto de la rama ejecutiva del Poder Público incide sobre cuestiones de dominio, a la jurisdicción de lo contencioso sólo le corresponde fallar sobre si tal acto se ajusta a las disposiciones legales que rigen la materia o si fue dictado con violación de las mismas o con abuso de poder o desviación de las atribuciones propias del respectivo funcionario; pero no puede entrar a decidir sobre la *propiedad o posesión de la cosa*. Esta regla es consecuencia lógica e inmediata de la naturaleza misma de la jurisdicción contencioso administrativa, ajena por completo a la posibilidad de declarar quién sea el dueño, poseedor, usufructuario, etc. de un inmueble o de él, pues tal cosa seria el resultado de una controversia de derecho privado y no de derecho público" (Anales 337 a 381, página 449).

"5. Es el caso, en consecuencia, de inadmitir la presente demanda (folio 140 C.1).

No está de acuerdo el recurrente con la posición jurídica del Tribunal, y para argumentar su punto de vista expresó entre otras:

"De lo demandado se desprende, en contrario de lo que piensa la Sala, que se trata de una acción de nulidad en contra de las decisiones arbitrarias tomadas, tanto por el señor inspector municipal de policía del municipio de Caldas, como por el señor Gobernador del departamento de Antioquia, por intermedio del señor Juez Segundo de Policía, quienes, actuando como lohan (sic) hecho, dejaron en todo momento y de un todo, desprotegidos a mis mandantes respecto del derecho de defensa consagrado constitucionalmente.

"Si se solicita al Honorable Tribunal, ordenar a la entidad demandada, devolver el derecho que sobre la faja de terreno tienen los demandantes y de la cual han sido despojados los actores, es porque ello es una consecuencia del éxito de las pretensiones. En tal sentido indica el doctor Carlos Betancur Jaramillo en su obra de Derecho Procesal Administrativo; "En el contencioso de restablecimiento deberá pedirse la ***nulidad*** del acto administrativo y enunciarse clara y separadamente las condenas o declaraciones que se pretendan como consecuencia de aquella" p. 132. Igualmente indica en la misma obra: "...el de restablecimiento es el medio para obtener, como consecuencia de la nuli-

dad del acto administrativo, el resarcimiento de un derecho sujetivo..." pág. 14.

"Si se analiza los fundamentos de derecho, en donde se pone a consideración del Honorable Tribunal las omisiones en que incurrieron los funcionarios que han emitido el acto, se puede apreciar claramente que lo que se aaca (sic) es precisamente ese acto; y en ningún momento se está discutiendo o planteando un problema de dominio o propiedad sobre el bien afectado con la decisión; es solo el acto emitido de una autoridad administrativa que constituye, al contratio de lo dicho por la honorable sala de decisión, no un acto jurisdiccional de naturaleza civil, sino un típico acto administrativo, pues tales resoluciones reunen a cabalidad todos y cada uno de los requisitos que el profesor Marcel Waline indica en su definición de acto administrativo...

"Cabe preguntarnos en qué consiste, o cuando una actuación de estos funcionarios constituye un juicio de policía, y cuando por tener tal carácter, escapa al control de los tribunales administrativos.

"De acuerdo con un fallo dictado por el Honorable Consejo de Estado el 2 de marzo de 1962 citado por el doctor Betancur en la misma obra y en la misma página 38, se deduce que los juicios de policía de carácter penal o civil, que escapan al control por parte de los tribunales contencioso administrativo, son aquellas actuaciones que dirimen controversias entre particulares, y nuncia (sic) cuando una parte es la administración.

"Se trata pues señores magistrados, de una actividad meramente administrativa ejercida (sic) en función de sus obligaciones por una autoridad administrativa, que debe estar sujeta al control de legalidad, a fin de que los administrados no sufran el rigor de un error cometido por los funcionarios que han emitido tal acto" (folio 143 C.1).

Para la Sala habrá de revocarse la providencia recurrida, puesto que en el caso en estudio no es aplicable la excepción contenida en el inciso final del artículo 82 del C.C.A., tal como estaba concebido antes de la vigencia del Decreto Ley 2304 de 1989 y, menos aún luego de la fecha en que entró a regir este último.

Y considera la Sala que dicha excepción no puede ser reconocida en el caso de autos, por los siguientes motivos:

1o. Como lo ha dicho la jurisprudencia de la Corporación, el inciso final del artículo 82 del C.C.A. debe ser interpretado de manera restrictiva. Así, en sentencia de febrero 2 de 1962, que es aplicable al caso de autos por tratarse de la misma problemática, expresó:

"La Ley 99, a que se refiere el doctor Tascón, es la dictada en 1919, con el objeto de sustraer esas resoluciones en juicios policivos de los actos de las respectivas autoridades municipales y departamentales sometidos, según los

ordinales b) y g) del artículo 38 de la Ley 130 de 1913, al conocimiento de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

"La razón que tuvo el legislador de 1919 para sustraer de dicho control jurisdiccional las resoluciones policivas determinadas en el artículo 1º de la Ley 99 que el ordinal 2º del artículo 73 citado reproduce y mantiene es, sin duda, la explicada brevemente y en términos generales por el doctor Tascon, o sea la de que en las hipótesis de que tales autoridades ejerzan exclusivamente funciones judiciales en cuestiones de naturaleza penal o civil, ya sus decisiones no pueden considerarse actos administrativos, pues dentro de tal hipótesis las autoridades correspondientes obran como jueces y sus resoluciones equivalen a sentencia.

"Se trata de una excepción a la regla general del Código Contencioso Administrativo que somete todos los actos de las autoridades de este orden al control jurisdiccional de sus Tribunales. Y tratándose de una excepción la norma del ordinal citado debe interpretarse en forma restrictiva, máxime si se considera que la razón y objeto propios de la jurisdicción regulada por ese Código, e instituída por la constitución, es la de que sea árbitro de la legalidad y garante de los derechos subjetivos, mediante las actuaciones y recursos etablecidos contra los actos de carácter administrativo emanados de las autoridades de esa rama del Poder Público. Dice el doctor Tascon, con el párrafo transcrito, que "Administración es todo acto de actividad del Estado con exclusion de la Legislación y la Justicia". A tal conclusión llegan notables doctrinantes ante la dificultad de definir ese ente abstracto para fines juridicos. Se quiere así diferenciarlo no solo por el órgano que actúa, sino más precismante por la naturaleza de la función que ejerce en cada caso concreto". (Anales del Consejo de Estado, tomo 64, Nos. 397, p. 263).

2o. Y precisamente, como sucede en el caso de autos, cuando las autoridades policivas actúan con la finalidad de obtener la restitución de bienes que en concepto de ellas son de uso público, lo hacen en ejercicio de poderes especiales que para tales efectos el legislador les ha otorgado, Mas no puede decirse que en estos eventos obran haciendo uso de funciones judiciales que, excepcionalmente la ley otorga haciendo uso de funciones judiciales que, excepcionalmente la ley otorga a tales autoridades. Ello desprende con nitidez de las normas que regulan el procedimiento que debe observarse para obtener la restitución de bienes de uso público, que los actos acusados citan.

En efecto, ni el Decreto 640 de 1937, en virtud del cual el Presidente de la República reglamentó el artículo 208 de la Ley 4a. de 1913 sobre restituciones de bienes de uso público, ni el Decreto 1333 de 1970, (Código Nacional de Policía) le dan estructura de juicio a dicho procedimiento, y menos aún, lo denominan de dicha manera.

Así, el Decreto número 640 de 1937, luego de considerar que "Al presidente de la república corresponde... la facultad de definir los asuntos administrativos", y

tras estatuir sobre el procedimiento que los alcaldes deben cumplir para la restitución de bienes de uso público, establece en su artículo 9º que, "si los opositores a la restitución de que trata el referido artículo 208 negaren la calidad de públicos de los bienes restituibles, la orden de restitución se llevará siempre a efecto: pero los opositores pueden, constituyéndose demandantes, debatir este punto ante el Poder Judicial, mediante ejercicio de las acciones correspondientes" (Diario Oficial, número 23454).

A su turno, el inciso final del artículo 170 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), que reprodujo idénticamente el artículo 208 de la Ley 4a de 1913, expresa:

> "Las vías, puentes y acueductos públicos no podran enajernarse ni reducirse en ningún caso. Toda ocupación permanente que se haga de estos objetos es atentoria a los derechos del común, y los que en ello tengan parte serán obligados a restituir, en cualquier tiempo que sea, la parte ocupada un tanto más de su valor, además de los daños y perjuicios de que puedan ser responsables".

Finalmente, el artículo 132 del Decreto Ley 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), establece que "Cuando se trate de la restitución de bienes de uso público, como vias públicas urbanas o rurales o zona para el paso de trenes, los alcaldes, una vez establecido, por los medios que estén a su alcance, el carácter de uso público de la zona o vía ocupada, procederán a dictar la correspondinete resolución de restitución que deberá cumplirse en un plazo no mayor de treinta días. Contra esta resolución procede recurso de reposición y tambien de apelación para ante el respectivo Gobernador".

Del conjunto de normas citadas que, se repite, regulan el proceso que deben observar las autoridades para lograr la restitución de bienes de uso público, observa la Sala que en ninguna de ellas se habla de juicio de policía. Por ello, mal podria darle la Sala tal caracter pues, al ser de interpretación restrictiva el inciso final del artículo 82 del C.C.A., debe la ley calificar el actuar administrativo como una actuacion, por excepción, judicial. Para el caso en análisis, por el contrario claramente dice el codigo nacional de policía en su artículo citado, que el procedimiento que termina la actuación policiva, finaliza con una resolución, y no con una sentencia.

Lo hasta aquí afirmado es a todas luces concordante con los principios tutelares que guían nuestro Estado de Derecho, dentro de los cuales brilla aquel que afirma la separación de los poderes públicos, y que incluye a la policía en la Rama Ejecutiva, llamada por tanto a proferir normalmente actos administrativos, y en muy contadas excepciones, a proferir sentencias judiciales.

3o. Así las cosas, observa la Sala que en el caso de autos no se trata de juicios policivos, pues no hay conflicto entre dos partes que sea dirimido por la autoridad policiva, como bien puede suceder en los amparos posesorios. En el evento de

restitución de bienes de uso público, la autoridad administrativa no actua como juez, entendiendo esta institución en su sentido lato, es decir como aquella que dirime imparcialmente, controversias entre dos partes que persiguen intereses opuestos.

4o. Estando claro que en el presente evento no se trata de un juicio policivo, procede ahora definir a quien compete el conocimiento de los conflictos que por dichas actuaciones se originen entre un particular y el Estado. Estima la Sala que dicha competencia corresponde a la jurisdiccion de lo contencioso administrativo, pues ésta se halla precisamente instituida entre otras cosas, para "juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas" (artículo 12 del Decreto 2304 de 1989, que subroga el artículo 82 del C.C.A.). Si bien es cierto el Decreto 640 de 1937, precitado, dispone que en caso de conflicto por las mencionadas actuaciones el opositor puede debatir ante el Poder Judicial la calidad de pública de una propiedad afirmada por la autoridad policiva, ello no es óbice para que la Sala estime que la jurisdicción administrativa es obviamente también Poder Judicial. Por demás, las normas posteriores al Decreto 640 de 1937, ya citadas, al callar respecto de quién es el competente para conocer de litigios como el de que trata el presente proceso, hacen que dicha competencia deba gobernarse por el artículo 82 del C.C.A. que, como se ha visto, solo prohíbe a ésta jurisdicción el conocimiento de las providencias dictadas en juicios civiles de policía regulados especialmente por la ley, hipótesis que no se da en el presente evento.

5o. Y si bien el artículo 12 del Decreto Ley 2304 del 7 de octubre de 1989, que subrogó el artículo 82 del C.C.A. adoptado en 1984 por el Decreto 01 del mismo año, estipuló cambios en la redacción de la norma, ello en nada incide frente a la solución del ***sub-lite.***

En efecto, lo que considera en ésta oportunidad la Sala, es que los procedimientos administrativos que buscan la restitución de bienes de uso público, no constituyen, de conformidad con las normas pertinentes ya analizadas, juicios policivos, sino que, por el contrario, constituyen actuaciones administrativas que culminan con un acto administrativo objeto de control en esta jurisdicción.

Por lo anterior, la nueva redacción del artículo 82 del C.C.A., que en lo pertinente afirma que "la jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley", en nada altera la decisión que en el sub-lite habrá de tomarse. Ello porque, en primer término, no se está frente a un evento de decisión proferida en juicio civil o penal de policía, sino, se repite, frente a un caso de culminación, mediante acto administrativo, de una actuación administrativa; y porque, en segundo término, es indiferente para el presente proceso, que el juicio policivo se encuentre especialmente regulado por la ley. En efecto, si la primera parte del precepto normativo y que constituye la premisa mayor de la norma, no cobija la hipótesis a resolver, mal podría quedar subsumida en la segunda parte del precepto que, por

demás, restringe aún más la excepcion del control por esta jurisdicción de los juicios policivos, pues precisamente supone que los juicios policivos no regulados especialmente por la ley, son también de competencia de ésta jurisdicción.

6o. Por ello, erró el Tribunal al considerar que "la Jurisdicción administrativa carece de facultades para decidir quien es el dueño o poseedor de un bien inmueble", pues como se ha dicho, el problema aquí reside en el hecho de que es la misma autoridad administrativa la que plantea en nombre de la comunidad, que la popiedad es pública y no de un particular, Es así como, el hecho de que la actuación administrativa toque o no el derecho de propiedad, no obsta para que esta jurisdicción sea competente para conocer del acto administrativo proferido, pues precisamente el punto a dilucidar consiste en determinar si se trata o no de un juicio policivo de carácter civil. Por lo demás, el litigio está originado en un peocedimiento administrativo que culminó con un acto administrativo, cuya legalidad compete analizar a esta jurisdicción, única constitucional y legalmente autorizada para cumplir tal menester.

En consecuencia,

SE RESUELVE:

REVOCASE el auto de veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y nueve, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y en su lugar SE DISPONE:

PRIMERO. Admítese la demanda presentada por el Doctor Carlos Hoyos García, apoderado judicial de Noel Barragan y otros.

SEGUNDO. Notifíquese personalmente esta providencia al Municipio de Caldas (Antioquia), representado por su Alcalde.

TERCERO. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público.

CUARTO. Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, conforme al ordinal 5º del artículo 46 del Decreto 2304 del 7 de octubre de 1989.

El ***a-quo*** dará cumplimiento a las anteriores provisiones y proveerá respecto de lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 46 del Decreto 2304 de 1989, si considera que hay lugar a ello.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; ***Antonio José de Irisarri Restrepo, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,*** Con salvamento de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

BIEN DE USO PUBLICO - Restitución/ **JUICIO DE POLICIA** - Inexistencia/ **JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA**
(Salvamento de voto)

Se consideró la actuación para obtener la desocupación de una vía pública o cualquier bien de uso público como juicio policivo y por ende no sujeto al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA

Referencia: Expediente No. 5911. Actor: NOEL BARRAGAN Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE CALDAS.

Con toda consideración me separo del alcance de la providencia aprobada por la Sala el día tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990), por medio de la cual se revocó el auto proferido por el *a-quo* el día veintitrés (23) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y se admitió la demanda.

Siendo un convencido de la perspectiva jurídica que enseña que el derecho está en el derecho judicial, no puedo ir tan lejos como para patrocinar que la jurisprudencia, sería, firme y con fuerza de convicción que a lo largo de muchos años ha estructurado el Consejo de Estado, sobre la materia que dio origen al presente conflicto de intereses, se cambie, comprometiendo a mi juicio tanto la ley como el Derecho.

El doce (12) de octubre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) dentro del expediente No. 5509, Actor RAUL EDUARDO MURGUEITIO VELEZ, demandado MUNICIPIO DE CALI, los mismo integrantes de la Sala, por unanimidad, con ponencia de quien suscribe, confirmaron la decisión tomada por el Tribunal Administrativo del Valle, en un asunto sensiblemente igual al presente.

Entonces se reiteró la perspectiva jurisprudencial tradicional, discurriendo dentro del siguiente universo:

"A) Dentro del proceso se encuentran acreditadas las siguientes circunstancias particulares del caso:

"*PRIMERA*.- Que por Resolución No. 002 de dieciocho (18) de marzo de mil novecientos ochenta y seis (1986), la Inspectora Superior de Policía Municipal Evaristo García, de Cali, haciendo uso de la facultad que le da el artículo 132 del Código Nacional de Policía, ordenó la restitución y correspondiente desalojo "...de la zona comprendida entre la avenida tercera norte y la antígua vía Cali-Yumbo, que es avenida sexta Norte, con calle 70 o autopista oriental comprendida dentro de la zona o perímetro urbano de Cali", disponiendo además que las personas que se enlistan y las demás interesadas que ocupan la zona contra todo derecho procedan a "... restituirla dentro de un plazo de 20 días comunes, contados a partir de la notificación y ejecutoria..." de la citada resolución.

"En los considerandos de ésta se afirma que por auto de tres (3) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), se decretó la diligencia de inspección Judicial, la cual se realizó el cuatro (4) de febrero de mil novecientos ochenta y seis (1986), habiéndose podido observar "...que de la avenida sexta a la avenida tercera norte por toda la franja izquierda de la autopista oriental o calle 70, colindando con la quebrada de MENGA, se encontraron treinta y cuatro negocios, los cuales se enlistan en el referido proveído. Se recuerda, igualmente, que por Escritura Pública No. 2550 de cinco (5) de mayo de 1958, de la Notaría Segunda de Cali, se cedió a este Municipio "... la franja izquierda de la autopista oriental en dirección sur norte por la firma HIJOS DE ADOLFO BUENO LTDA.

"*SEGUNDA*.- Que por Resolución No. 006 de diecisiete (17) de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986), el Juzgado Segundo Superior de Policía Departamental, CONFIRMO en todas sus partes la Resolución No. 002 de 18 de marzo de 1986, proferida por la Inspección Superior de Policía Municipal "Evaristo García". En lo sustancial de los considerandos del proveído, se destaca:

"En cuanto a los planteamientos de los apelantes en el sentido de que dichos terrenos pertenecen al Municipio de Yumbo existen pruebas en contrario como la Escritura Pública de la Notaría Segunda de Cali de fecha 6 de mayo de 1958 en la que la firma "Hijos de Adolfo Bueno Ltda". *Trasfiere a título gratuito al Municipio de Cali... Igualmente transfiere al Municipio de Cali con destino exclusivo a zonas verdes*. (folios 107 al 114). También a folio No. 23 se encuentra el oficio No 426, emanado de la Inspección General urbana, en el que dá cuenta de la ocupación *a zonas pertenecientes al Municipio de Cali*. Existen también los planos que aparecen a folios Nos. 82 -232 - 233 - y 234 señalando la zona ocupada perteneciente al Municipio de Cali. Final-

mente corroborando lo anterior a folio No. 31 a 37 aparece la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle en el que establece el perímetro urbano de Cali quedando la zona ocupada dentro del Municipio de Cali.

"Ahora bien, si a pesar de las pruebas mencionadas en las que no existe duda alguna de que dichos terrenos pertenecen al Municipio de Cali, se insiste en que dicha zona pertenece al Municipio de Yumbo, el artículo 319 del Decreto 1212 de 1984 es muy claro al respecto cuando dice: "De los procesos civiles de policía conocerá el funcionario del lugar donde se hallan ubicados los bienes y si éstos corresponden a distintas jurisdicciones territoriales el de cualquiera de ellos, a prevención". (folios 164 a 165).

"*TERCERA*.- Que la diligencia de restitución de la zona pública se inició el día veintitrés (23) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) y terminó el veinticuatro (24) del mismo mes y año, como se desprende de las fotocopias del acta que se levantó con tal motivo, las cuales obran a folios 309 y siguientes del Cuaderno Nro. uno, donde en lo pertinente se lee:

"Como quiera que la mayoría de construcciones levantadas en la zona materia de restitución han sido retiradas voluntariamente por sus ocupantes y propietarios, con la ayuda de los obreros aportados por Obras Públicas de Cali, solamente para unas pocas casas, ya que los materiales dejaron arrumados (sic) por la maquinaria oficial -buldozer-, quedando el predio totalmente desocupado, razón por la cual el Despacho hace entrega real y material al Doctor HERNANDO CEBALLOS, como Delegado de la Personería Municipal en lo Civil, del predio, quien manifiesta recibirlo de conformidad y a entera satisfacción...".

"B) Dentro del marco anterior, no existe duda alguna para la Sala en el sentido de que en el caso en comento se tramitó un juicio civil de policía, cuyas providencias no pueden ser juzgadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por mandato expreso del inciso final del artículo- 82 de la misma obra. Sobre la materia la Corporación ha fijado desde hace mucho tiempo pautas jurisprudenciales "cuyo contenido es claro y preciso. Así en sentencia de doce de septiembre de mil novecientos ochenta y cinco, proferida por la Sección Primera, con ponencia del Dr. Humberto Mora Osejo, Expediente No. 2258, Actor Santiago Marroquín V., publicada en Anales del Consejo de Estado, Segundo Semestre, 1975, páginas 399, se lee:

"En el caso *sub-judice* la Sala verifica que se surtió un juicio civil de policía ante el Alcalde Municipal de Sibaté, por solicitud que le hiciera la Junta de Acción Comunal, coadyuvada por el Personero, para que ordene al señor Santiago Marroquín desocupar la vía publica -avenida Ferrocarril con carrera 9a.- de la población del mismo nombre donde actualmente levanta una construcción (folio 8) El Alcalde Municipal, mediante Resolución número 031 del 23 de octubre de 1968, que fuera confirmada por el Gobernador del de-

partamento de Cundinamarca, mediante providencia del 29 de enero de 1970 (folios 11 y 25), condenó a Santiago y Héctor Marroquín -quienes se opusieron a la demanda e interpusieron recurso de apelación contra la mencionada providencia del Alcalde a restituir la vía, dentro del plazo señalado, so pena de que se les aplique la sanción prescrita por el artículo 1º del Decreto número 640 de 1937 y de que las autoridades policivas efectúen la demolición de la obra.

"El Decreto número 640 de 1937, reglamentario del artículo 208 del Código de Régimen Político y Municipal, corrobora lo expuesto, en cuanto define como juicio policivo la actuación que se surta para obtener la desocupación de una vía pública, o cualquier bien de uso público (Artículo 5º), no sólo porque prescribe que en ella intervengan como partes mediante notificación personal de la primera providencia los ocupantes materiales (Art. 3º) y el Personero Municipal, a quien se le deben notificar personalmente "todos los actos que los alcaldes dicten" (Artículo 4º parágrafo), sino también porque el artículo 91. *ibídem* defiere a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los juicios que promuevan los opositores "constituyéndose demandantes", tendientes a infirmar la calidad de públicos de los bienes ocupados y, por ende, a hacer valer sus pretendidos derechos sobre ellos.

"En consecuencia, como los actos acusados se profirieron en un juicio civil de policía, de conformidad con el artículo 73, ordinal 2º del Código Contencioso Administrativo, "no son acusables ante la jurisdicción contencioso administrativa" y, por lo mismo, tampoco el Tribunal es competente para conocer de la acción propuesta".

"La realidad jurídica anterior explica bien la razón por la cual el proveído impugnado será confirmado".

Finalmente, deseo traer a colación las enseñanzas de CH PERELMAN, recogidas en su obra "LA LOGICA JURIDICA Y LA NUEVA RETORICA", Editorial Civitas, donde se lee:

"...el seguir una jurisprudencia constante basta para hacer motivar una sentencia, *MIENTRAS QUE LA MODIFICACION DE UNA JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA ES ALGO QUE DEBE SER MOTIVADO MAS SERIAMENTE*. Pues a causa del crédito que se concede a la regla de justicia que ordena tratar por igual los casos esencialmente similares, se necesitan razones imperiosas para motivar un cambio de jurisprudencia..." (Obra citada, pág. 210. Subrayas de quien suscribe).

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta.

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS/ LUCRO CESANTE - Prueba

Efectivamente se causó un perjuicio al demandante, propietario del vehículo, al traspasarlo, con ligereza, sin la debida diligencia a que estaba obligado, esperando el procedimiento judicial defintivo, según el ordenamiento legal vigente y por consiguiente la omisión en la entrega del mismo a su dueño de conformidad con la providencia judicial citada, lo que constituye falla del servicio.

No aparece ningún elemento que de alguna forma arroje siquiera un principio de prueba sobre las utilidades dejadas de percibir por el demandante por no haber podido disponer del vehículo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D. E., cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5636. Actor: PARMENIDES GAVIRIA NAVARRO.

Procede la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia del 29 de septiembre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por la cual se despacharon favorablemente algunas de las súplicas de la demanda.

I - ANTECEDENTES

1o. El actor por conducto de apoderado demandó al FONDO ROTATORIO DE ADUANAS en ejercicio de la acción indemnizatoria con el objeto de formular las siguientes PRETENSIONES:

"*PRIMERA:* Que se declare que el FONDO ROTATORIO DE ADUANAS es administrativamente responsable de los perjuicios causados al demandante señor PARMENIDES GAVIRIA NAVARRO, por la omisión en la entrega de un vehículo-camioneta marca chevrolet, modelo 1982, tipo Pick-up de placas GU-6417, la cual fue ordenada por el señor Juez Primero del Juzgado Superior de Aduanas de la ciudad de Cali, en providencia de 27 de julio de 1984 y del Honorable Tribunal Superior de Aduanas de 2 de julio de 1984, comunicada al citado Fondo por oficio No. 555 de 30 de octubre de 1984, debidamente confirmado por oficio 556 de la misma fecha.

"*SEGUNDA:* Que como consecuencia de la declaración anterior se condene al Fondo Rotatorio de Aduanas a devolver al demandante señor PARMENIDES GAVIRIA NAVARRO el vehículo de características anotadas anteriormente, el cual le había sido entregado al Fondo Rotatorio de Aduanas por medio de Acta de ingreso número 194 de 14 de octubre de 1982, en las mismas condiciones en que la recibió, en calidad de depositario; o en su defecto a pagar el valor de él conforme a lo que resulte probado en el juicio, o en su regulación posterior, descontando lo que el Fondo hubiere entregado al demandante o a su apoderado y según se pruebe en el proceso.

"*TERCERA:* Que se condene al Fondo Rotatorio de Aduanas a pagar al demandante la totalidad de las sumas que por perjuicios resulten, probadas en el juicio, o que se den las bases para su regulación en incidente posterior que se tramitará para efectos de la regulación, y que para dicha condena se tengan en cuenta los siguientes perjuicios y factores, así:

a) Valor de la camioneta.

b) Perjuicios moratorios comerciales causados por la no entrega oportuna de la camioneta o de su valor, o

c) Intereses de la suma que resulte del valor de la camioneta.

d) Devaluación monetaria de las sumas anteriores.

Todo lo anterior desde la fecha en que el Fondo Rotatorio de Aduanas debió entregar la camioneta y hasta que se cumpla el fallo.

"*CUARTA:* Que se ordene al Fondo Rotatorio de Aduanas el cumplimiento de este fallo dentro del término que para el efecto se establece, y además se establezca la tasa de interés corriente moratorio y mensual sobre la totalidad de las sumas que deberá pagar en caso de incumplimiento". (folios 16 y 17.

2o. El demandante fundamenta su demanda, en síntesis en los siguientes hechos:

1. El 13 de octubre de 1982, en el Retén de El Mango, sitio la Depresión del Municipio de El Bordo (Cauca), los agentes de la Aduana Nacional decomisaron al demanante la camioneta de su propiedad, distinguida con las siguientes características: placas GU-6417 de Popayán, marca Chevrolet, modelo 1982, tipo Silverado, color azul y blanco, motor L020122LT9.

2. Dicho vehículo que se encontraba en general en perfecto estado, fue retenido por presunción de contrabando, por lo que fue entregado al Fondo Rotatorio de Aduanas de la ciudad de Cali (Valle), mediante acta de ingreso número 194 de 14 de octubre de 1982. El adelantamiento del proceso penal corres- pondió al Juzgado Primero Superior de Aduanas de esa misma ciudad.

3. Surtida la investigación correspondiente, el juzgado mencionado por providencia de julio 27 de 1984 sobreseyó definitivamente al señor Parmenides Gaviria de la acusación de contrabando que se le imputara y dispuso la entrega del vehículo decomisado a su propietario por inexistencia del delito.

4. La providencia referida fue remitida en consulta al Tribunal Superior de Aduanas, que la confirmó en su integridad mediante sentencia del 2 de octubre de 1984.

5. Para dar cumplimiento a la sentencia, el juzgado de conocimiento dirigió al Almacenista del Fondo Rotatorio de Aduanas el oficio número 555 de 30 de octubre de 1984, transcribiendo la parte resolutiva de las sentencias proferidas por el juzgado y el Tribunal, con el fin de que fuera entregado el vehículo materia de la *litis* a su propietario. Igualmente dirigió el oficio 556 de octubre 30 de 1984, confirmatorio del anterior.

6. Recibidos los oficios por el Fondo Rotatorio de Aduanas, éste envió al señor Aicardo Saldarriaga Villa, funcionario de la entidad al despacho del Juez Primero Superior de Aduanas de Cali con el fin de confirmar la veracidad y autenticidad de los mismos, luego de lo cual se informó al actor que su camioneta había sido traspasada al Martillo del Banco Popular de Cali y había sido vendida, por lo cual debía presentar cuenta de cobro para la devolución del dinero producto de la venta.

3o. La entidad demandada contestó la demanda, mediante apoderado, y en el escrito correspondiente, que obra a folios 55 y ss., niega algunos de los hechos y solicita que se prueben otros, además, propuso como excepciones todas las de mérito que resultaren probadas y en especial, la de fondo del artículo 163 del C.C.A. en consideración a que; en su opinión, el concepto de violación fue deficiente, incumpliendo así el requisito exigido por el artículo 137 del C.C.A.

Propone igualmente la excepción de inepta demanda, por cuanto considera que debió demandarse a la Dirección General de Aduanas y no al Fondo Rotatorio.

4o. Cumplido el restante trámite legal, el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca procedió a dictar sentencia declarando responsable al Fondo Rotatorio de Aduanas de los perjuicios ocasionados al señor PARMENIDES GAVIRIA NAVARRO y condenando al Fondo a pagarle los perjuicios materiales en la suma de tres millones de pesos ($3'000.000,oo), más el 32.52% anual efectivo de interés desde el 13 de octubre de 1982 hasta la verificación del pago. Denegó las demás súplicas de la demanda.

El Tribunal fundamentó su fallo en las siguientes consideraciones:

1. Respecto a las excepciones propuestas por el demandado considera que no son procedentes por cuanto acogiendo el concepto fiscal, que dice se basa en jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción que efectivamente procedía para el presente caso es la de reparación directa y cumplimiento y no la de restablecimiento del derecho, como alega la parte demandada.

2. Igualmente, con fundamento en sentencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo y analizadas las pruebas allegadas al expediente, concluye que se presentó la falla del servicio y en consecuencia la obligación del Fondo Rotatorio de Aduanas es la de pagar los perjuicios causados al propietario de la camioneta marca Chevrolet de placas GU-6417.

3. En cuanto al reconocimiento de perjuicios considera:

a) Que no hay lugar a condenar a la actualización de la condena porque se despacha favorablemente la pretensión de responsabilidad del Fondo con los intereses comerciales respectivos.

b) Fija en tres millones de pesos ($3'000.000,oo) el valor del vehículo "teniendo en cuenta sus características, estado de funcionamiento, los precios en el país y otras circunstancias consignadas en el expediente" (folio 168).

c) En cuanto al lucro cesante, no acoge el dictamen pericial en virtud de su deficiente fundamentación y porque, además, se liquidaron intereses de intereses y no se demostró que el vehículo contribuyera a la producción de renta o sirviera para las labores propias del actor. Por tanto se limita a reconocer, por este concepto, un interés del 32.52% anual efectivo sobre los $3'000.000,oo, valor del vehículo.

5. El actor, previa solicitud de adición a la sentencia para que se resolviera el grado de consulta (folio 174), la cual fue negada por el Tribunal, interpuso recurso de apelación que sustentó con los siguientes argumentos:

a) En relación al valor asignado a la camioneta de $3'000.000.oo considera que si bien es cierto esta fue la suma que él indicó como estimación razonada, ello fue para efectos de la instancia en que conocía el Tribunal del negocio, pero no el real o definitivo y además él mismo dijo que "el valor definitivo de la camioneta

se establecería mediante dictamen pericial" (folio 182) y los peritos la avaluaron en $3'500.000.oo.

b) En cuanto al lucro cesante, intereses moratorios y devaluación monetaria, estima que los intereses a que debe condenarse al Fondo Rotatorio de Aduanas es al pago de los moratorios o sea a una tasa igual al doble de lo condenado, y, con fundamento en sentencia de esta Corporación, que cita, la providencia del 23 de septiembre de 1984, proceso 3551, en la cual se condena a intereses moratorios y devaluación monetaria, solicita se modifique la condena de la sentencia así:

1. Como daño emergente se señala la suma de $3'500.000,oo valor de la camioneta.

2. Se ordene también el reconocimiento de intereses moratorios al doble del 32.52% anual efectivo fijado en la sentencia apelada.

3. Se ordene reconocer la devaluación monetaria mínimo sobre los intereses corrientes moratorios más los intereses puros, mes por mes sobre esta suma. Adicionalmente, solicita que al estudiar la apelación se surta simultáneamente el grado de consulta.

6o. Las partes no presentaron en esta instancia alegatos de conclusión.

El agente del Ministerio Público, conceptuó, respecto del valor asignado por el *a-quo* a la camioneta, que el fallador es autónomo en la estimación de las pruebas y con esa facultad analizó el dictamen pericial fijando el daño emergente en $3'000.000.oo. Sobre el lucro cesante, afirma que "de las pruebas allegadas al proceso no aparecen configuradas las utilidades dejadas de percibir por el actor, mensual o periódicamente, desde la fecha en que se ocasionó el perjuicio, y si el demandante no cumplió con esa carga probatoria, la decisión del *a-quo* no podía ser diferente a la contenida en la providencia recurrida" (folio 195). En consecuencia, solicita la confirmación de la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

II - CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se vio en el capítulo de Antecedentes, la sentencia fue condenatoria para la Administración -Fondo Rotatorio de Aduanas-, por lo que de hecho corresponde a esta Corporación estudiarla también en grado de consulta; por esto, la Sala no se limitará al examen del recurso de apelación interpuesto por el actor.

Dijo el apoderado de la entidad demandada que proponía todas las excepciones de mérito que se probaran y en especial aduce que el concepto de violación no se adecuó a lo exigido por el artículo 137 numeral 4º del C.C.A. La claridad de la norma no deja duda de que en el caso de autos no procedía su aplicación por cuanto en esta litis no se impugnó acto administrativo alguno, y el requisito consistente

en indicar las normas violadas y concepto de violación se hace exigible es para ese efecto.

También propuso la demandada la excepción de inepta demanda, por considerar que se debía demandar a la Dirección General de Aduanas, pues el Fondo Rotatorio obró conforme a la ley, por lo que, se presenta la falta de causa para ejercitar o recurrir en demanda ante la jurisdicción. Respecto de esta excepción, basta decir que, no es aceptable en razón de que con la sola lectura de la demanda y el examen de pruebas allegadas, salta a la vista que la operación que originó el presunto perjuicio reclamado fue precisamente ejecutada por el Fondo Rotatorio de Aduanas, quien obró en forma irregular, no conforme a la ley sino contrario a ésta. La actuación de la Dirección General de Aduanas se limitó a entregar el vehículo decomisado al Fondo, como se lo ordena la ley, y éste decidió traspasarlo al Martillo del Banco Popular para que fuera enajenado, sin esperar la sentencia definitiva del respectivo juzgado, según lo establece la misma ley y como se expone en el pronunciamiento jurisprudencial que transcribe el ***a-quo*** en su sentencia, a folios 166 y siguientes.

De esta manera, como no resultaron probadas las excepciones alegadas, la Sala entra al estudio de las pretensiones del actor, que se traduce en la declaración de responsabilidad del Fondo Rotatorio de Aduanas por los perjuicios que le fueron causados y la condena a la misma entidad por la omisión en la entrega de un vehículo con las características descritas en varios de los documentos que obran en el expediente.

Respecto de la primera pretensión, debe tenerse en cuenta que los artículos 81 y 82 del Estatuto Penal Aduanero -Decreto Ley 955 de 1970- vigente a la fecha en que ocurrió el decomiso, establecen:

> "Artículo 81. Declaración de Contrabando. La declaración de que una mercancía es de contrabando se hará en la sentencia, en el auto de sobreseimiento definitivo, en el que ordena el archivo del expediente o en la providencia que dispone la cesación del procedimiento, según el caso, siempre que esté plenamente demostrada la materialidad de la infracción.
>
> "Artículo 82. Remate de la Mercancía. En firme la declaración de que una mercancía es de contrabando se procederá a su remate directamente por el Fondo Rotatorio de Aduanas o por un martillo legalmente autorizado, siguiendo las formalidades establecidas por el Código de Procedimiento Civil".

Para su aplicación al caso de autos, es necesario analizar las pruebas que obran en el expediente y concluír si hay lugar a la declaratoria de responsabilidad o no. Así, se tiene:

a) La retención de la camioneta marca Chevrolet, modelo 1982, tipo Pick-up Silverado, placas GU-6417, motor L020122LT9, chasis número CL020122, color azul y blanco, de dos puertas, de propiedad del señor Parmenides Gaviria, consta

en el recibo de retención de mercancías que en copia autenticada aparece a folio 15 del cuaderno principal.

b) El ingreso del vehículo descrito al Almacén de Depósito del Fondo Rotatorio de Aduanas por presunción de contrabando, se probó con copia del Acta de Ingreso No. 194 del 14 de octubre de 1982 (Fl. 10 y 11).

c) El traspaso del Fondo Rotatorio de Aduanas -Almacén de Depósito- al Banco Popular -Martillo- fue acreditado mediante copia del egreso No. 094 del 12 de agosto de 1983 (cuaderno No.3) .

d) La venta del vehículo mencionado por el Banco Popular Martillo al señor Leonidas Calderon Lozano, aparece en el informe de fecha 10 de septiembre de 1986, en el cual consta además que el precio fue de $628.000,oo más los gastos del 15% para el Fondo Rotatorio de Aduanas (cuaderno No. 3) .

e) A folios 12, 13 y 14 aparecen copias sin autenticar de los oficios Nos. 555 y 556 de octubre 30 de 1984, remitidos por el juzgado Primero Superior de Aduanas al Almacenista del Fondo Rotatorio de la Aduana, comunicándole la parte resolutiva de las providencias de primera y segunda instancia dictadas dentro del proceso contra Parmenides Gaviria Navarro.

f) A folios 2 y siguientes del cuaderno principal se allegaron copias autenticadas con constancia de ejecutoria de las decisiones de sobreseimiento tanto del Juzgado Primero Superior de Aduanas como del Tribunal del Valle de fechas julio 27 de 1984 y octubre 2 del mismo año respectivamente.

Descritos los anteriores elementos probatorios si se confrontan las fechas de los hechos, se establece plenamente y sin necesidad de un mayor esfuerzo mental que efectivamente se causó un perjuicio al demandante -propietario del vehículo, al traspasarlo, con ligereza, sin la debida diligencia a que estaba obligado, esperando el procedimiento judicial definitivo, según el ordenamiento legal vigente antes transcrito y por consiguiente la omisión en la entrega del mismo a su dueño de conformidad con la providencia judicial antes citada, lo que constituye falla del servicio.

De esta forma, en cuanto a la primera pretensión habrá que confirmar la sentencia del ***a-quo.***

En relación con la segunda pretensión del demandante, esto es la devolución del vehículo mencionado, o el pago del valor del mismo, el recurrente alega que debe modificarse el fallo y acogerse el dictamen pericial, que fijó este valor en $3'500.000.oo (folios 107 y ss y 117). En la sentencia objeto de apelación, recuérdese, se fijó éste en la suma de $3'000.000,oo, "teniendo en cuenta sus características, el estado de funcionamiento, los precios en el país y otras circunstancias consignadas en el expediente" (folio 168).

No obstante lo dicho por los peritos, la Sala acoge lo expresado por el a-quo a este respecto, puesto que los expertos se limitaron a hacer averiguaciones, en las compraventas y concesionarios sobre el posible valor de vehículos del tipo del que aquí se cuestiona, pero no rindieron un dictamen de carácter propiamente técnico para determinar dicho valor. Por esta razón la Sala confirmará también esta pretensión, obviamente reconocidos los intereses respectivos .

En cuanto a la petición de devaluación monetaria, no puede reconocerse puesto que sería condenar doblemente a la demandada, ya que la devaluación y los intereses comerciales son excluyentes uno de otro, tal como se afirma en la sentencia del Tribunal y como lo ha venido sosteniendo la Jurisprudencia del Consejo de Estado.

Finalmente, cabe la misma observación para la decisión sobre el lucro cesante solicitado, puesto que sobre la carga de la prueba, se ha pronunciado esta Corporación así:

"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 procede 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 C.P.C. 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 supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen". (Sentencia de septiembre 4 de 1984. Expd. 4233. Actor: Empresa Auto Legal Ltda.), y en el caso de autos no aparece ningún elemento que de alguna forma arroje siquiera un principio de prueba sobre las utilidades dejadas de percibir por el demandante por no haber podido disponer del vehículo en mención.

De esta suerte, las peticiones del demandante estuvieron bien negadas y por ello no prospera el recurso interpuesto.

En consecuencia, 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:

Confírmase integramente la sentencia del veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/ CADUCIDAD - Término/ **ACTO DE INSCRIPCION/ REGISTRO PUBLICO**

Esta Corporación ha aceptado que el término se cuenta a partir de la realización del hecho u operación correspondiene cuando se trata de un daño causado por un hecho único o de ejecución instantáneo, pero que si la causa del daño es continuada, es preciso que su conteo se efectúe desde la consumación del proceso dañoso. En el presente caso el término de caducidad debe contarse desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento de la conducta omisiva de la Oficina de Registro que tenía a su cargo la función registral, pues el administrado no tiene por qué verificar si la administración cumplió cabalmente con su función o no cuando de buena fe tiene bases para pensar que sí lo hizo, a pesar que realmente no hubiera sido así.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5806. Actor: DANIEL ANTONIO HERNANDEZ PRECIADO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada -Superintendencia de Notariado y Registro- contra la sentencia del 26 de abril de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por dicha entidad y acceder a las súplicas de la demanda, a excepción del reconocimiento y pago de perjuicios morales.

I - ANTECEDENTES

1. El actor demandó mediante acción de reparación directa a la Nación -Superintendencia de Notariado y Registro- para que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"A) DECLARE que la Nación colombiana -Superintendencia de Notariado y Registro- es civilmente responsable de los daños y perjuicios sufridos por el señor DANIEL ANTONIO HERNANDEZ PRECIADO, en razón de que la OMISION del registro de la venta del predio EL RECTANGULO contenido en la escritura pública No. 1080 de 30 de abril de 1981, daños y perjuicios que tuvieron ocurrencia por falta de la prestación oportuna y eficaz de los servicios de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Líbano (Tolima) y Superintendencia de Notariado y Registro.

"B) Que como consecuencia de dicha declaración la Nación colombiana -Superintendencia de Notariado y Registro- está obligada a pagar al demandante una completa indemnización de perjuicios que comprenden el lucro cesante y daño emergente.

"C) Que por concepto de daño emergente debe pagar al actor la suma de $4.500.000.oo Mcte, o si esta estimación no es compartida, el valor que se le dé al inmueble dentro del término probatorio del juicio y a la fecha de la entrega del bien al rematante, o en últimas, el valor que se le fije posteriormente, mediante el procedimiento del artículo 308 del C. de P.C.

"D) Que por lucro cesante la demandada debe cancelar la suma de $1.300.000,oo Mcte, valor dejado de percibir por el demandante por frutos naturales producidos por el inmueble, y en razón de la medida de secuestro a que fue sometido, a más de un interés mínimo del 33.6% anual liquidado sobre el valor de la condena por daño emergente, durante el tiempo comprendido entre el 9 de abril de 1984 y hasta cuando se verifique el pago que se fije en atención de las pruebas que reposan en autos, o que se señalen posteriormente de acuerdo al artículo 308 del C. de P.C.

"E) Que la nación colombiana -Superintendencia de Notariado y Registro- debe pagar al actor a título de perjuicios morales el equivalente en dinero sobre la cantidad de 1.000 gramos oro.

"F) Que las sumas antes dichas o las que se llegaren a probar serán canceladas por la demandada dentro del término señalado en los artículos 176 y 177 del C. C.A., y de no hacerlo reconocerá intereses moratorios comerciales de la tasa vigente para la fecha de exigibilidad". (folios 86 y 87).

2. Los Hechos de la demanda en síntesis los describe así:

"1o. El demandante mediante escritura pública No. 1080 del 30 de abril de 1981, de la Notaría del Círculo del Líbano, adquirió a título de compra-venta al señor JORGE SUAREZ PARRA, entre otros, una finca rural llamada el RECTANGULO y LAS ESMERALDAS situada en la fracción de la Honda jurisdicción del Líbano, de una extensión de 16 hectáreas con mejoras de casa de habitación, de construcción de madera aserrada cubierta con zinc, tres tanques de cemento, cultivos de café y de plátano, cercos de alambre y alinderada de la forma como aparece a folios 81 y 82.

"2o. Dicho instrumento fue presentado para registro ante la oficina correspondiente del Líbano, y pagados los derechos para ello establecidos, tocándole el turno 82-002 y registrado el 11-01 con número de matrícula 411-0001765 y 411003-389 de los predios Versalles y la Esmeralda, según consta de los sellos manuscritos estampados por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

"3o. No obstante haberse cancelado los derechos legales por la inscripción de los tres (3) predios materia de negociación de que trata la mentada escritura, por error inexcusable se dejó dentro de la matrícula inmobiliaria No. 411-0003388 de registrar el transpaso por venta del predio denominado "EL RECTANGULO" discriminado y alinderado en el aparte C de dicho protocolo.

"4o. Contra el tradente de que trata la escritura ameritada se le promovió proceso Hipotecario por el Banco Cafetero de el Líbano, ordenándose el embargo del predio "EL RECTANGULO Y LAS ESMERALDAS", el que había sido dado en garantía por el obligado, medida que fue comunicada a la oficina de registro mediante Oficio 656 del 19-11-82 tomando nota de ello la citada oficina según anotación (09) sentada el 10-01-83 .

"5o. Mediante proceso ejecutivo singular iniciado en el mismo Juzgado por el señor PABLO EMILIO VELEZ contra JORGE SUAREZ PARRA, con fecha 16 de agosto de 1983 se libró mandamiento de pago (folio 1), y simultáneamente se decretó el embargo de los remanentes o de los bienes que se llegaren a desembargar dentro del Hipotecario antes dicho, ordenándose dejar la correspondiente constancia (folio 9)

"6o. En auto de febrero 28 de 1984 se ordena el secuestro del predio "EL RECTANGULO Y LAS ESMERALDAS", el que se dejó sin efecto con el de fecha marzo 7-84 al decretarse la medida únicamente sobre el predio denominado el "Rectángulo", lo que así se cumplió en diligencia practicada el 9 de abril de ese mismo año.

"7o. Al enterarse de la medida practicada, el legítimo dueño del inmueble señor DANIEL ANTONIO HERNANDEZ por conducto de apoderado promueve incidente de levantamiento de la medida precautelativa, escrito que

fue presentado y tramitado en debida forma, pero con providencia adversa a sus intereses y en fecha 22 de octubre de 1984.

"8o. La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Líbano al advertir la omisión en que había incurrido al dejar de anotar en la matrícula inmobiliaria 411-0003-388 serie A No. 516293, la venta contenida en la escritura No. 1080 del 30 de diciembre de 1981, mediante la Resolución Número 004 del 14 de mayo de 1984, ordenó la corrección en el correspondiente folio de matrícula y por medio del oficio 034 de mayo 18 de 1984, comunica al juzgado del conocimiento la determinación tomada.

"9o. Recurrida como lo fue esta Resolución subió en apelación ante la Superintendencia de Notariado y Registro, la que revocó el acto acusado, por medio de la Resolución No. 3979, alegando vicios de procedimiento y omisión de las ritualidades propias del acto administrativo.

"10. En fecha 16 de octubre de 1984, el demandante nuevamente eleva petición para la correción de matrícula inmobiliaria, la que fue resuelta mediante la Resolución 010 de diciembre 3 del mismo año, y la cual en su parte resolutiva dispone corregir el folio de matrícula inmobiliaria No.4-11-000-338 serie A 516293 de acuerdo con el artículo 35 del Decreto 1250 de 1970, anotando el predio en cabeza del señor DANIEL ANTONIO HERNANDEZ.

"11. Contra esta resolución se interpone los recursos de reposición y en subsidio de apelación, denegándose la primera y concediendo el de apelación ante la Superintendencia de Notariado y Registro.

"12. Mediante auto del 10 de mayo de 1984, se decreta el avalúo del bien inmueble y posteriormente en providencia de marzo 19 de 1985, decreta la venta en Pública subasta del inmueble rural denominado "EL RECTANGULO", se fija la fecha y hora para la licitación.

"13. El día y hora señalados en auto que ordenó la licitación del bien inmueble de remate fue adjudicado al acreedor de JORGE SUAREZ PARRA, señor PABLO EMILIO VELEZ y por cuenta de su crédito que ascendía a la suma de $2'039.959.oo M/cte.

"14. Antes de dictarse providencia probatoria del remate se hace llegar al Juzgado del conocimiento copia de la Resolución No. 1448 del 22 de abril de 1985, en la cual la Superintendencia de Notariado y Registro agotada la vía gubernativa ordena la corrección del folio de matrícula inmobiliaria No.411-000-388 Serie A No. 516293, incluyendo como anotación 09 la venta contenida en el ordinal c) de la escritura Pública No. 1080 del 31 de diciembre de 1981, de la Notaría Unica del Líbano, a más que se ordena la expedición de nuevo certificado de tradición con destino al Juzgado del conocimiento.

"15. En abril 30 de 1985, la Oficina de Registro del Líbano manifiesta al Juzgado la corrección del folio Serie A 516293 con matrícula inmobiliaria No. 411-00-388, atendiendo lo ordenado por la Resolución No. 1448 quedando registrado el predio en propiedad e igualmente se allega el certificado No. 85360 de abril 30 de 1985, con la anotación 13 registro del 21-06-84 Resolución No. 5, escritura 1080 del 30-12-81. Notaría del Líbano, valor $478.000,oo M/cte.- Modo adquisición COMPRAVENTA de: SUAREZ PARRA JORGE. A HERNANDEZ PRECIADO DANIEL ANTONIO y anotación 14.- Registro del 18-09-84 Resolución No.007 del 17-09-84.- Oficina de registro del Líbano, se levanta la anotación 13 del 21-06-84 valor del acto $478.000.oo moneda corriente, de la oficina de registro a: JORGE SUAREZ PARRA (folios 45, 46 fte.).

"16. En mayo 7 de 1985, el Juzgado del conocimiento previo estudio en aplicación del artículo 530 del C. de P. Civil, aprobó el remate. Contra este proveído se interpuso recurso de apelación, y mediante providencia de agosto 20 de 1985, fue confirmada por el Honorable Tribunal Superior de Ibagué". (folios 306, 307, 308 y 309) .

3. El Tribunal competente mediante auto del 29 de octubre de 1986 inadmitió la demanda por caducidad de la acción (folio 88 y ss.); y habiéndose recurrido en apelación por el demandante, esta Sala en providencia del 16 de julio de 1987 decidió revocar la inadmisión en consideración a que la caducidad no resultaba clara, ostensible e indiscutible, ya que según el Tribunal el término de caducidad debía contarse desde el 11 de enero de 1982, fecha en que se inscribió la escritura pública 1080 de diciembre 30 de 1981 y según el actor desde el 23 de abril de 1985 fecha en que se aprobó el remate del inmueble cuestionado. Por tanto, el estudio de la caducidad debía reservarse para la sentencia.

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que los supuestos quebrantamientos patrimoniales, objeto de la demanda, emanan de la actuación del Juzgado Civil del Circuito del Líbano (Tolima), por lo cual el perjuicio no debe ser imputable a la Administración. Además, propuso las siguientes excepciones:

1. CADUCIDAD.- La fundamenta en que del expediente surgen tres (3) fechas plenamente determinadas: 9 de abril de 1984, cuando se realizó la diligencia de secuestro del inmueble EL RECTANGULO; 1o. de junio de 1984, en la cual se solicitó por el demandante el desembargo del predio, y 2 de octubre de 1986, cuando se presentó la demanda. Si se toman las primeras fechas, se tiene que la acción había caducado.

2. ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA DE LA DEMANDA.- Esta excepción la hace consistir en que la Superintendencia demandada tiene personería propia y la ley no la faculta para que sea representada por la Nación. Afirma que la Superintendencia de Notariado y Registro es diferente de la Nación.

3. INSUFICIENCIA DEL PODER PARA ACTUAR.- Por cuanto dice que el poder no precisa el tipo de acción de las enunciadas en el C.C.A., y de otra parte se otorgó para demandar a la Nación, representada por un Superintendente, lo cual es absurdo e irreal en la estructura jurídica colombiana.

4.- El Tribunal, mediante la providencia que se recurrió, declaró no probadas las excepciones, declaró la responsabilidad de la entidad demandada y condenó *in genere* el pago de los perjuicios. (folios 304 a 320).

En cuanto a las excepciones consideró:

1o. Caducidad.- Para este término debe tenerse en cuenta la fecha de aprobación e inscripción del remate, que lo fue el 23 de abril de 1985, momento en que el demandante sufrió el máximo perjuicio, y como la demanda se presentó el 2 de octubre de 1986, no se configuró este fenómeno.

2o. Ilegitimidad de Personería Adjetiva de la Demandada.- No prospera en razón de que el artículo 149 del Decreto Ley 01 de 1984 dispone que la Nación en los procesos contencioso administrativo esta representada para efectos como el de la presente demanda por el Superintendente.

3o. Insuficiencia de poder.- Tampoco se acepta esta excepción por cuanto el poder está acorde con la acción que se persigue.

En cuanto a las pretensiones, considera que están acreditados los elementos de la responsabilidad estatal, o sea, la falta o falla del servicio porque se omitió por la Oficina de Registro la inscripción de la escritura pública; el daño, se prueba con el hecho de privarse al demandante del derecho de dominio del inmueble, que es la materia de la *litis*, y la relación de causalidad entre aquella y el daño, surge de la inmediación de los actos.

5. El apoderado de la demandada, interpuso el recurso de apelación, objeto del presente estudio, solicitando sentencia inhibitoria. Dicho recurso lo sustentó a folios 330 y ss., en la excepción de la caducidad, considerando que es absurda la posición del Tribunal al tomar como fecha a partir de la cual se debe intentar la acción de reparación directa, la de aprobación del remate y su inscripción por ser la de máximo perjuicio. Manifiesta que tratándose de una posible omisión en el ejercicio de una función de registro que podría causar perjuicios al actor, lo procedente es impugnar la actuación lesiva a partir de la producción de la omisión, o como lo ha señalado el Consejo de Estado, a partir del conocimiento del hecho, y, agrega el recurrente que "De aceptarse los planteamientos de primera instancia, el principio de la definición temporal de las acciones quedaría sujeta a la incerteza de fechas determinadas por los actores y no a las ciertas y garantes de los derechos de los ciudadanos y de las entidades públicas, expuestas por el legislador". (folios 330 a 333).

6. Surtido el trámite legal de segunda instancia, la Fiscalía conceptúa que la sentencia debe ser revocada por los argumentos expuestos por el apelante en su recurso, las cuales comparte en su totalidad, pues afirma que tomando como fecha el día en que el demandante otorgó poder para defender sus derechos ante el juez civil que conocía de los procesos seguidos contra su tradente Suárez Parra, lo que ocurrió el 23 de abril de 1984, hasta cuando se presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo en octubre 2 de 1986, ya había vencido el término de dos (2) años que otorga la ley para accionar.

II - CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Vistos los antecedentes, como la entidad demandada propuso excepciones, la Sala en primer lugar se ocupará de su estudio, y luego, si hubiere lugar estudiará las pretensiones del demandante.

En cuanto a la excepción propuesta como principal, esto es la caducidad, que constituye el fundamento del recurso interpuesto, se impone la necesidad de decidir en forma genérica el momento que se debe tomar en cuenta para empezar a contar el término.

Para el caso de una acción como la intentada, el artículo 136 inciso 4º del Decreto 01 de 1984, establece:

"*La de reparación directa y cumplimiento* y la de definición de competencias caducarán al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho". (La subraya es de la Sala).

En el caso de autos, si se tiene en cuenta que el acto o hecho omisivo tuvo ocurrencia el 11 de enero de 1982, se debería aplicar la caducidad señalada por el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 que era de tres (3) años para las acciones indemnizatorias. Sin embargo, esta Corporación ha aceptado que este término se cuente a partir de la realización del hecho u operación correspondiente cuando se trata de un daño causado por un hecho único o de ejecución instantáneo, pero que si la causa del daño es continuada, es preciso que su conteo se efectúe desde la consumación del proceso dañoso (Auto de mayo 13 de 1982), Sección Tercera, Expediente 3502. Anales del Consejo de Estado Primer Semestre de 1982, página 703).

Para la Sala, si bien es cierto que el artículo 44 inciso 4º del C.C.A. establece que los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entienden notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación, en el presente proceso lo que se presentó fue precisamente lo contrario: la conducta omisiva por parte de la Oficina Registro al no efectuar aquella anotación en los libros y en los folios de matrícula inmobiliaria prescritos por la ley y en cambio hacer aparecer en la copia de la escritura devuelta al interesado un sello en donde se aparentaba que se había verificado la correspondiente inscripción. Así las cosas, aparece que es cierto lo expuesto en el concepto del

Fiscal del Tribunal y en el salvamento de voto a la sentencia (folios 321 y 322), así como lo sostiene también el recurrente a folios 330 y ss., y el colaborador Fiscal de esta Corporación, en el sentido de que el término de caducidad para el presente caso debe contarse desde el momento en que el demandante tuvo conocimiento de la conducta omisiva de la Oficina de Registro que tenía a su cargo la función registral, pues el administrado no tiene porqué verificar si la administración cumplió cabalmente con su función o nó cuando de buena fe tiene bases para pensar que si lo hizo, a pesar que realmente no hubiera sido así, como aconteció en el presente caso; por ello, es evidente que la fecha para determinar la caducidad en el *sub-judice* debe ser a partir del 23 de abril de 1984, fecha cuando se presentó ante el Juzgado Civil del Circuito del Líbano el poder que otorgó el actor para solicitar el incidente de levantamiento de las medidas previas dentro del proceso ejecutivo respectivo (folio 232). Se afirma que es esta la fecha, por cuanto del acervo probatorio resulta que es el primer acto que acredita fehacientemente que el demandante, señor DANIEL ANTONIO HERNANDEZ PRECIADO, conoció la omisión en que incurrió la Administración.

Ahora bien, en la fecha mencionada ya estaba en vigencia el Decreto Ley 01 de 1984 por lo que resulta aplicable el artículo 136 antes transcrito, con la consecuencia que el término de dos (2) años de caducidad ya había corrido cuando el 2 de octubre de 1986 se presentó la demanda (folio 87 vto.), razón por la cual se hace preciso revocar la decisión del *a-quo* y declarar la prosperidad de esta excepción.

En consecuencia, 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, de acuerdo Con el colaborador Fiscal,

FALLA:

Revócase la sentencia del 26 de abril de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar declárese inhibido para un pronunciamiento de fondo en el presente proceso por caducidad de la acción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 4 de mayo de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/ ACTO DE ADJUDICACION/ ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA/ COMPETENCIA/ LICITACION

Corresponde adjudicar el contrato, en forma privativa, al jefe de la entidad contratante, mediante resolución motivada que, una vez notificada al proponente favorecido, es irrevocable. No es la junta directiva de la zona el órgano competente para la adjudicación de los concursos, sino el gerente quien puede adjudicar el contrato, mediante resolución motivada que se debe notificar al adjudicatario. El gerente de la zona franca, igualmente era el único facultado para declarar desierto el concurso de méritos, ante la ausencia de una disposición legal que atribuyera a la junta directiva esa función. Cuando la junta directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena procedió a declarar desierta la licitación, vició de nulidad esa determinación por incompetencia, pues excedió sus facultades, toda vez que la ley no atribuye a dicho órgano, sino al gerente de la entidad, la facultad de proferir al acto administrativo que plasme esa decisión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera. Bogotá D.E., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 2870 (1). Actor: HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA. Demandado: ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA. ORDINARIO - CONTRATOS.

El 13 de junio de 1979, por conducto de apoderado idóneo, la sociedad HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA., presentó demanda contenciosa de plena jurisdic-

ción, corregida posteriormente, para que por el trámite del proceso ordinario se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO. Que es nulo el acto administrativo contenido en el acto de la sesión de 22 de enero de 1979, de la Junta Directiva de la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA por el cual se declaró desierta la licitación o concurso de méritos para la contratación de la Interventoría de la construcción de la Zona Procesadora de Productos de Exportación en las instalaciones de la Zona Franca, en la ciudad de Cartagena.

"SEGUNDO. Como consecuencia de esa declaración, y a manera de restablecimiento de los derechos reconocidos con la expedición de ese acto, y ante la imposibilidad legal de solicitar el cumplimiento del acto de adjudicación hecha a mi poderdante, CONDENASE a la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA, establecimiento público del orden nacional, a pagar a la sociedad "HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA.", o a quien sus derechos represente, el monto de los daños inmateriales y materiales que ha sufrido por el desconocimiento de los derechos derivados de la adjudicaclón del concurso de méritos declarado desierto por el acto que se acusa. Los daños materiales están constituidos por el denominado *daño emergente* y el lucro cesante.

"El daño se actualizará en su valor al momento de la sentencia o de su pago, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado en diferentes oportunidades. Si no se pudiere hacer la condena en una suma concreta al momento de fallar, los perjuicios se liquidarán por el procedimiento señalado en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo las pautas que la sentencia indicará para resarcir los daños resultantes de haber privado a mi poderdante del derecho a celebrar el contrato de Interventoría de las obras de construcción de la Zona Procesadora de Productos de Exportación de la Zona Industrial y Comercial de Cartagena.

"TERCERA. Si la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA no dá cumplimiento a lo ordenado en la sentencia en el término de treinta (30) días siguientes a la fecha de su ejecutoria, cancelará a "HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA" intereses moratorios equivalentes al doble del interés corriente" (folios 174 V y 175 C. 1).

Como soporte fáctico de las pretensiones, el libelo narra:

"1. Por medio del Decreto No. 2077 de 11 de octubre de 1973, se estableció la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, como establecimiento público adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y con domicilio en el Municipio de Cartagena, para la prestación de un servicio público sin ánimo de lucro.

"La dirección, administración y manejo de la Zona estaría a cargo de una Junta Directiva y de un Gerente.

"Por medio del Decreto No. 2828 de 23 de diciembre de 1974 el señor Presidente de la República aprueba los Estatutos de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, contenidos en el Acuerdo No. 004 de 5 de julio de 1974, emanado de la Junta Directiva.

"En el artículo 18 de dicho decreto se establecieron tres funciones de la Junta Directiva, autoridad rectora de los destinos de la misma así:

"I. Clase A, que requiere para su validez, aprobación del Gobierno Nacional.

"II. Clase B, que requieren para su validez el voto favorable del Ministro de Desarrollo Económico o de su delegado.

"III. Clase C, que no requiere para su validez de ninguna formalidad especial.

" Pertenecen a la Clase C.:

"c) *Autorizar, con el voto favorable de cinco (5) de sus miembros, todo acto o contrato cuya cuantía exceda de veinticinco mil pesos ($25.000.oo) o tengan un plazo mayor de un (1) año.*

"2. La Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena conviene aprobar la apertura de un Concurso de Méritos para la Interventoría de la Zona Procesadora de Productos de Exportación, y la Gerencia según la Resolución No. 286- Bis de 10 de julio de 1978, declara abierto dicho concurso y designó el Comité Evaluador de la sigulente manera:

"Héctor Trujillo Vélez, Gerente de la Entidad,
"Manuel Enrique Cavelier, Asistente de la Gerencia,
"Francisco Casas Vargas, Director de Proyecto de la Zona,
"Jose Vicente Trucco, Sub-Gerente de Operaciones Comerciales.

"3. El Comité Evaluador y los Miembros de la Junta Directiva participantes en el análisis de las Propuestas, hacen a la Junta Directiva, teniendo en cuenta el orden de elegibilidad, las siguientes recomendaciones:

"CONSULTORIA Y SISTEMAS LTDA.
"SALGADO, MELENDEZ & CIA. LTDA.
"HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA.

"4. Por escritura pública No. 247 de 4 de marzo de 1974, Notaría 2a. de Cartagena, se constituyó la sociedad de responsabilidad limitada "HUMBERTO BOZZI & CIA. LIMITADA", cuyos estatutos fueron reformados por las escrituras No. 2515 del 30 de diciembre de 1977, Notaría Segunda de Cartagena; No. 203 del 28 de febrero de 1979, Notaría Tercera de Cartagena,

Constituída la Sociedad por 20 años, tiene como socios a los señores doctores: HUMBERTO LUIS BOZZI ANDERSON, DIANA BOZZI DE MONTOYA y ALEJANDRO JOSE BOZZI ANDERSON. Son sus representantes legales: HUMBERTO BOZZI ANDERSON, ERICK BOZZI ANDERSON y RUBY RIPOLL MERLANO, quienes podrán actual (sic) válidamente por separado. Está matriculada en el Registro Mercantil, bajo el No. 09-05296-3 de 1978 y está vigente.

"5. La Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, en su sesión de 16 de octubre de 1978, integrada por los señores: Almirante Guillermo Uribe, representante del Ministro de Desarrollo Económico, quien la presidió, doña Elvira Facio Lince de Espinosa, Gobernadora del Departamento, don Roberto Gedeón, Alcalde Mayor de la ciudad, doctor Mario Valderrama, Representante de la Dirección General de Aduanas, doctor Eduardo Ferrer, Gerente de Andi, Seccional de Cartagena, don Alejandro Beetar, representante de Acopi, don Luis Sierra Sabalza, representante de Fenalco, Seccional Cartagena y con la asistencia de los señores Héctor Trujillo Vélez, Gerente Zona Franca, Francisco Casas Vargas, Sub-Gerente Técnico, José Vicente Trucco, Sub-Gerente Comercial, Alfredo Ramírez, Asesor Jurídico, doña Gilda Patrón de Calvo, auditora de la Contraloría General de la República y Manuel Enríque Cavelier, Secretario de la Junta Directiva, después de un largo debate, según Acta No. 009-78, octubre 16 de 1978, se estableció un nuevo orden de elegibilidad así:

"HUMBERTO BOZZI & CIA. LIMITADA.
"CONSULTORIA & SISTEMAS LTDA., y
"SALGADO, MELENDEZ & ASOCIADOS.

"Y se adjudicó en esa misma sesión de 16 de octubre de 1978 el contrato de Interventoría relativo a la Zona Procesadora de Productos de Exportación, construcción de la misma, a la sociedad regular de comercio "HUMBERTO BOZZI & CIA. LIMITADA" y se autorizó a la Gerencia General de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, para que mediante una Resolución motivada se hicieran las explicaciones pertinentes a la escogencia de la firma HUMBERTO BOZZI & CIA. LIMITADA, para otorgarle el contrato de Interventoría de la Construcción de la Zona Procesadora de Productos de Exportación.

"6. En sesión de la misma Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, de fecha 16 de noviembre de 1978 y en la que intervinieron los señores: Manuel Leal Angarita, Secretario del Ministerio de Desarrollo Económico, quien la presidió, doña Elvira Facio Lince de Espinosa, Gobernadora del Departamento de Bolívar, Roberto Gedeón, Alcalde Mayor de la ciudad, Luis Mogollón, Gerente de Colpuertos, Alejandro Beetar, representante de Acopi, Camacol y Fundación para el Desarrollo de Cartagena, Guillermo Gómez Galofre y Rafael Pérez, representante de Fenalco, Sec-

cional Cartagena, Luis Sierra Sabalza, represen-tante de la Cámara de Comercio de Cartagena. Estuvieron presentes Héctor Trujillo Vélez, Gerente de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, Luis Llamas Mendoza, Sub-Gerente Administrativo y Financiero, Manuel Enrique Cavelier, Secretario de la Junta Directiva y doña Gilda Patrón de Calvo, Auditora de la Contraloría General de la República, En esta ocasión, tocando el tema de la Interventoría para la construcción de la Zona Procesadora de Productos de Exportación, el señor Gerente explicó a la Junta que aunque ésta había adjudicado el contrato de la Interventoría del Componente A de la Zona Franca a la firma HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA., y se le había recomendado a la Gerencia hacer una resolución que expusiera los motivos por los cuales se escogía dicha firma en el seno de la Junta Directiva. Como existía la posibilidad de que el Banco Mundial rechazara dicha adjudicación y a la vez el Gerente tenía algunas observaciones legales al respecto se había dirigido al señor Ministro de Desarrollo Económico para explicarle los problemas sobre el Concurso de Méritos para dicha Interventoría..." después de una larga y controvertida reunión se presenta a la Junta Directiva la siguiente proposición: "La Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, se ratifica en la escogencia recaída en la firma Humberto Bozzi & Cía. Ltda., para llevar a cabo la Interventoría del Componente "A" de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena y se permite recomendar a la mencionada firma la posibilidad de asociarse con Consultoría y Sistemas o Salgado, Meléndez & Asociados, si así lo exige el Banco Mundial para la ejecución de la mencionada obra". Lo anterior fue aprobado por unanimidad por la Junta Directiva..." Queda, como se observa claramente que la razón social HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA., es la beneficiada con la adjudicación del contrato de Interventoría del Componente "A" de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, Acta No. 10-78.

"7. En ocasión anterior al señor Gerente de la Zona Industrial y Comercial de Cartagena había dirigido al señor doctor HUMBERTO BOZZI A., re-presentante legal de la firma beneficiada, el Oficio 300-78 de 17 de octubre de 1978, que dice: "Estimado doctor: Por medio de la presente me permito solicitarle la siguiente información que necesita el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, por habérsele asignado la Junta Directiva el primer puesto en el Concurso de Méritos para la Interventoría de la Zona Procesadora de Productos de Exportación:

"a) Estado Financiero de la firma "Humberto Bozzi & Cía. Ltda." durante los tres (3) últimos años.

"b) Relacionar cada una de las diferentes actividades del Proyecto con los profesionales asociados.

"c) Descripción de la coordinación y control que hará la Dirección de la Interventoría con las diferentes áreas.

"d) Aceptación de los profesionales asociados indicando el tiempo de dedicación y área específica de trabajo.

"e) Una constancia de la firma "Humberto Bozzi s Cía. Ltda." donde se responsabiliza de toda la Interventoría de la Zona Procesadora de Exportación.

"Agradeciéndole que esta información nos la hagan llegar en el menor tiempo posible, Atentamente, HECTOR TRUJILLO VELEZ, Gerente (fdo.)".

"Los presupuestos anteriormente solicitados fueron satisfechos por Humberto Bozzi & Cía. Ltda., en 24 de octubre de 1978, de manera que se anexa a esta demanda.

"Sobre la anterior información no hubo objeción alguna del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, por lo que se entiende aceptada.

"8. En el Acta de fecha 22 de enero de 1979, distinguida con el número 001-79, a folios 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15 leemos esto: "... *IV. INTERVENTORIA*.

"Hizo su entrada al recinto el Ministro de Desarrollo Económico, doctor Gilberto Echeverri, quien asumió la Presidencia de la Junta. Pidió a la Junta invitar a la Asesora Jurídica del Ministerio, doctora Saturia Esguerra, quien a continuación tomó asiento.

"El doctor Dávila Pestana pidió la palabra para dejar una constancia sobre el tema tratado al principio de la Junta, referente a la Reforma de Estatutos.

"El Alcalde interpeló para manifestarle al Ministro que existía un limbo en lo relacionado con las actuaciones del Gerente, ya que la reforma de Estatutos debía ser aprobada por el Ministerio.

"El Directivo Dávila Pestana, intervino para manifestar que no considera que ese hecho reforme los Estatutos al autorizar la Junta al Gerente para celebrar contratos hasta por $500.000.oo ya que las funciones de la Junta son de tres clases de acuerdo a los Estatutos, y esta determinación pertenece, en su criterio, a la clase "C", lo cual significa que son actos que no requieren para su validez de ninguna formalidad.

"El Ministro le solicita a la Junta oir el criterio de la Doctora Esguerra, Jefe del Departamento Jurídico del Ministerio, quien sobre este tema en concreto conceptúa que es indispensable el Decreto aprobatorio del Gobierno Nacional y que en ausençia del Decreto, la Junta debe aprobar los actos del Gerente que hayan sobrepasado lo establecido en los Estatutos. De lo contrario, estarán viciados de nulidad.

"El Ministro Echeverri manifiesta que se necesita una revisión general de los Estatutos de la Zona Franca Industrial de Cartagena.

"Toma la palabra el señor Ministro para explicarle a la Junta que el Gobierno Nacional tiene como objetivo el futuro de Cartagena y que se impone una inmediata solución al asunto que se ha venido ventilando en la Zona durante los últimos tres meses.

"La solución que plantea el Ministro tiene además la aprobación del Presidente de la República y del Procurador General de la Nación. La propuesta concreta es declarar deserta (sic) por inconveniente la licitación sobre el contrato de Interventoría. Anuncia, además, que la doctora Esguerra hará la explicación jurídica del caso para salvaguardiar los intereses de la Zona.

"Manifiesta que existe una cadena de vicios y errores en esta licitación, comenzando por el cometido por el propio Ministro al proponer el consorcio como solución.

"Añadió que se hacía más práctico abrir una nueva licitación por partes, a fin de agilizar el proceso de adjudicación, y que ésto último contaba con el beneplácito del Banco Mundial.

"Tomó la palabra don Luis Sierra para expresar que no tenía ninguna objeción, pero que le solicitaba al Ministro escuchara la Junta en ausencia de los funcionarios de la Zona que estaban presentes. El Ministro accedió sobre la base de que ésto no fuera a concluír en una desarmonía entre los Miembros de la Junta.

"En ese momento el Ministro sometió a la aprobación de la Junta la propuesta de declarar desierta la licitación, buscando asidero legal a la declaratoria por inconveniente. Se aprobó por unanimidad.

"Intervino la Gobernadora para declarar que había dado su voto a la firma Gozzi, (sic) en favor de un interés regional.

"Con ésto pensó que todo había quedado arreglado después de la adjudicación. Agregó que el señor Ministro siempre quiso la conciliación, pero que la fórmula sugerida de asociación no era posible por tener vicios legales, y que siempre vio en el Ministro deseos de arreglar la situación. La doctora Esguerra Intervino a solicitud del Presidente de la Junta para concluir que la mejor forma era la de declarar la licitación desierta por inconveniente a fin de evitar pleitos en un futuro. El Directivo Gómez le interpeló para preguntar si esa era la única razón o si existía algún vicio.

"La doctora Esguerra respondió que era la razón más conveniente y que no había hecho un estudio sobre posibles vicios.

"Don Luis Sierra preguntó que si el Banco Mundial tenía la capacidad para vetar a alguna firma.

"La doctora Esguerra respondió que el BIRF puede intervenir en el sentido de aprobar los términos de referencia para cada licitación, y que puede además suspender los desembolsos si no está de acuerdo. El señor Sierra manifestó que no entendía como el BIRF primero precalifica las firmas pero luego de adjudicarse, la firma escogida puede no satisfacerlos, lo cual equivale a un veto. La doctora Esguerra agrega que dentro del contrato de la Zona con el Banco se prevee la participación de este último y se obligue a la Zona a modificar situaciones si el Banco lo solicita.

"El doctor Cabarcas interviene para preguntar si adjudica la Junta o el Gerente. La doctora Esguerra explica que el Gerente es quien adjudica con el beneplácito de la Junta, quien autoriza al Gerente para uniciar y ejecutar los trámites correspondientes a las licitaciones.

"El Alcalde interviene para preguntar si la nueva licitación la adjudica el Gerente o la Junta. Agrega que a su entender el Gerente adjudica al producir la Resolución, pues de lo contrario sería no tener en cuenta a la Junta. La doctora Esguerra responde que el Gerente adjudica de acuerdo a las condiciones previamente aprobadas por la Junta, y no a su libre albeldrío. El señor Sierra interviene para solicitarle le aclare si es legal que el Gerente siendo miembro del Comité Evaluador puede adjudicar el Concurso? Porque consideraba que ésto no garantiza la imparcialidad del Gerente ya que no se puede ser juez y parte. El señor Ministro contestó que eso era imposible y le preguntó al señor Trujillo si él había formado parte del Comité Evaluador. El Gerente Trujillo Vélez contestó negativamente. Acto seguido intervino el señor Alcalde Gedeón, mostrándose sorprendido ante la actitud negativa del Gerente y le suministró al Ministro xeroscopia de la Resolución No. 286-Bis, diciéndole que además de la constancia de pertenencia del Gerente al Comité, ratificaba con su propia firma. Había otra irregularidad que podía ser de suma gravedad por cuanto la fecha del Acta No. 007 de septiembre 14 de 1978, aprobando el Comité Evaluador, no concordaba con la Resolución "BIS". Aclaró, seguidamente, que dicho Comité, sumado a las irregularidades anteriores no cumplía con los requisitos establecidos por la ley (Decreto 150/77) en lo referente a la capacidad profesional adecuada al tema del concurso, por cuanto los señores Cavelier y Trujillo no son profesionales en la Arquitectura, Ingeniería o Economía...".

"9. La declaratoria de desierta de la licitaclón para la interventoría para la construcción de la Zona Procesadora de Productos de Exportación fue notificada a la firma HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA., en 20 de febrero de 1979, mediante Oficio número 034 de fecha 14 de febrero de este mismo año.

"10. La situación narrada anteriormente puede resumirse de la slguiente manera: Por medio de la resolución número 284 Bis de 10 de julio de 1978, debidamente autorizado por la Junta Directiva, el señor Gerente de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, establecimiento público del or-

den nacional, decidió abrir concurso de méritos para la Interventoría de Zona Procesadora de Productos de Exportación que la entidad construiría. En respuesta al llamado de la entidad se presentaron varias firmas especializadas en ese ramo, entre las cuales se halla la sociedad de responsabilidad limitada "HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA.". Hechos los estudios necesarios para la evaluación, en la sesión de 16 de octubre de 1978, de la Junta Directiva de la Zona, se adjudicó a la demandante el concurso de méritos y el correspondiente contrato de interventoría de las obras de construcción de la Zona Procesadora de Productos de Exportación; esa decisión fue ratificada por la Junta Directiva de la Zona en la sesión de 16 de noviembre de 1978, a pesar de que en esa ocasión el Gerente manifestó que muy posiblemente el Banco Mundial rechazaría la adjudicación. Posteriormente, en sesión de 22 de enero de 1979, y ante la intervención directa del señor Ministro de Desarrollo Económico y de su Asesora Jurídica y a propuesta de esos funcionarios, y considerando que de esa forma se garantizara el beneplácito del Banco Mundial, se revocó la adjudicación hecha a mi poderdante, al resolverse la propuesta presentada por el señor Ministro consistente "en declarar desierta la licitación, buscando asidero legal a la declaratoria por inconveniente". Ese acto no se notificó en debida forma a la sociedad que represento, sino le fue comunicado en oficio número 034 de 20 de febrero de 1979.

"En síntesis: para satisfacer las pretensiones de una entidad extranjera, extraña a nuestra organización administrativa, la ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA, revocó la adjudicación hecha a la sociedad "HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA. del concurso de méritos para la Interventoría de unas obras, revocatoria que se logró mediante el expediente de declarar desierto un concurso de méritos que había terminado en forma normal.

"11. Debe destacarse que ni en el acta de la sesión de 22 de enero de 1979, ni en el acto de comunicación se presenta motivación, distinta de la de conseguir la revocatoria de la adjudicación, que antes se ha expresado, que constituya causa legal suficiente para el ejercicio de la competencia que señala el artículo 30 del Decreto 150 de 1976. No es difícil, pues, concluir que al declarar desierta la licitación se buscó satisfacer el deseo de un organismo internacional de que se revocara la adjudicación que anteriormente se había hecho, y que de esa forma se desconocieran los derechos que el día 22 de octubre de 1978 había adquirido la sociedad demandante.

"12. Con la expedición del acto cuya nulidad se busca se han irrogado a mi poderdante una serie de *daños*, materiales e inmateriales, como son, entre otros: a) el desprestigio de la firma en todo el territorio del departamento de Bolívar al verse privada de la celebración de un contrato que ganó en un concurso en forma por demás justa; b) la pérdida del *good-will* de la sociedad y del buen nombre que se hubiera aumentado de haberle permitido realizar el contrato; c) la pérdida de los honorarios, que de acuerdo con las tarifas de

la Sociedad Colombiana de Arquitectos y la Sociedad Colombiana de Ingenieros habría percibido la sociedad demandante con la Interventoría de unas obras que en la fecha de la presentación de la propuesta tenían un valor de $1'200.000.oo la pérdida de los gastos que mi cliente tuvo que hacer para la formulación de su oferta. Estos daños en la actualidad ascienden a una suma en ningún caso inferior a $72'000.000.oo. Pero su cuantía definitiva solo podrá apreciarse al momento de la cancelación de los daños, pues además de los perjuicios señalados no puede olvidarse que existe un *lucro cesante*, los rendimientos del dinero que mi poderdante hubiera recibido en su debida oportunidad de haber realizado la Interventoría, los de los gastos de la oferta. También la suma estimada deberá acrecentarse con el valor numérico de tal cantidad resultante del ajuste necesario para corregir la desvalorización monetaria". (folios 165 a 169 vto. C. 1).

Se invocaron como normas violadas: artículos 16, 26 y 30 de la Constitución Política; 26, 27, 30 del Decreto Ley 150 de 1976; 53 y 55 del Decreto Reglamentario 106 de 1977; 21 y 24 del Decreto 2733 de 1959; 14 de la Ley 4a. de 1964; 860 y siguientes del Código de Comercio.

En el acápite sobre concepto de la violación, el apoderado de la actora cita conceptos emitidos por el Consejo de Estado, con ocasión de consultas atinentes al proceso administrativo para contratar por el sistema de licitación y enfatiza que la Junta Directiva de la Zona Franca revocó la adjudicación que había otorgado a la firma Humberto Bozzi & Cia. Ltda. Señala que efectuada la adjudicación, mal puede hablarse de declarar desierta la licitaclón. Dice que los entes administrativos están en la obligaclón de respetar y proteger los derechos de sus administrados, entre los cuales se encuentra el de celebrar contratos cuando hayan resultado vencedores en concursos abiertos por la misma administración. Remite a la jurisprudencia de la Corporación para hacer hincapié en el hecho de que la administración violó los ordenamientos que consagran la irrevocabilidad de la adjudicación.

POSICION DE LAS PARTES

Alegato de la parte actora

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Sociedad demandante, en un extenso alegato de bien probado que se lee a folios 198 y siguientes del cuaderno No. 1 Bis, hace un recuento de los hechos que dieran orígen a la demanda; transcribe apartes de las actas en las cuales se reseñan los debates en torno al concurso de méritos para la adjudicación de la Interventoría; se detiene, con especial interés, en el análisis de las declaraciones de varios de los miembros de la Junta Directiva de la Zona Franca, de funcionarios de dicho organismo y de funcionarios que por razón de los cargos desempeñados intervinieron en los hechos acaecidos o de los cuales tuvieron conocimiento los testigos, para evidenciar que la junta directiva no sólo aprobó la adjudicación a favor del actor, sino que la ratificó, para luego revocarla por presiones oficiales, incurriendo de este modo en abuso y desviación de poder

y en indebida o errónea aplicación. Evoca luego doctrina y jurisprudencia del Consejo de Estado para precisar que la adjudicación traba la relación jurídica y crea para el adjudicatario una situación subjetiva favorable que la administración no puede revocar sin el consentimiento del beneficiario y reitera la súplica inicial de que se acceda a las pretensiones de la sociedad demandante.

Alegato de la parte demandada

El mandatario judicial de la entidad demandada, a folios 172 y siguientes del cuaderno No. 1 Bis, sostiene que el presunto acto que se impugna ni siquiera existió o si existió es inocuo, inútil e improcedente, dado que la junta directiva de la Zona Franca carecía de facultad para adjudicar el concurso de méritos. Anota que no se trajo al proceso resolución alguna que haya sido notificada a la firma Humberto Bozzi & Cía. Ltda. mediante la cual se le hubiera adjudicado el concurso de méritos y afirma que no es cierto aún que la junta directiva hubiese revocado la adjudicaclón, como reza la demanda. Agrega que si la junta no ha tenido facultad de adjudicar, mucho menos habría de tener la de revocar la adjudicación. Observa que si la junta aceptó que el concurso de méritos se declarase desierto, esa aceptación no podía entenderse sino como una mera recomendación, pues tal declaración no le competía ya que tal atribución era y es privativa del representante legal del establecimiento público demandado.

En el capítulo sobre fundamentos jurídicos, cita el Decreto 150 de 1976 y el Estatuto orgánico de la Zona Franca, para demostrar que la adjudicación competía hacerla al gerente del Establecimiento Público. Manifiesta que el Decreto 150 de 1976 no contempló que las juntas directivas pudieran adjudicar contratos. Resalta que el Decreto 106 de 1977, establecía que los concursos de méritos se declaran desiertos por el jefe de la respectiva entidad. Expresa que no hay junta de establecimiento público alguno del orden nacional que pueda participar en el procedimiento administrativo de adjudicación o celebración del contrato, sin perjuicio de que pueda exigir informes, controlar y verificar el cumplimiento de las formalidades inherentes a la contratación. Finaliza el alegato argumentando que los apartes del acta de la junta directiva de la Zona Franca no son impugnables ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues no constituyen manifestaciones de voluntad capaces por sí solas de producir efectos jurídicos y que por tanto deben negarse las súplicas de la demanda.

LA VISTA FISCAL

A folios 278 y siguientes del cuaderno No. 1 Bis, aparece el concepto de la Fiscal Segunda de la Corporación en el cual solicita se nieguen las súplicas de la demanda. A dicha vista fiscal corresponde el siguiente aparte:

"No existe pues ninguna duda que en el presente caso la función de la Junta Directiva, fue simplemente la de realizar una escogencia de la

firma que debía ser beneficiada con la adjudicación, la que debía ser hecha por Resolución suscrita por el Gerente. Tenemos pues que todo lo sucedido dentro del seno de la Junta Directiva, las razones allí expuestas, las discusiones que se dieron y todos los incidentes que surgieron, de los cuales dan cuenta las diferentes actas que aparecen en el expediente, deben considerarse como actuaciones propias normales y previas a la adjudicación en esta clase de organismos y en el trámite de estudio y selección de propuestas, pero que de ninguna manera pueden considerarse determinaciones jurídicas concretas, como lo está entendiendo la sociedad actora, pues la competencia para hacer la adjudicación radica en el Gerente.

"Por otra parte debe destacarse también, que la selección o escogencia que hizo la Junta Directiva de la firma Humber (sic) Bozzi y Cía. Ltda., debió ser considerada como un acto interno dentro del trámite de adjudicación desde el momento en que la misma junta estimó que se requería una Resolución dictada por el Gerente de la entidad y desde el momento que se abstuvo de hacer la correspondiente notificación a la Sociedad supuestamente beneficiada con la escogecia.

"Así pues que también por esta circunstancia debe descartarse que existió adjudicación pues los efectos de ese acto únicamente pueden comenzar desde el momento que es comunicado al interesado. Antes de que se produzca la notificación la admonistración está en completa libertad para cambiar o modificar su decisión.

"La selección que realizó la Junta Directiva al escoger a una de las firmas proponentes, no constituye, por ninguna de las razones antes expuestas, acto administrativo de adjudicación del concurso de mérito. Así pues que cuando la administración consideró que existían razones de diferente orden -las que fueron ampliamente analizadas en las reuniones de la Junta Directiva- para declarar desierto el concurso de mérito, procedió conforme a la ley".

Como el proceso ha sido rituado en su integridad, sin que se observe causal que invalide la actuación, se procede a resolverlo, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El asunto que ocupa la atención de la Sala se contrae a la petición de nulidad del "acto administrativo contenido en el acto (sic) de la sesión del 22 de enero de 1979, de la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, por el cual se declaró desierta la licitación o concurso de méritos para la contratación de la Interventoría de la construcción de la Zona Procesadora de Productos en las instalaciones de la Zona Franca, en la ciudad de Cartagena".

Como el debate se circunscribe a aspectos de carácter jurídico, las motivaciones de la Sala conducen al análisis de los siguientes puntos:

1. Desarrollo del concurso de méritos.

2. Competencia para adjudicar el contrato.

3. Competencia para declarar desierta la licitación.

4. Naturaleza del acto impugnado.

1. DESARROLLO DEL CONCURSO DE MERITOS

a) Por tratarse de un establecimiento público del orden nacional, el proceso licitatorio se sujetó a los términos previstos en el Decreto No. 150 de 1976 y su reglamentario No. 106 de 1977. Fue así como por Resolución No. 286-Bis de julio 10 de 1978, el Director de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, abrió el concurso de méritos para la Interventoría de la construcción proyectada con recursos del Empréstito No. 1593 del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y fondos propios de la entidad pública. Al mismo tiempo, designó el Comité evaluador de las propuestas (folio 15 Cdno. 5).

b) El Comité Evaluador analizó las propuestas técnicas con base en el puntaje aprobado por la Junta Directiva de la Zona y recomendó para la adjudicación del concurso, en estricto orden de elegibilidad, a las siguientes firmas: (folio 19 Cdno. 5).

CONSULTORIA Y SISTEMAS LTDA.
SALGADO, MELENDEZ & ASOCIADOS
HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA.

c) En la reunión del 9 de octubre de 1978, algunos miembros de la Junta Directiva se mostraron en desacuerdo con el orden de elegibilidad acordado por el Comité Evaluador y propusieron variarlo, encabezando la lista de elegibles con la firma Humberto Bozzi & Cía. Ltda. (Acta No. 008-78, folio 44 Cdno. 5) .

d) Durante la sesión de la Junta Directiva, celebrada el 16 de octubre de 1978, se votó el cambio del orden de elegibilidad, el cual quedó así: (Acta No. 009-78, folio 175 Cdno. 5).

HUMBERTO BOZZI & CIA. LTDA.
SALGADO, MELENDEZ & ASOCIADOS
CONSULTORIA Y SISTEMAS LTDA.

e) Luego, en la reunión del 16 de noviembre de 1978, se aprobó la siguiente proposición:

"La Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, se ratifica en la escogencia recaida en la firma Humberto Bozzi & Cía. para llevar a cabo la interventoría del Componente "A" de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena y se permite recomendar a la mencionada firma la posibilidad de asociarse con Consultoría y Sistemas o Salgado, Meléndez y Asociados, si así lo exige el Banco Mundial para la ejecución de la mencionada obra." (Acta No. 010-78, folio 65 Cdno. 5) .

f) Posteriormente, el 22 de enero de 1979, bajo la presidencia del Ministro de Desarrollo Económico, la Junta Directiva resolvió unánimemente declarar desierta, por inconveniente, la licitación sobre el contrato de Interventoría. La parte pertinente del Acta No. 001-79, dice así:

"Toma la palabra el señor Ministro nuevamente para explicar a la Junta que el Gobierno Nacional tiene como objetivo el futuro de Cartagena y que se impone una inmediata solución al asunto que se ha venido ventilando en la Zona durante los últimos tres meses.

" La solución que plantea el Ministro tiene además la aprobación del Presidente de la República y del Procurador General de la Nación. La Propuesta concreta es declarar desierta por inconveniente la Licitación sobre el contrato de Interventoría.

"Anuncia además que la doctora Esguerra hará la explicación jurídica del caso para salvaguardiar los intereses de la Zona.

"Manifiesta que existe una cadena de errores en esta Licitación comenzando por el cometido por el propio Ministro al proponer el consorcio como solución.

"Añadió que se hacía más práctico abrir una nueva licitación por partes, a fin de agilizar el proceso de adjudicación, y que ésto último contaba con el beneplácito del Banco Mundial.

"Tomó la palabra don Luis Sierra para expresar que no tenía ninguna objeción pero que solicitaba al Ministro escuchara la Junta en ausencia de los funcionarios de la Zona que estaban presentes. El Ministro accedió sobre la base de que ésto no fuera a conducir a una desarmonía entre los Miembros de la Junta.

"En este momento el Ministro sometió a la aprobación de la Junta la propuesta de declarar desierta la Licitación, buscando asidero legal a la declaratoria por inconveniencia. Se aprobó por unanimidad." (folio 186 Cdno. 5).

Este fue en síntesis el proceso de la licitación, desde su apertura hasta la declaración de deserción por inconveniencia.

2. COMPETENCIA PARA ADJUDICAR EL CONTRATO

Conforme al estatuto orgánico de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, aprobado por Decreto No. 2828 de 1974, la Zona es un establecimiento público, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, cuya dirección y administración están a cargo de la Junta Directiva y del Gerente. (artículos 2 y 10).

En el ejercicio de sus funciones, a la Junta Directiva le corresponde autorizar todo acto o contrato cuya cuantía exceda de $25.000.00 y tenga una duración mayor de un año (artículo 18). Correlativamente, al Gerente, en su doble carácter de agente del Presidente de la República y de representante legal de la institución y primera autoridad ejecutiva de la misma, le corresponde la función de suscribir los actos y contratos que deban celebrarse conforme a las disposiciones pertinentes. (artículos 26 y 27).

Era natural, entonces, que las normas estatutarias que regían la actividad de la Zona Franca en materia de contratos, se armonizaran con las disposiciones contempladas en el Decreto No. 150 de 1976, ordenamiento jurídico que para la época regulaba las licitaciones y la contratación administrativa en general.

Dicho Decreto prescribía entre otras disposiciones:

"Artículo 26. De la autoridad competente para adjudicar.

"*Corresponde adjudicar* el contrato al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, previo concepto de la Junta de Licitaciones o Adquisiciones del organismo.

"*La adjudicación se hará mediante resolución que se notificará personalmente al proponente favorecido* y se comunicará a los no favorecidos. Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa.

"Si el proponente favorecido no firmare el contrato dentro del plazo que con tal fin se señala, podrá adjudicarse al oferente calificado en segundo o tercer lugar, o abrirse una nueva licitación."

El artículo siguiente estipulaba:

"Artículo 27. De los efectos de la adjudicación.

"*Ejecutoriada la resolución de adjudicación,* ésta es irrevocable y obliga, por lo mismo a la entidad y al adjudicatario.

"Cuando la ley subordine el perfeccionamiento de un contrato a la aprobación o revisión de un organismo o autoridad superior, la adjudicación no producirá otro efecto que el de obligar a la entidad contratante y al

adjudicatario a cumplir los demás requisitos, establecidos para el caso..."

El Estatuto también disponía:

"Artículo 158. De la competencia para su celebración.

"Los contratos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del estado y de las Sociedades de Economía Mixta *se adjudicarán y suscribirán por el respectivo Gerente, Director o Presidente, y están sujetos a la previa autorización o a la aprobación posterior de la correspondiente Junta o Consejo Directivo*, según lo que sobre el particular prevean sus normas orgánicas".

Y en concordancia con las normas anteriores, el Decreto No. 106 de 1977, preceptuaba:

"*Artículo 52.El Jefe de la entidad, mediante resolución motivada, hará libremente la adjudicación respectiva*". (las subrayas no son de los textos).

El alcance de las disposiciones transcritas, es bien claro: corresponde adjudicar el contrato, en forma privativa, al Jefe de la entidad contratante, mediante resolución motivada que, una vez notificada al proponente favorecido, es irrevocable.

Así las cosas, resulta claro para la Sala que no es la Junta Directiva de la Zona el órgano competente para la adjudicación de los concursos, sino el Gerente quien puede adjudicar el contrato, mediante resolución motivada que se debe notificar al adjudicatario.

3. COMPETENCIA PARA DECLARAR DESIERTA LA LICITACION

Aclarado el segundo punto, es preciso definir a quién compete declarar desierta la licitación para determinar la prosperidad de las pretensiones impetradas en la demanda.

El artículo 53 del Decreto 106 de 1977 "por el cual se dictan normas sobre registro de proponentes, concurso de méritos y presentación conjunta de propuestas", consagraba:

"*Los concursos 'públicos de méritos-anteproyectos' y 'privado de méritos' se declararán desiertos por el jefe de la respectiva entidad* en los mismos casos previstos en la ley para declarar desiertas las licitaciones..."

En armonía con esa norma, el Estatuto Contractual, señalaba:

"Artículo 30. De cuándo se declara desierta la licitación.

"*El Jefe del organismo respectivo declarará desierta la licitación*:

"1... 2... 3... 4... 5. Cuando *a su juicio* las diferentes propuestas se consideraren inconvenientes para la entidad contratante o se hubiere violado la reserva de las mismas". (Las subrayas no son de los textos).

De las normas citadas se colige que la competencia para declarar desierta la licitación radicaba, exclusivamente, en cabeza del jefe de la entidad, cuando existieran irregularidades en el proceso licitatorio o cuando, a su juicio, estimare inconvenientes las diferentes propuestas. En otras palabras, en el caso en comento, el Gerente de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena, era el único facultado para declarar desierto el concurso de méritos, ante la ausencia de una disposición legal que atribuyera a la Junta Directiva esa función.

4. NATURALEZA DEL ACTO IMPUGNADO

En el marco del Estatuto Contractual vigente entonces, para que la adjudicación creara una situación jurídica individual y concreta, se requería:

a) Autorización de la Junta Directiva del organismo.

b) Resolución motivada del Gerente de la entidad contratante,

c) Notificación al proponente favorecido.

Sin estos presupuestos no nacían para el adjudicatario, los derechos inherentes a esa calidad, faltando ellos, nada puede reclamar el supuesto adjudicatario.

La operación administrativa contractual, bien sea con licitación (pública o privada) o con concurso de méritos puede culminar de dos maneras: bien sea, mediante adjudicación del contrato objeto de la licitación o del concurso de méritos, ora sea la declaratoria de desierto. En cualquiera de las dos hipótesis, el acto administrativo que disponga una u otra medida, es una declaración de voluntad de la administración, proferida en ejercicio de un poder legal, provista de consecuencias sobre el ordenamiento jurídico, toda vez que crea o constituye una situación jurídica y lo hace de manera definitiva, pues que clausura el procedimiento dentro del cual se produce, en forma tal que hace imposible su continuación. Como verdadero acto administrativo unilateral que es, cualquiera de las dos declaraciones de la voluntad de la administración en mención, para poder considerarla válidamente emitida, debe haber sido proferida por la autoridad dotada por el ordenamiento jurídico superior de competencia para hacerlo, respetando las formas propias del acto, según el mismo ordenamiento, y consultando, en cuanto hace a su materia, el principio

fundamental de la legalidad del obrar administrativo. Si faltare uno cualquiera de los elementos destacados, el respectivo acto administrativo quedará afectado de un vicio en su nacimiento, que lo hace revisable por el órgano administrativo de superior jerarquía (control jerárquico o vertical) si la ley dispone que ese control exista y opere respecto del acto administrativo en consideración, o que lo hace anulable por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (control de legalidad de tipo horizontal).

Ahora bien: la competencia, elemento esencial del acto administrativo, determina la órbita dentro de la cual determinada autoridad del orden administrativo puede intervenir. Al decir de PIERRE DELVOLVE (L'acte administratif, Sirey, Paris, 1983, p. 134), "las diferentes materias sobre las cuales los poderes públicos pueden adoptar medidas pertenecen, según los casos, a autoridades también diferentes en virtud de una distribución que las autoridades administrativas tienen el deber de respetar. Una autoridad administrativa solo puede intervenir respecto de una materia administrativa comprendida dentro de sus atribuciones."Es ese un principio sillar del derecho público universal que, en lo que al ordenamiento jurídico colombiano concierne, se halla expresamente plasmado en el artículo 20 de la Constitución Política y conforme al cual si los particulares pueden hacer cuanto no les esté expresamente prohibido por la Constitución y las leyes, los funcionarios públicos, además, solo pueden hacer aquello para lo cual se encuentren expresamente facultados. De allí que el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, vigente cuando se produjo el acto administrativo cuestionado dentro del presente proceso, haya podido disponer, en perfecta armonía con el canon constitucional mencionado, que la acción de nulidad de los actos administrativos procede no solo por los motivos indicados en los artículos 62 a 64 de dicha ley, sino también cuando hubieren sido expedidos en forma irregular (esto es sin sujeción a las formas prescritas por las leyes),o con abuso de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere (es decir, excediendo la órbita de competencia que la ley señala a la respectiva autoridad administrativa), o con desviación de tales atribuciones (esto es, cuando la autoridad adminlstrativa utiliza su propia competencia pero con fines o propósitos diversos a los tenidos en cuenta por la ley al concederla).

De lo brevemente expuesto cabe concluír, sin mayores esfuerzos de interpretación, que cuando la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena procedió a declarar desierta la licitación a que se ha hecho referencia anteriormente, vició de nulidad esa determinación por incompetencia, pues excedió sus facultades, toda vez que la ley no atribuye a dicho órgano, sino al Gerente de la entidad, la facultad de proferir al acto administrativo que plasme esa decición. Ello basta, en consecuencia, para que la Sala acceda a la primera de las súplicas de la demanda, como el efecto habra de hacerse.

Más lo propio no podrá hacerse en relación con las restantes súplicas del libelo, por la sencilla pero potísima razón de que no se configuró jamás para la sociedad actora un derecho suyo que debe ser restablecido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En efecto, ya se vio en otro aparte de las motivaciones de este fallo cómo de conformidad con las leyes y los estatutos que regulan el funcionamiento del establecimiento público demandado, la competencia para adjudicar los contratos está radicada, también, en el Gerente de la entidad y en forma alguna en cabeza de su Junta directiva, de donde se deduce que también por incompetencia del expresado órgano, la decisión contenida en el acta de fecha 16 de octubre de 1978, no puede ser tenida como acto de adjudicación de la licitación. Esa determinación, en sentir de la Sala, a lo sumo puede tenerse como una recomendación formulada por la Junta Directiva al Gerente de la Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena para que dicho funcionario, en ejercicio de sus poderes legales y estatutarios, procediese a adjudicar el contrato a la sociedad actora. Pero nada más. De ello fluye natural y obviamente, que al no haber creado esa determinación de la Junta Directiva derecho alguno en favor de "Humberto Bozzi & Cía. Ltda.", no existe, por absoluta sustracción de materia, derecho que deba ser restablecido por decisión de esta Corporación. En otros términos, la hipótesis de la norma sobre la cual la parte demandante funda su pretensión (artículo 67 de la Ley 167 de 1941), esto es, la existencia de un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo, no aparece configurada por parte alguna. Y siendo ello así, nada existe o existió que deba ser restablecido.

No se hará condena en costas porque las súplicas de la demanda prosperan parcialmente.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Declárase la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta correspondiente a la Sesión de fecha veintidos (22) de enero de mil novecientos setenta y nueve (1979) de la Junta Directiva de la Zona Franca Industrial y comercial de Cartagena, mediante el cual se declaró desierta la licitación o concurso de méritos para la contratación de la interventoría de la construcción de la zona procesadora de productos de exportación en las instalaciones de la Zona Franca, en la ciudad de Cartagena.

Segundo. Deniéganse las restantes súplicas de la demanda incoada por la sociedad "Humberto Bozzi & Cía. Ltda.".

Tercero. Sin costas por haber prosperado parcialmente las súplicas de la demanda.

Cópiese, Notifíquese, publíquese y comuníquese.

Se hace constar que la anterior providencia fue aprobada en sesión de fecha 10 de mayo de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala (Aclara voto); *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta;*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACTO DE ADJUDICACION/ LICITACION -Deserción (Salvamento de voto)

Hecha la adjudicación, con la cual se clausuró la etapa de selección del contratista, no podía la administración bajo ningún pretexto declarar desierta la licitación o el concurso. Sobre el punto había sustracción de materia, ya que no se declara desierta una adjudicación ya hecha. A la administración no le quedaba otra salida que la de demandar su propio acto. Recuérdese que ni siquiera el órgano competente lo podía revocar. La decisión de declarar desierta la licitación, fuera de ser un acto de revocatoria disfrazado, es de tan indiscutible improcedencia que prácticamente podría estimarse como una vía de hecho, comprometedora de la responsabilidad de la administración.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente No. 2870. Actor: Humberto Bozzi & Cía Ltda.

Consejero Ponente: *Doctor Antonio J. de Irisarri*

Expongo respetuosamente mis discrepancias con el proveído mayoritario aprobado por la Sala en el asunto de la referencia.

1. Observo, en primer término, que teóricamente el asunto de la competencia de la Zona Franca para adjudicar y declarar desierto una licitación o concurso está ajustada a la ley. Uno y otro acto deberán ser expedidos por la gerencia y no por la junta directiva.

2. Pero en el caso concreto se dan otros aspectos que no pueden pasarse por alto. Así:

a) Hecha la adjudicación a la firma demandante y notificado el acto, éste se volvió irrevocable y obligatorio para las partes. Tal alcance se desprende del mandato contenido en el artículo 27 del Decreto 150 de 1976, vigente a la sazón. Mandato que se mantiene en similares términos en el artículo 35 del Decreto 222 de 1983.

b) Hecha la adjudicación, *con la cual se clausuró la etapa de selección del contratista,* no podía la administración bajo ningún pretexto declarar desierto la licitación o el concurso. Sobre el punto, había sustracción de materia, ya que no se declara desierta una adjudicación ya hecha.

c) Por eso mismo a la administración no le quedaba otra salida que la de demandar su propio acto. Recuérdese que ni siquiera el órgano competente lo podía revocar.

d) La decisión de declarar desierta la licitación, fuera de ser un acto de revocatoria disfrazado, es de tan indiscutible improcedencia que practicamente podría estimarse como una vía de hecho, comprometedora de la responsabilidad de la administración.

e) La determinación de adjudicación de la Junta Directiva no puede tomarse como una simple recomendación hecha al gerente de la Zona (a folio 25 de la sentencia), porque la presencia de éste en las deliberaciones de la Junta cambió el enfoque y dió pié para pensar que allí mismo se hizo esa adjudicación.

f) El acto administrativo de adjudicación, creador de una situación particular y concreta, que se estima ilegal pero cuya nulidad nadie ha demandado (la declaratoria oficiosa no se da en el proceso administrativo), no excluye *per se* la indemnización de perjuicios y menos cuando su revocatoria se declaró nula por ilegalidad (la declaratoria de deserción de la licitación no fue otra cosa) porque aquel no sólo revivió sino que conserva, mientras no sea anulado por la jurisdicción, las presunciones de legalidad y veracidad propias de todos los actos administrativos.

En otras palabras, al anularse el acto de deserción recuperó su vigencia el de adjudicación y hasta donde tengo noticia no ha sido anulado o suspendido por la jurisdicción administrativa.

3. No parece de recibo la tesis de la excepción de ilegalidad que se le aplica al acto de adjudicación para negar sus efectos restablecedores, porque ella, siguiendo la doctrina aceptada para la excepción de inconstitucionalidad con fundamento en el artículo 215 de la Carta, tiene su campo de aplicación frente a la normatividad de carácter general. Por eso se entiende, cuando se acoge el 215, que la norma ilegal no se aplica al caso concreto, pero conserva su vigencia para los demás casos.

4. Lo hasta aquí expuesto me hace pensar que debieron estudiarse las pretensiones de restablecimiento. Aunque considero que el perjuicio no resultó probado en forma suficiente.

Atentamente.

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá D.E. dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

CONTRATO ADMINISTRATIVO - Terminación

La decisión administrativa que dijo terminar el contrato por razones de conveniencia quedó en firme al no ser impugnada por el contratista e impide que ahora se decidan las pretensiones indemnizatorias derivadas de un supuesto incumplimiento de la administración, porque éste, planteadas así las cosas, sólo podría evidenciarse removiendo el obstáculo creado por el acto administrativo y demostrando que no fue la conveniencia pública la que lo justificó sino el propio incumplimiento de la entidad contratante. De lo dicho se infiere que en el *sub-judice* tenía que demandarse la nulidad del acto de terminación, porque sólo así podía el despacho entrar a considerar las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., mayo once (11) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 4217.- Contratos. Actor: PEDRO GUILLERMO JIMENEZ VARGAS.

Procede la Sala a decidir el presente proceso instaurado por el Ingeniero Pedro Guillermo Jiménez Vargas contra la Empresa Puertos de Colombia, mediante el cual se pide:

"III.1. Que se declare que el demandado por su culpa grave, ocasionó graves perjuicios al demandante, al ordenar la suspensión de los trabajos y al terminar irregularmente y unilateralmente el contrato No. 35 de 1979, relativo a la construcción de la bodega No. 5 del Terminal Marítimo de Santa Marta.

"III.2. Que se condene al demandado a pagar todos los perjuicios causados al demandante, que se demuestre en el proceso.

"III.3. Que se condene al demandado a pagar los perjuicios a que se refiere el punto III.2., anterior, corregidos monetariamente, de modo que el valor intrínseco de la condena no se envilezca.

"III.4. Que se condene al demandado a pagar los intereses, costas y agencias en derecho del proceso".

En la demanda se narran en síntesis los siguientes hechos fundamentales:

1. Que Puertos de Colombia abrió licitación para la construcción de la bodega 5 del terminal de Santa Marta y le adjudicó el contrato al Ingeniero Pedro Guillermo Jiménez V., el que se suscribió el 19 de octubre de 1979, por un valor de $62'540.410.96.

2. Que en virtud de ese contrato, el contratista se obligó a ejecutar para la Empresa obras de construcción de la bodega No. 5 del terminal, de acuerdo con los planos, especificaciones y condiciones del pliego.

3. Que en la cláusula vigésima cuarta se convino la terminación del contrato por voluntad de la Empresa.

4. Que la ejecución se inició de acuerdo con lo convenido, dentro de lo previsto y se hubiera podido cumplir de no haber mediado el desgreño administrativo de la Empresa; la que cometió errores como el de la localización de la obra, la que inicialmente quedaba, una parte, ubicada en las aguas de la bahía y otra, sobre un risco.

5. Que esta circunstancia impuso la paralización de los trabajos, la que fue ordenada por los interventores Juan E. Pedraza P., jefe de ingenieros y Víctor Linero, Jefe de interventores. Como consecuencia de esa suspensión, que duró unos siete meses, el contratista sufrió serios perjuicios; los que se determinan el el punto 1.13 del libelo (a folio 149 y siguientes) y se justiprecian en la suma de $52'793.474.oo.

6. Que durante esa suspensión, el demandante incurrió en gastos de administración por un valor superior a los $3'000.000.oo; tuvo que pagar indemnización a terceros por cerca de $10.000.000.oo y afrontar un concurso de acreedores ante el juzgado 14 civil del circuito de Bogotá.

7. Que de acuerdo con el estudio elaborado por Asesores Extranjeros, se evidenció la inconveniencia de ejecutar la obra; la que sin análisis por parte de Puertos de Colombia se contrató con el Ingeniero demandante.

8. Que por tales razones, Puertos de Colombia se vio precisado a darlo por terminado mediante la resolución 0076 "sin fecha"; terminación que, según el

demandante "ocasionó perjuicios a mi poderdante, el cual tenía derecho a ejecutar una determinada cantidad de obra, y a percibir por esta ejecución, unas ciertas utilidades previstas an el contrato, las cuales no pudo percibir. Esta terminación unilateral se hizo con infracción directa de la cláusula 24 del contrato que vinculaba a las partes, toda vez que no se dió aviso al Contratista de dicha terminación con los 60 días de anticipación previstos en la mencionada cláusula. Por esta terminación unilateral, y por la suspensión de los trabajos ordenada por PUERTOS DE COLOMBIA, mi poderdante sufrió graves perjuicios, que demostraré a lo largo del proceso, y por los cuales debe ordenarse a la citada Empresa a pagar las sumas a que haya lugar, más sus intereses, reajustes de toda índole, costas y demás sumas".

En el capítulo "Normas Violadas ..." se señalan como infringidos los artículos 1602 y 1546 del C.C.; 19 y 27 del Decreto 150 de 1976; la cláusula 24 del contrato. Insiste la demandante en la aplicación del Decreto 150 de 1976 y no en la del Decreto 222 de 1983. Con base en esa aplicación -afirma- la resolución de terminación no es acto administrativo, pues solo a partir de la Ley 18 de 1982 adquirieron ciertas decisiones contractuales tal carácter.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la fiscalía 7a. de la Corporación, la demanda no está llamada a prosperar, ya que se estableció dentro del proceso que no hubo suspensión de los trabajos, ni terminación irregular del contrato No. 35 de 1979. De esa vista fiscal, se destaca:

> "Al folio 21 obra fotocopia de la Resolución No. 00084 de 11 de junio de 1980, motivada en el incumplimiento del contratista en el programa de trabajo, especialmente en lo referente al relleno de la ensenada de Taganguilla, pues de 40.000 m^3 pogramados solo había ejecutado 25.050 m^3 a causa de no haberse adquirido oportunamente los explosivos necesarios y de haber reducido el equipo de trabajo, pues así lo afirmó el interventor los días 24 y 27 de marzo y 30 de abril de 1980. Dicho atraso se prolongó hasta el 30 de junio de 1980.
>
> "Con base en lo anterior y de acuerdo con la cláusula vigésimo-tercera del contrato No. 35 de 1979, el Gerente de la Empresa Puertos de Colombia resolvió sancionar al ingeniero Pedro Guillermo Jiménez Vargas con la suma de veinte mil ($20.000) pesos por incumplimiento de las estipulaciones del contrato. Esta resolución, cuya presunción de legalidad no fue cuestionada, demuestra que el señor Pedro Guillermo Jiménez incumplió reiteradamente algunas obligaciones contraídas en virtud del contrato No. 35 de 1979, por el cual se hizo acreedor a la sanción. En cuanto a las causas del incumplimiento que le acarreó la sanción, fueron mencionadas en el oficio suscrito por el contratista, ingeniero Pedro Guillermo Jiménez Vargas cdo. 1 a folio 19 dirigido al doctor Rodrigo Fuentes Noguera, Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia. En tal oficio se ponen en conocimiento del citado funcionario las actividades que en ese momento -agosto 19 de 1980- se desa-

rrollaban, pero además le manifiesta que debido a problemas de financiación, de orden público (como hurtos y amenazas personales) y también a la falta de crédito regional, la obra podría verse afectada en su culminación. Fué así como el contratista puso a consideración del gerente la posibilidad de que el contrato se liquidara parcialmente, situación que conllevaría el recibo de elementos y materiales de la obra, adicionando lo correspondiente al señor de Taganguilla por valor aproximado de quince millones ($15.000.000.oo) de pesos, pues la obra disponía de los elementos y equipos necesarios para cumplir con algunas urgencias del terminal. El oficio finaliza diciendo:"*Esta petición la hago con el fin de amortizar en proporción la parte correspondiente al anticipo*" y "Con estas causas *yo estaría en condiciones de negociar la liquidación amistosa del contrato de la referencia.*" (subrayas fuera del texto).

"Lo anterior demuestra la imposibilidad que tenía el contratista para ejecutar el contrato No. 35 de 1979, hasta el punto que solicitó a Colpuertos la liquidación amistosa del mismo.

"La resolución No. 00076 que, contra lo que afirma la demanda, sí está fechada el 25 de marzo de 1981, mediante la cual el Gerente General de Puertos de Colombia dió por terminado el contrato de las referencias no fue objeto de esta controversia, conservando en consecuencia el valor jurídico de su contenido.

"El demandante señala ese acto administrativo como una de las causas que le generaron perjuicios, pues asegura que Puertos de Colombia no avisó al contratista, sesenta (60) días antes, su resolución de terminar unilateralmente el contrato, tal como lo previó la cláusula vigésimo-cuarta.Tal afirmación queda desvirtuada con la consideración que hace la parte motiva de la resolución mencionada, que dice" Que en tiempo oportuno Colpuertos comunicó al Contratista la determinación tomada por la Junta Directiva con relación al contrato No. 35 de 1979 *quien la ha aceptado* de acuerdo a lo estipulado en el contrato " (subrayas fuera del texto).

"De lo anterior se infiere que en realidad, después de que el contratista se comprometió con Puertos de Colombia a construír la bodega No. 5 en el Terminal Marítimo de Santa Marta, se vió imposibilitado a cumplir algunas de sus obligaciones contractuales, llegando hasta el punto de solicitar a la entidad contratante la liquidación del convenio, petición que según da cuenta la resolución 00076, cuya legalidad, como se observó antes, se presume, fue acogida por Puertos de Colombia y aceptada por el contratista.

"En la demanda se afirma que el contratista también sufrió perjuicios a causa de la orden que le impartieron los funcionarios de Colpuertos, específicamente el ingeniero jefe Luis E. Pedraza Pretel y el interventor Víctor Linero Barranco, teniendo que dejar inactivo durante siete meses el equipo de trabajo que aparece enlistado en la demanda.

"Tal afirmación no cuenta, sin embargo, con respaldo probatorio alguno y, antes bien, la declaración que bajo juramento rindió el ingeniero Linero Barranco -fl 78 y s. cdo. 2- la contradice, ya que pone en evidencia, entre otras circunstancias, los siguientes hechos:

"a) Las condiciones de favorabilidad del contratista Pedro Jiménez al suscribir un contrato adicional con la Empresa Puertos de Colombia, pues los precios se fijaron por acuerdo y no como ocurre en la licitación que son en competencia abierta con varios proponentes, adjudicándoseles casi siempre al precio más bajo;

"b) Las dificultades que comenzó a tener el contratista cuando agotó el anticipo que Puertos de Colombia, de acuerdo con el contrato, le entregara, toda vez que él tenía deudas por trabajos que había realizado con otras empresas, llegando hasta ser embargada por el Banco de Caldas maquinaria que tenía para la ejecución de la obra.

"La anterior aseveración encuentra respaldo en el oficio de 24 de marzo de 1980 folio 85 y siguientes suscrito por el interventor Víctor Linero, en donde aparece consignado su criterio en relación con las causas del bajo rendimiento en los trabajos de relleno, según el cual se debía a "2. Reducción apreciable del equipo de trabajo, ya que de tres tractores más dos cargadores, se pasó a un tractor más un cargador, que son los que operan actualmente.

"c) La solicitud hecha por el contratista a la Empresa Puertos de Colombia de liquidar amistosamente el contrato y su propuesta, para amortizar el anticipo, de que se aumentaran las cantidades de relleno;

"d) Pero sobre todo, que existieron algunos retrasos en la obra, pero "no hubo paralización total" de ella.

"De otra parte, la situación de concurso de acreedores a la que llegó el ingeniero Pedro Guillermo Jiménez nada tiene que ver con el contrato No. 35 de 1979, ni con su liquidación, pues ya se vio que la Empresa Puertos de Colombia no tuvo responsabilidad alguna en las dificultades económicas que desde antes de comenzar a ejecutar la obra objeto del contrato mencionado atravesaba el contratista".

Por su lado la parte demandante insiste en sus pretensiones y a guisa de resumen anota:

"Resumiendo, tenemos que mi poderdante celebró un contrato que quedó perfeccionado el 8 de noviembre de 1979. Por demoras propias de Puertos de Colombia, se suscribió el acta de iniciación.

"El anterior contrato no podía ejecutarse sin hacer excavaciones en un cerro cercano y rellenos en las aguas del mar Caribe por 40.000 metros cúbicos.

Pero por imprevisión de Puertos de Colombia en los pliegos y el contrato no se contempló este trabajo, y para poder ejecutarlo, fue necesario celebrar el contrato adicional 01, el cual solo quedó perfeccionado el día 5 de febrero de 1980 (folio 89 cuaderno 1).

"Por disposición del artículo 202 del Decreto Ley 150 de 1986 entonces vigente, era prohibido ejecutar contratos como el 01 citado, si no estaban perfeccionados. Por esto, solo hasta el día 5 de febrero de 1980 pudo legalmente iniciarse el trabajo. Esto implicó un lucro cesante para mi poderdante por parálisis de sus equipos del 8 de noviembre de 1979 al 5 de febrero de 1980.

"Pero además de lo anterior, los inconvenientes antes anotados, tales como demoras en la localización de la bodega, errores en los diseños de la misma, obstáculos en el área de trabajo tales como poster y cables de teléfono y de energía, demora en la elaboración y entrega de diseños de acueducto y alcantarillado, demoras en la entrega de las líneas eléctricas de alta y baja tensión para la ejecutoria de las obras, condujeron a la virtual parálisis de los trabajos hasta finales de mayo del mismo año, cuando se dieron algunas soluciones a estos inconvenientes.

"En el presente caso, se encuentra demostrado además, que mi poderdante tenía en el lugar de los trabajos, la maquinaria relacionada en el documento visible a folios 129 a 135 del cuaderno No. 1 (folios 61 y siguientes anexo 3).

"Se encuentra demostrado también que esa maquinaria se encontró en virtual parálisis hasta final de mayo de 1980.

"Infortunadamente en esa fecha, ya el lucro cesante que venía padeciendo el contratista, le había ocasionado graves e insalvables problemas financieros. Estos, lo condujeron al concurso de acreedores que se radicó en el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, lo cual obviamente ocasionó grave daño material, lo mismo que grave aflicción espiritual y daño moral que deben ser resarcidos, según explicación anterior.

"Por lo anterior, solicito que se condene en abstracto a Puertos de Colombia a pagar el valor actualizado de la citada maquinaria y el del correspondiente lucro cesante, suma esta que concretará y liquidará junto con los intereses causados y el reajuste económico en el correspondiente incidente de liquidación que se promueva después de expedida la sentencia.

"Solicito también que se condene a Puertos de Colombia a reconocer pagar a mi poderdante la suma de $15'885.000.15, por concepto del enriquecimiento injusto que obtuvo Puertos de Colombia al cobrar y descontar a mi cliente el valor de la estructura metálica de la bodega en el momento del acta de recibo final del contrato.

"Como complemento de lo anterior, solicito que en la sentencia definitiva se ordene el reajuste económico de los anteriores $15'885.000.15 y se disponga también el pago de los intereses que ellos hayan causado, valores estos que se concretarán y liquidarán en el curso del correspondiente incidente de liquidación de perjuicios.

"Pido también el pago a mi cliente de la correspondiente indemnización por la terminación unilateral injusta del contrato.

"Pido también que se condene a la entidad demandada al pago de los estudios efectuados por mi cliente en cumplimiento de las órdenes de la interventoría, a que se refiere la comunicación visible al folio 92 del cuaderno No. 1 del expediente.

"Solicito finalmente, que se condene a Puertos de Colombia al pago del daño moral (1.000 gramos oro) que causó a mi cliente con su negligencia y culpa."

Para la sala el presente asunto, visto el planteamiento de las partes, amerita el análisis de los siguientes aspectos: a) la terminación unilateral del contrato y el Decreto 150 de 1976; b) el acto administrativo contractual frente al antecitado decreto; c) La resolución 0076 de 25 de marzo de 1981 y sus alcances en la presente controversia; y d) la conclusión.

a) ***La terminación del contrato y el Decreto 150 de 1976***

Pasa la sala a estudiar este punto en relación con el Decreto 150 de 1976, en vista de que el contrato aquí cuestionado (No. 35-79) fue celebrado durante la vigencia del mismo.

La terminación unilateral del contrato por parte de la administración ha correspondido siempre al poder exorbitante que la ley le otorga a ésta; terminación que pueda adoptar en términos generales la fórmula de la caducidad, por causales preestablecidas; puede obedecer al hecho de haberse celebrado el contrato con violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades; y puede deberse a razones de conveniencia y orden público.

El Decreto 150 de 1976 no contempla expresamente sino las dos primeras formas; vale decir, la caducidad y la terminación como sanción por violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades.

La terminación unilateral de un contrato por parte de la administración, como régimen de excepción que es, impone, en principio, interpretación restrictiva y con sujeción a la ley.

Pese a esto y aunque nada haya dicho el citado Decreto 150 sobre terminación por razones de conveniencia o de interés público, forma autorizada posteriormente por el artículo 19 del Decreto 222 de 1983 en armonía con el artículo 8º de la Ley

19 de 1982, la administración también podía hacerlo en aquel entonces haciendo prevalecer el interés general sobre el particular. En tal evento, el contratista debía ser indemnizado por virtud del rompimiento del principio de la igualdad frente a las cargas públicas, aunque no mediara culpa ni incumplimiento de la administración.

b) ***El acto administrativo y el Decreto 150 de 1976***

La existencia de la decisión ejecutoria en el régimen contractual no es punto que amerite mayor discusión y menos que permita afirmar que solo se produjo a partir de la vigencia del Decreto 222 de 1983. Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales han contemplado desde un principio la competencia de la administración para expedir actos administrativos que tengan incidencia en el contrato mismo. Su aceptación se produjo tan pronto las controversias contractuales le fueron adscritas a la jurisdicción administrativa por el Decreto 528 de 1964; y para el efecto la jurisprudencia se apoyó en la doctrina extranjera, en especial en la francesa, italiana, española, uruguaya y argentina.

El mismo Decreto 150 confirmó la idea al permitir una serie de actos unilaterales de contenido ejecutorio, tales como el de caducidad (artículo 51), el de terminación (artículo 11), el de multas (artículo 60), el de liquidación (artículo 192). Actos administrativos contractuales dotados, como los demás, de las presunciones de legalidad y veracidad.

Desde ese entonces se sostuvo que tales actos podían, al incidir en la relación negocial misma, causar perjuicios al contratista, quien para buscar el restablecimiento del derecho así violado debía solicitar su nulidad. Nulidad que podía impetrarse también dentro de la propia controversia contractual, porque ese acto no era más que manifestación de la conducta contractual de la entidad pública en desarrollo de un poder legal exorbitante o inusual en el campo privado, que podía introducir modificación en el negocio jurídico o en sus alcances.

c) ***La resolución 0076 de 1981 y sus efectos***

Muestra el expediente que el 25 de marzo de ese año la gerencia general de Puertos de Colombia, mediante la resolución No. 00076, dió por terminado el contrato No. 35 de 1979 de octubre 19 de 1979 "por razones de conveniencia, tal como consta en el acta No. 161 de febrero 10 de 1981 de la sesión de dicha fecha"; y habida cuenta de "que de acuerdo con la cláusula vigésima-cuarta del contrato No. 35/79 varias veces citado, Colpuertos puede dar por terminado el contrato *por cualquier causa que a su juicio* haga necesaria tal determinación, y la causa planteada por la Lyon Associates Inc., es concluyente para que su Junta Directiva haya tomado tal decisión." (a folios 165 y 166 del anexo No. 3).

De las consideraciones de esa resolución se destaca ese motivo de inconveniencia así:

"Que en enero 12 de 1981, según oficio C-81 -ADM-93 suscrito por William J. Coffron, de Lyon Associates, Inc. Director del Proyecto de Estudio para la modernización de los Puertos Marítimos, comunicó a Puertos de Colombia que: a) La necesidad primordial de Santa Marta es de más Zonas abiertas de almacenamiento en vez de cubiertas. En el momento Santa Marta tiene 35.000 M^2 de área de almacenamiento descubierta pavimentada y 20.000 M^2 de área cubierta. Por lo tanto, la relación de área de almacenamiento cubierta a descubierta es solo 1.75. Esta es una relación muy baja y puede ser comparada con las relaciones de 4.2 en Cartagena y de 3.1 en Barranquilla. La construcción de la bodega No. 5 empeoraría el desequilibrio. b) Todavía no se ha establecido cuál puede ser el mejor uso para la nueva área detrás del Muelle No. 4. El acceso desde el Muelle No. 4 será interrumpido por los trenes que transportaban el banano de exportación; de acuerdo con nuestras proyecciones, las exportaciones de banano aumentarán notablemente, haciendo las interrupciones más serias. Puede ser que el área rellenada se utilice como una extensión del área de almacenamiento para contenedores dada la escasez general de espacio. La construcción de la bodega No. 4 impediría esta posibilidad. Dadas estas condiciones, hacemos las siguientes recomendaciones: 1) La bodega No. 5 no debe ser construída como área abierta de almacenamiento; 3) El área de relleno debe ser extendido hasta el Muelle No. 4 para permitir un acceso contínuo."

Para la Sala la cláusula vigésima cuarta del contrato, tal como está concebida, según la cual la gerencia "podrá terminar el presente contrato por *cualquier causa* que a juicio haga necesaria tal determinación, dando aviso al contratista con 60 dias de anticipación", podrá estimarse nula porque le entrega a la entidad pública una exorbitancia absoluta que no está en ninguna ley y porque traduce un poder discrecional que no se compadece con el régimen de las competencias de los funcionarios públicos que es de derecho estricto. El poder de terminación del contrato es y debe ser reglado. Por eso la administración, con sujeción al Decreto 150 de 1976, solo podía terminarlo por caducidad, por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y por razones de orden público, haciendo prevalecer el interés general sobre el particular, como se dijo atrás.

Y la Resolución 0076 de 1981 es un verdadero acto administrativo que puso fin al contrato por razones de conveniencia. En otras palabras, impidió que el contratista cumpliera el objeto del contrato y que obtuviera el lucro que pensaba lograr con la ejecución de la obra contratada.

Por esa razón, fue ese acto administrativo el que le produjo el perjuicio. Acto que al no haber sido demandado causó estado y se convirtió en irrevisable jurisdiccionalmente.

La decisión administrativa que dijo terminar el contrato por razones de conveniencia quedó en firme al no ser impugnada por el contratista e impide que ahora se decidan las pretensiones indemnizatorias derivadas de un supuesto incumpli-

miento de la administración, porque éste, planteadas así las cosas, sólo podría evidenciarse removiendo el obstáculo creado por el acto administrativo y demostrando que no fue la conveniencia pública la que lo justificó sino el propio incumplimiento de la entidad contratante. De lo dicho se infiere que en el *sub-judice* tenía que demandarse la nulidad del acto de terminación, porque sólo así podra este despacho entrar a considerar las pretensiones indemnizatorias formuladas en la demanda.

LA CONCLUSION

La demanda, en la forma planteada, no permite un pronunciamiento de fondo. Como se dijo, si el actor pretendía el resarcimiento de los perjuicios por el incumplimiento de la administración, debió pedir la nulidad del acto de la administración que le puso fin al contrato por razones de conveniencia pública.

Con la subsistencia en el ordenamiento jurídico de este acto, no sería posible afirmar una razón diferente (el incumplimiento de la administración) que llevaría implícita el reconocimiento de una culpa contractual, que estaría en contradicción con el motivo (la conveniencia) expresado en el acto que, *per se*, no es ilegal, culposo o injusto.

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

FALLA:

Declárase inhibido para fallar de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese y Notifíquese

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión celebrada el día tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Los Consejeros,

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL/ PERJUICIOS - Prueba/ **LIQUIDACION UNILATERAL**

No basta afirmar que se produjo el perjuicio sino que hay que alegar en qué consistió y dar la prueba correspondiente. De lo contrario, el perjuicio se queda en el campo meramente conjetural.

La condena no podrá hacerse ni siquiera en abstracto, no sólo porque al no precisar la actora en qué constitió el perjuicio no se pudo demostrar su existencia dentro del proceso, sino también porque el perjuicio no se presume. Además, porque aun aceptando la existencia de los perjuicios no habría bases para su determinación, porque no se sabe a ciencia cierta qué es lo pretendido en esta materia.

La liquidación unilateral de un contrato conforma un acto administrativo que, como tal, esta amparado con las presunciones de legalidad y veracidad; precisiones que le imponen al interesado en su nulidad la alegación de la violación legal y la carga de la prueba de que dicho acto no se ajusta a la realidad

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera
Bogotá D.E. mayo once (11) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5335. Contratos. Actor: SOCIEDAD NEIRA MEDINA Y CIA. LTDA.

Procede la sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 14 de diciembre de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se dispuso:

"1.- DECLARASE que el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU incumplió el contrato No. 116 de septiembre de 1976 celebrado entre dicha entidad y la sociedad NEIRA MEDINA Y CIA. LTDA. para la construcción de las Vías del Circuito Vial San Cristóbal, Bellavista, Centro Vitelma.

"2.- Como consecuencia de lo anterior, el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, es responsable por el incumplimiento del contrato señalado en el numeral inmediatamente anterior, por lo tanto se le condena a pagar a la sociedad demandada en abstracto, los perjuicios materiales sufridos según la liquidación que se hará con fundamento en los Artículos 172 y 178 del Decreto 01 de 1984 y 308 del C.P.C., siguiendo las pautas indicadas en la misma motivación.

"3.- Declárase la nulidad parcial del Acta de liquidación No. 6 del 3 de noviembre de 1979, mediante la cual se liquida el contrato No. 116 de 1976.

"4.- Las sumas liquidadas devengarán intereses comerciales corrientes por los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, en caso de no pago y comerciales moratorios después de este término.

"5.- Deniéganse las demás súplicas de la demanda."

En la demanda se pidió:

"*PRIMERO*.- Que el Instituto Distrital de Desarrollo Urbano I.D.U. incumplió el contrato IDU número 116 de 24 de septiembre de 1976 por medio del cual ese instituto contrató con la sociedad NEIRA MEDINA Y CIA. LTDA. la "construcción de las vías del circuito Vial San Cristóbal, Bellavista, Centro Vitelma";

"*SEGUNDO*.- Que en consecuencia, el Instituto Distrital de Desarrollo Urbano IDU es responsable por el incumplimiento del mencionado contrato y debe, por consiguiente, indemnizar al contratista;

"*TERCERO*.- Que es nula el acta de liquidación número 6 del 3 de noviembre de 1979 "por la cual se liquida el contrato número 116 de 1976, suscrito por el IDU con la firma NEIRA MEDINA Y CIA. LTDA.

"*CUARTO*.- Que en consecuencia de la nulidad del acta de liquidación se ordene hacer una nueva liquidación del contrato y en ella se incluyan las sumas que, según se probará en el proceso, no se incluyeron a favor del contratista cuando así ha debido hacerse.

"*QUINTO*.- Que se condene al Instituto de Desarrolo Urbano IDU a pagar al contratista los perjuicios morales y materiales causados por el incumplimiento del contrato."

Como hechos se narraron, en síntesis:

1. Que en virtud de licitación internacional entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la Sociedad Neira Medina y Cía. Ltda. se celebró el 24 de septiembre de 1976 el contrato de obra pública No. 00116 para la construcción del "circuito vial centro-Vitelma- líneas bajas y el empalme del circuito vial San Cristóbal Bellavista en el centro Vitelma.

2. Que solo el 12 de noviembre de ese año se suscribió el acta de iniciación de las obras.

3. Que el IDU no le entregó al contratista todas las zonas necesarias para la ejecución del contrato pese a que se habían solicitado por la contratista desde el 10 de noviembre; ni le pagó oportunamente el anticipo (aunque sí inició las obras desde antes); ni le entregó los planos completos de la obra; ni le suministró los datos de topografía (solo se entregaron el 27 de diciembre).

4. Que además la contratista dejó constancias sobre lo inadecuado del material del suelo, lo que imponía obras adicionales y variación en los estudios iniciales.

5. Que por tales incumplimientos la contratista no pudo cumplir lo suyo; incumplimientos ajenos a ésta y que fueron reconocidos por el IDU desde octubre de 1977, quien pidió la prórroga del contrato y ofreció pagar las primas de los seguros.

6. Que el IDU no solo varió los índices de reajuste acordados sino que no pagó oportunamente las cuentas por obra ejecutada ni los mayores precios en la obra ejecutada.

7. Que se firmaron varios "otro sí", con ampliación de plazo; que el 3 de abril de 1979 se convino la celebración de la "Adición No. uno del contrato 116 de 1976 para la ejecución de obras adicionales no contempladas en el contrato original y con vigencia igual a la del contrato."

8. Que el IDU en lugar de aceptar los reclamos de la contratista, dispuso la liquidación del contrato mediante resolución de 199 de octubre de 1979, notificada ese mismo día.

9. Que en vista de todo lo ocurrido, la contratista "consintió en el decreto de liquidación del contrato, en la seguridad de poder discutir los términos de éste a su hora".

10. Que durante el proceso de liquidación la contratista rechazó por injusto el trabajo elaborado por el IDU y lo objetó por desconocer la realidad de lo ocurrido.

En el acápite "Normas Violadas" ...se estudia la infracción de los siguientes artículos: 1602, 1603, 1541 ,1618 y concordantes del C.C. y se analiza su infracción.

Cumplido el trámite de la primera instancia, se decidió en la forma indicada al comienzo de esta providencia.

Descontenta la entidad demandada interpuso el recurso de apelación, el que sufrió el procedimiento de rigor.

Así las cosas es oportuno decidir. Para ello se considera:

Para la fiscalía, el fallo recurrido merece confirmación. De esta vista de noviembre 27 de 1989 que obra a folios 467 y siguientes, se destaca:

"Este despacho encuentra acertado el criterio del Tribunal cuando sostiene que se puede pedir en una demanda un pronunciamiento sobre el incumplimiento del contrato y sobre la validez del acta de liquidación firmada con salvedades, pues una petición se refiere a la existencia del contrato y la otra tiene que ver con la ejecución y cumplimiento del convenio y una eventual declaratoria de su incumplimiento del contrato conllevaría, como lo anota la sentencia recurrida, la variación de la liquidación del mismo.

"La apoderada de la entidad demandada sostiene que al momento de instaurarse la acción el demandante tenía pleno conocimiento de que existía un acto administrativo complejo, pues -dice- para elaborar la liquidación del contrato por medio del acta No. 6 de 3 de noviembre de 1979 por la cual se ordena la liquidación del contrato No. 116 de 24 de septiembre de 1974.

"La resolución No. 199, proferida por el Director del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, dispuso la liquidación del contrato No. 116 de 1979 celebrado con la firma Neira Medina y Cía. Ltda. y ordenó la notificación de su contenido al representante legal de la firma mencionada y manifestó que contra ese acto administrativo procedían los recursos de reposición y apelación.

"Contra el acto administrativo en mención no se utilizó recurso alguno, habiendo entonces quedado en firme, según da cuenta el acta No. 6 por la cual se liquidó el contrato 116/76, en cuya parte pertinente se lee: "En Bogotá, D.E. a los 18 días del mes de diciembre de 1979, se reunieron los señores ...con el fin de liquidar la obra en el estado en que se encontraba, de conformidad con lo dispuesto en la *resolución No. 199 de 16 de octubre de 1979 emanada de la Dirección del IDU*". (subrayas fuera de texto).

"La Resolución No. 199 de 16 de octubre es un acto administrativo simple, pues cuenta con todos los elementos que le son esenciales: fue expedido por funcionario competente cuya voluntad se expresó en la disposición de liquidar el contrato No. 116/76, posee un contenido determinado, y contiene un motivo claramente expresado en su parte considerativa, cuando dijo que "el plazo pactado originalmente y prorrogado hasta el 31 de marzo de 1979 se encuentra vencido, sin que se haya ejecutado totalmente la obra contratada.

"Que las obras se paralizaron desde dicha fecha y para su reiniciación el contratista manifestó la necesidad de reconocer nuevos precios para los items en los que el reajuste pactado no presenta los costos actuales."

"En cuanto al acta propiamente dicha, en manera alguna puede considerarse -como cree la recurrente- como parte integrante de la resolución No. 119, pues ella es apenas un acto de ejecución mediante el cual se dió cumplimiento al primero.

"En consecuencia, no existe el pretendido acto complejo que menciona la apelante pues, dicho sea de paso, estos se caracterizan porque en su formación intervienen varios actos y concurren diversas voluntades que se condicionan o necesitan recíprocamente.

"En cuanto al incumplimiento del contrato, vale anotar que la prueba aportada al proceso demuestra que la entidad demandada incumplió parte de sus obligaciones contractuales, incumplimiento que incidió en el desarrollo del contrato, y, en consecuencia, la decisión del *a-quo* al acceder a las peticiones de la demanda de la forma como se observa en la sentencia recurrida, se encuentra ajustada a derecho".

Las partes presentaron sendos alegatos de conclusión e insistieron en sus puntos de vista. (a folios 412 y siguientes).

Para la sala la sentencia deberá confirmarse, previas las siguientes consideraciones, relacionadas con los siguientes aspectos: a) La demanda intentada; b) Las excepciones propuestas; c) La conducta de las partes y su cumplimiento; d) La conclusión.

LA DEMANDA

Como se observa de la transcripción hecha atrás, la parte actora presentó contra el IDU una demanda de carácter contractual, el 10 de septiembre de 1982. Y tiene ese carácter porque pide expresamente que se declare la responsabilidad de la mencionada entidad por el incumplimiento del contrato de obra No. 116 de 24 de septiembre de 1976 y como consecuencia que se le condene al pago de los perjuicios causados; se anule el acta de liquidación No. 6 del 3 de noviembre de 1979, y se efectúe una nueva, con la inclusión de las sumas que quedaron por fuera de ella.

El enunciado no pudo ser más claro. Y lo era más, dado el régimen vigente a la sazón para las controversias de tipo contractual, o sea el Decreto 528 de 1964. En ese entonces, esas controversias podían surgir o de los hechos de ejecución u operaciones materiales o de los actos administrativos dictados por la entidad contratante con incidencia en la relación negocial.

Frente a estos últimos (aunque se aceptaba su índole de actos administrativos) no se exigía su impugnación por la vía de la plena jurisdicción (propia de los actos unilaterales de contenido particular impugnados con fines de restablecimiento), sino que se permitía su cuestionamiento dentro de la acción contractual propiamente dicha.

De tal manera que en esa época no se distinguía, *para efectos de oportunidad en las demandas*, la fuente de la controversia (el contrato mismo, el hecho o el acto administrativo); porque cualquiera que fuera, el término para accionar no era otro que el de la prescripción extintiva (artículo 2536 del C.C). Esto hizo también que la acumulación de pretensiones no tuviera obstáculo, porque se estimó que podía pedirse la nulidad del acto contractual con otras pretensiones relacionadas con el negocio mismo, tales como su terminación, incumplimiento, la responsabilidad, etc. etc.

Los contratos, como es lógico, se celebran para ser cumplidos. De allí que cuando se da el incumplimiento, la parte cumplida o que se allanó a cumplir, podrá pedir la declaración de responsabilidad y las condenas consecuenciales a ésta.

Además, los contratos administrativos pueden terminar normal o anormalmente. En el primer evento, por el cumplimiento del objeto en la forma y el tiempo debidos. En el segundo, por caducidad o terminación unilateral, o por vencimiento del plazo antes del cumplimiento del objeto convenido.

Terminado normal o anormalmente un contrato, en especial en los contratos de suministro, obra pública o prestación de servicios, procederá su liquidación, en los términos señalados en el mismo contrato. Liquidación que podrá hacerse de común acuerdo, o en forma unilateral, en caso contrario, por la entidad pública contratante y mediante resolución motivada.

No tendrá que mediar un acto administrativo formal que ordene la liquidación. Podrá ser una comunicación en la que se invita al contratista a participar en ella y se le pide la documentación de rigor para ese efecto. Si mediare tal acto no conformará con el de liquidación un acto complejo (el que no siempre tendrá carácter unilateral), porque aquél no será más que un trámite previo y hasta innecesario, porque su ausencia no impedirá la liquidación, etapa impuesta por la ley.

Si las partes acuerdan los términos de la liquidación, se suscribirá un acta, la que deberá aprobarse por el jefe de la oficina si no hubiere intervenido en la adopción del trabajo liquidatorio. El acta suscrita por la partes pone fin a las reclamaciones de carácter económico y prestará mérito ejecutivo, en lo que sea favorable a la entidad pública, por jurisdicción coactiva, y ante la justicia ordinaria, si la favorabilidad estuviere de lado del contratista particular.

Esa liquidación de común acuerdo, en principio, no podrá cuestionarse sino por vicios en el consentimiento.

1. Que en virtud de licitación internacional entre el Instituto de Desarrollo Urbano IDU y la Sociedad Neira Medina y Cía. Ltda. se celebró el 24 de septiembre de 1976 el contrato de obra pública No. 00116 para la construcción del "circuito vial centro-Vitelma- líneas bajas y el empalme del circuito vial San Cristóbal Bellavista en el centro Vitelma.

2. Que solo el 12 de noviembre de ese año se suscribió el acta de iniciación de las obras.

3. Que el IDU no le entregó al contratista todas las zonas necesarias para la ejecución del contrato pese a que se habían solicitado por la contratista desde el 10 de noviembre; ni le pagó oportunamente el anticipo (aunque sí inició las obras desde antes); ni le entregó los planos completos de la obra; ni le suministró los datos de topografía (solo se entregaron el 27 de diciembre).

4. Que además la contratista dejó constancias sobre lo inadecuado del material del suelo, lo que imponía obras adicionales y variación en los estudios iniciales.

5. Que por tales incumplimientos la contratista no pudo cumplir lo suyo; incumplimientos ajenos a ésta y que fueron reconocidos por el IDU desde octubre de 1977, quien pidió la prórroga del contrato y ofreció pagar las primas de los seguros.

6. Que el IDU no solo varió los índices de reajuste acordados sino que no pagó oportunamente las cuentas por obra ejecutada ni los mayores precios en la obra ejecutada.

7. Que se firmaron varios "otro sí", con ampliación de plazo; que el 3 de abril de 1979 se convino la celebración de la "Adición No. uno del contrato 116 de 1976 para la ejecución de obras adicionales no contempladas en el contrato original y con vigencia igual a la del contrato."

8. Que el IDU en lugar de aceptar los reclamos de la contratista, dispuso la liquidación del contrato mediante resolución de 199 de octubre de 1979, notificada ese mismo día.

9. Que en vista de todo lo ocurrido, la contratista "consintió en el decreto de liquidación del contrato, en la seguridad de poder discutir los términos de éste a su hora".

10. Que durante el proceso de liquidación la contratista rechazó por injusto el trabajo elaborado por el IDU y lo objetó por desconocer la realidad de lo ocurrido.

En el acápite "Normas Violadas" ...se estudia la infracción de los siguientes artículos: 1602, 1603, 1541 ,1618 y concordantes del C.C. y se analiza su infracción.

Cumplido el trámite de la primera instancia, se decidió en la forma indicada al comienzo de esta providencia.

Descontenta la entidad demandada interpuso el recurso de apelación, el que sufrió el procedimiento de rigor.

Así las cosas es oportuno decidir. Para ello se considera:

Para la fiscalía, el fallo recurrido merece confirmación. De esta vista de noviembre 27 de 1989 que obra a folios 467 y siguientes, se destaca:

"Este despacho encuentra acertado el criterio del Tribunal cuando sostiene que se puede pedir en una demanda un pronunciamiento sobre el incumplimiento del contrato y sobre la validez del acta de liquidación firmada con salvedades, pues una petición se refiere a la existencia del contrato y la otra tiene que ver con la ejecución y cumplimiento del convenio y una eventual declaratoria de su incumplimiento del contrato conllevaría, como lo anota la sentencia recurrida, la variación de la liquidación del mismo.

"La apoderada de la entidad demandada sostiene que al momento de instaurarse la acción el demandante tenía pleno conocimiento de que existía un acto administrativo complejo, pues -dice- para elaborar la liquidación del contrato por medio del acta No. 6 de 3 de noviembre de 1979 por la cual se ordena la liquidación del contrato No. 116 de 24 de septiembre de 1974.

"La resolución No. 199, proferida por el Director del Instituto de Desarrollo Urbano IDU, dispuso la liquidación del contrato No. 116 de 1979 celebrado con la firma Neira Medina y Cía. Ltda. y ordenó la notificación de su contenido al representante legal de la firma mencionada y manifestó que contra ese acto administrativo procedían los recursos de reposición y apelación.

"Contra el acto administrativo en mención no se utilizó recurso alguno, habiendo entonces quedado en firme, según da cuenta el acta No. 6 por la cual se liquidó el contrato 116/76, en cuya parte pertinente se lee: "En Bogotá, D.E. a los 18 días del mes de diciembre de 1979, se reunieron los señores ...con el fin de liquidar la obra en el estado en que se encontraba, de conformidad con lo dispuesto en la *resolución No. 199 de 16 de octubre de 1979 emanada de la Dirección del IDU*". (subrayas fuera de texto).

"La Resolución No. 199 de 16 de octubre es un acto administrativo simple, pues cuenta con todos los elementos que le son esenciales: fue expedido por funcionario competente cuya voluntad se expresó en la disposición de liquidar el contrato No. 116/76, posee un contenido determinado, y contiene un motivo claramente expresado en su parte considerativa, cuando dijo que "el plazo pactado originalmente y prorrogado hasta el 31 de marzo de 1979 se encuentra vencido, sin que se haya ejecutado totalmente la obra contratada.

"Que las obras se paralizaron desde dicha fecha y para su reiniciación el contratista manifestó la necesidad de reconocer nuevos precios para los items en los que el reajuste pactado no presenta los costos actuales."

"En cuanto al acta propiamente dicha, en manera alguna puede considerarse -como cree la recurrente- como parte integrante de la resolución No. 119, pues ella es apenas un acto de ejecución mediante el cual se dió cumplimiento al primero.

"En consecuencia, no existe el pretendido acto complejo que menciona la apelante pues, dicho sea de paso, estos se caracterizan porque en su formación intervienen varios actos y concurren diversas voluntades que se condicionan o necesitan recíprocamente.

"En cuanto al incumplimiento del contrato, vale anotar que la prueba aportada al proceso demuestra que la entidad demandada incumplió parte de sus obligaciones contractuales, incumplimiento que incidió en el desarrollo del contrato, y, en consecuencia, la decisión del *a-quo* al acceder a las peticiones de la demanda de la forma como se observa en la sentencia recurrida, se encuentra ajustada a derecho".

Las partes presentaron sendos alegatos de conclusión e insistieron en sus puntos de vista. (a folios 412 y siguientes).

Para la sala la sentencia deberá confirmarse, previas las siguientes consideraciones, relacionadas con los siguientes aspectos: a) La demanda intentada; b) Las excepciones propuestas; c) La conducta de las partes y su cumplimiento; d) La conclusión.

LA DEMANDA

Como se observa de la transcripción hecha atrás, la parte actora presentó contra el IDU una demanda de carácter contractual, el 10 de septiembre de 1982. Y tiene ese carácter porque pide expresamente que se declare la responsabilidad de la mencionada entidad por el incumplimiento del contrato de obra No. 116 de 24 de septiembre de 1976 y como consecuencia que se le condene al pago de los perjuicios causados; se anule el acta de liquidación No. 6 del 3 de noviembre de 1979, y se efectúe una nueva, con la inclusión de las sumas que quedaron por fuera de ella.

El enunciado no pudo ser más claro. Y lo era más, dado el régimen vigente a la sazón para las controversias de tipo contractual, o sea el Decreto 528 de 1964. En ese entonces, esas controversias podían surgir o de los hechos de ejecución u operaciones materiales o de los actos administrativos dictados por la entidad contratante con incidencia en la relación negocial.

Frente a estos últimos (aunque se aceptaba su índole de actos administrativos) no se exigía su impugnación por la vía de la plena jurisdicción (propia de los actos unilaterales de contenido particular impugnados con fines de restablecimiento), sino que se permitía su cuestionamiento dentro de la acción contractual propiamente dicha.

De tal manera que en esa época no se distinguía, *para efectos de oportunidad en las demandas*, la fuente de la controversia (el contrato mismo, el hecho o el acto administrativo); porque cualquiera que fuera, el término para accionar no era otro que el de la prescripción extintiva (artículo 2536 del C.C). Esto hizo también que la acumulación de pretensiones no tuviera obstáculo, porque se estimó que podía pedirse la nulidad del acto contractual con otras pretensiones relacionadas con el negocio mismo, tales como su terminación, incumplimiento, la responsabilidad, etc. etc.

Los contratos, como es lógico, se celebran para ser cumplidos. De allí que cuando se da el incumplimiento, la parte cumplida o que se allanó a cumplir, podrá pedir la declaración de responsabilidad y las condenas consecuenciales a ésta.

Además, los contratos administrativos pueden terminar normal o anormalmente. En el primer evento, por el cumplimiento del objeto en la forma y el tiempo debidos. En el segundo, por caducidad o terminación unilateral, o por vencimiento del plazo antes del cumplimiento del objeto convenido.

Terminado normal o anormalmente un contrato, en especial en los contratos de suministro, obra pública o prestación de servicios, procederá su liquidación, en los términos señalados en el mismo contrato. Liquidación que podrá hacerse de común acuerdo, o en forma unilateral, en caso contrario, por la entidad pública contratante y mediante resolución motivada.

No tendrá que mediar un acto administrativo formal que ordene la liquidación. Podrá ser una comunicación en la que se invita al contratista a participar en ella y se le pide la documentación de rigor para ese efecto. Si mediare tal acto no conformará con el de liquidación un acto complejo (el que no siempre tendrá carácter unilateral), porque aquél no será más que un trámite previo y hasta innecesario, porque su ausencia no impedirá la liquidación, etapa impuesta por la ley.

Si las partes acuerdan los términos de la liquidación, se suscribirá un acta, la que deberá aprobarse por el jefe de la oficina si no hubiere intervenido en la adopción del trabajo liquidatorio. El acta suscrita por la partes pone fin a las reclamaciones de carácter económico y prestará mérito ejecutivo, en lo que sea favorable a la entidad pública, por jurisdicción coactiva, y ante la justicia ordinaria, si la favorabilidad estuviere de lado del contratista particular.

Esa liquidación de común acuerdo, en principio, no podrá cuestionarse sino por vicios en el consentimiento.

Si el acta se suscribe con salvedades por el contratista podrá éste impugnarla en lo que fué materia de desacuerdo. Si el contratista se negare a suscribirla o *no* comparece a la diligencia, la administración deberá dictar un acto administrativo unilateral de liquidación, mediante resolución motivada, la que podrá impugnarse en una controversia de tipo contractual, en forma aislada o con otras pretensiones derivadas del contrato mismo y que en alguna forma incidan en la liquidación.

Se habla, en primer término, de la forma aislada, porque puede suceder que la discrepancia esté solo en las cantidades que figuran en el trabajo liquidatorio o en sus operaciones contables y matemáticas; y se habla de la otra posibilidad porque la liquidación bien puede resultar afectada con la conducta cumplida por las partes durante la etapa de ejecución del contrato o por circunstancias ajenas al mismo que obraron a modo de justificación de su incumplimiento o de su revisión.

En el caso *sub-judice*, la liquidación se hizo unilateralmente por el IDU (la contratista se negó a suscribir el acta) y la controversia está íntimamente vinculada con el cumplimiento del contrato y sus efectos.

Por lo expuesto, la demanda estuvo bien formulada.

LAS EXCEPCIONES

Aunque la parte demandada no las propone expresamente, de sus alegatos se desprende que no se agotó la vía gubernativa contra el acto que ordenó la liquidación del contrato 116 de 1974 (resolución 199 de 1979) y que tampoco podía pedirse la declaratoria de incumplimiento de éste, porque la resolución aludida había quedado ejecutoriada al no agotarse contra ella la vía gubernativa.

Para la Sala la resolución 119 de 1979 que ordenó la liquidación del contrato de la referencia, no es más que un acto de simple trámite no susceptible de control jurisdiccional. Allí solo se ordenó liquidar el contrato 116 de 1974 porque ya había vencido el plazo para su ejecución y la obra no se había ejecutado en su totalidad. Ese acto se había podido reemplazar por un oficio dirigido al contratista con el fin de invitarlo a la liquidación del contrato.

Nadie discute que se dieron los supuestos para su liquidación, la que además está contemplada no solo en el código fiscal distrital (artículos 501 y siguientes) sino en la cláusula vigésima del contrato. Ni en ese estatuto ni en el contrato aquí cuestionado se hace la exigencia de que la liquidación deba ordenarse en acto previo. Basta, en casos como el *sub-judice*, que se den los supuestos de la ley para que se abra esa etapa de liquidación y como esto sólo puede hacerse unilateralmente por la administración cuando no exista acuerdo entre las partes, lo más lógico es que se busque primero con el contratista dicho acuerdo.

EL CUMPLIMIENTO DE LAS PARTES

Muestra el acervo probatorio que la contratista, aunque no terminó la obra objeto del contrato, sí estuvo siempre dispuesta a cumplir las obligaciones emanadas del mismo; vale decir, que se allanó a cumplir la totalidad de lo convenido. Asimismo las pruebas ponen en evidencia que la entidad pública incumplió lo de su cargo e impidió con su conducta el cumplimiento de la contratista, ya que algunas de sus obligaciones estaban condicionadas al cumplimiento en primer término del IDU. Tal como sucedió con la entrega de las zonas de trabajo, con el suministro de algunos planos y con los datos de topografía.

Obsérvese que el acta de iniciación de las obras se suscribió el 12 de noviembre de 1976 (el contrato se celebró el 24 de septiembre de ese mismo año) y todavía el 14 de julio de 1977, unos tres meses antes de la finalizacion del plazo convenido inicialmente (11 meses) la contratista estaba reclamando al IDU la entrega de zonas de trabajo (a folio 193). Esos requerimientos se habian iniciado desde un principio, tal como lo demuestra el oficio de 10 de noviembre de 1976 (a folio 139 del C. No.2).

La entrega de los planos tampoco fue oportuna. Estos se reclamaron desde un principio, los que faltaban, tal como se infiere del oficio de diciembre 1o. de 1967 que obra a folio 143 del C. No. 2. Y apenas en marzo 6 de 1978, dentro de la segunda prórroga del contrato, se estaban entregando por el IDU los planos para la construcción del empate entre camino de Balcanes y la parte norte de la línea A. de los empalmes entre circuitos viales (a folio 252).

En comunicación de diciembre 27 de 1976 se alegó tambien por la contratista que solo en esa fecha se habían recibido los datos de topografía.

Se podían seguir enumerando otras situaciones de incumplimiento, implícitamente reconocidas por el IDU en su comunicacion 000-066 de noviembre 23 de 1978 (a folio 277), en la que pide comprension y la buena voluntad de los contratistas por "los tropiezos de carácter operativo que tuvo la entidad en el curso de los meses que precedieron al nombramiento de las nuevas directivas, situacion esta que se ha venido superando en la medida que las circunstancias lo han permitido".

Todo lo anterior ni siquiera aparece cuestionado por la entidad demandada, la que cumplió un papel un tanto secundario en su defensa. Se hace esta afirmacion luego de leer los alegatos de instancia que obran a folios 358 y siguientes y 421 y siguientes, los que no analizan el fondo de la controversia, sino que afirman la existencia de un acto complejo que no tiene ese carácter, tal como se explicó atrás.

Probado el primer supuesto de la responsabilidad contractual (el incumplimiento perjudicial de la entidad demandada) pasa la Sala a estudiar el segundo, o sea el perjuicio que dice haber sufrido la demandante.

En este extremo falla lamentablemente la demanda. No basta afirmar en una demanda que se sufrió un perjuicio, los que según sostuvo esta misma Sala en sentencia de 14 de diciembre de 1989 (Proceso 5685 Ciro Angarita B. Ponente Doctor De Greiff Restrepo) ni siquiera se presumen. Hay que alegar y precisar en que consistió éste. Alegación y precisión que dan la medida de la carga probatoria de la parte que esta interesada en sacar avante sus pretensiones.

Del aludido fallo, se destaca:

"Ahora bien, cuando se trata de pedir, como en este caso, indemnización de perjuicios, al actor le corresponde demostrar no solo el incumplimiento de la obligación contractual sino que dicho incumplimiento le ocasionó un daño.

"El deudor, a su vez, podrá demostrar que el incumplimiento no le es imputable, probando diligencia en las obligaciones de medio o caso fortuito o fuerza mayor impeditiva, en las obligaciones de resultado (artículo 1604 del C.C.".

En otras palabras, no basta afirmar que se produjo el perjuicio sino que hay que alegar en qué consistió y dar la prueba correspondiente. De lo contrario, el perjuicio se queda en el campo meramente conjetural. Tan evidente es esto que aquí la Sala se encuentra perpleja en torno a cuál fue el perjuicio realmente sufrido por la actora. Lo que dejó de ganar?. Será porque quedaron cuentas sin pagar o reajustes por reconocer? Será que se ejecutaron obras que aún no se han liquidado ni pagado? Será que hubo paralización del equipo de trabajo o del personal de la obra? Será que la administración no suministro los materiales que tenía que suministrar? Será que los costos del contrato se aumentaron de tal manera que impusieron a la contratista la búsqueda de financiación externa? Cuáles cuentas no se pagaron oportunamente y cuál fue la incidencia de la mora en esos pagos? Será porque no se aplicaron los índices de reajuste acordados?

No existe respuesta alguna sobre estos y otros interrogantes más que podrán hacerse y la demanda es bien pobre en este campo. Basta observar que las pretensiones tercera y cuarta buscan la nulidad del acta de liquidación para que "se ordene hacer una nueva liquidación del contrato y con ella se incluyan las sumas que, según se probará en el proceso, no se incluyeron a favor del contratista cuando así ha debido hacerse".

Como se desprende de lo transcrito, se habla de inclusión de sumas que no se incluyeron. Era apenas obvio que en el cuerpo de la demanda se tenían que precisar, porque solo así se podían probar dentro del proceso. Pero aún pasando por alto este detalle, ni en la demanda figuran esas supuestas sumas ni las pruebas practicadas las ponen en evidencia; ademas, de las sumas que figuran en la liquidación, cuáles se aceptan y cuáles se rechazan?

No puede olvidarse que la liquidación unilateral de un contrato conforma un acto administrativo que, como tal, está amparado con las presunciones de legalidad

y veracidad; precisiones que le imponen al interesado en su nulidad la alegación de la violación legal y la carga de la prueba de que dicho acto no se ajusta a la realidad.

No entiende la Sala porqué la demandante no cuestionó los distintos factores que se tuvieron en cuenta dentro del trabajo liquidatorio. Por lo demás, no figura en el expediente el escrito contentivo de las objeciones que hizo la contratista para no suscribir la liquidación efectuada por el IDU. Tampoco los peritos colaboraron en este sentido. Pero la Sala estima que no fue por su culpa, sino por imprecisión y falta de claridad en la demanda. Fuera de esto, el dictámen no es uniforme en buena parte de su fundamentación. Más que un dictámen en el exacto sentido, se trata de dos opiniones independientes de los expertos.

Para la Sala, entonces, deberán denegarse las súplicas de la demanda, luego de la revocatoria de la sentencia del *a-quo*.

La solución negativa corresponde al pensamiento de la Sala, la que para el efecto ha exigido claridad y precisión en la pretensión de restablecimiento ya que por mandato legal "cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda" (artículo 138 del C.C.A.)

En pasada oportunidad y en asunto similar sostuvo la Sala en sentencia de noviembre 24 de 1985 (Grandicón contra Fondo Vial Nacional):

"H) *EL DAÑO*. Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la del Consejo de Estado han sido reiterativas en el sentido de que "el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, *debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado.* Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, *a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía o señalando a este respecto cuando menos, bases para su valoración.*" (Corte Suprema de Justicia Sentencia noviembre 10 de 1944 Magistrado Ponente: Doctor Hernán Salamanca. Gaceta Judicial. Tomo 58, Nos. 2016 a 2918 página 113).

"En un contrato bilateral en que una de las partes está libre de incumplimiento de lo de su cargo y la otra ha faltado en todo o en parte a lo suyo, incurriendo así en culpa, aquella tiene opción para insistir o desistir y, en uno y otro caso, *para que el culpable le indemnice el perjuicio; pero, como es de lógica elemental, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que requieren demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe comprobar que los ha sufrido. Más todavía: bien puede haber*

culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperará la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que éstos sean efecto de aquélla; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre unas y otros." (Corte Suprema de Justicia. Sentencia febrero 27 de 1946 Magistrado Ponente Doctor Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial Tomo 60 número 2029 a 2037 Pag. 59).

...

" No se recibió ni un solo testimonio encaminado a demostrar los hechos antes relacionados. Así las cosas, el fallador ha sido colocado, por fuerza del aspecto probatorio, en el campo de la simple conjetura, que como es bien sabido, no sirve para concluir que se ha dado el perjuicio. En este particular, la Corte Suprema de Justicia, ha fijado también pautas jurisprudenciales al predicar:

"Pero esa mera posibilidad conjetural, aún teniéndola por probabilidad, no basta para afirmar en cada caso dado que se ha causado el perjuicio. *Este debe demostrarse como un hecho efectivo, ya que una mera conjetura no basta a fundamentar legalmente la sentencia.* Esa conjetura que, como ya se dijo, viene desde luego a la mente y que es lo que como testigos expresan algunas de las personas prenombradas, *no da asidero al decreto de lo demandado, pues no siendo de por sí prueba suficiente de haber sufrido perjuicios el demandante, mal podría sobre esa base condenarse a indemnizarlo*" (Sentencia febrero 12 de 1944 Magistrado Ponente: Doctor Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial Tomo 57. Nos. 2006 a 2015. Pag. 50)."

(Sentencia de 24 de noviembre de 1988. Actor: Grancolombiana de Ingeniería y Construcciones Ltda. "Grandicol. Proceso 3182 Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta) .

Finalmente, se anota:

Pese a la prueba del incumplimiento por parte del IDU, la condena no podrá hacerse ni siquiera en abstracto, no sólo porque al no precisar la actora en qué consistió el perjuicio no se pudo demostrar su existencia dentro del proceso, sino también porque el perjuicio no se presume.

Además, porque aún aceptando la existencia de los perjuicios no habría bases para su determinación, porque no se sabe a ciencia cierta que es lo pretendido en esta materia. Obsérvese que la demanda no indica ni siquiera cifras concretas y ni siquiera estimó la cuantía de las pretensiones. Demanda que debió inadmitirse desde un principio o por lo menos debió devolverse para su corrección. Aunque cuando se presentó aún no regía el Decreto 01 de 1984 que exigía la estimación razonada de la cuantía, desde antes esa exigencia era obvia, porque el Decreto 528 de 1964 impuso ese factor objetivo para la determinación de las instancias posibles. Fuera de lo dicho, es apenas lógico pensar que cuando alguien pretenda una indemnización debe o indicar la suma que aspira a obtener o dar los elementos para su

determinación. Si no existe ninguno de estos extremos, el juez tendrá que absolver por defectos en el *petitum*. Además, el principio de la congruencia impone claridad en lo pretendido.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de catorce (14) de diciembre de 1987, en su numeral 1. Revócase en todas las demás partes, o sea en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Gustavo De Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta*.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

INTERVENCION AD EXCLUDENDUM - Improcedencia/ **ACCION DE REPARACION DIRECTA**

Tratándose de la acción de reparación directa indudablemente la pretensión de la cosa o el derecho necesariamente se entiende referida a los perjuicios materiales y en el caso *sub-judice*, cada grupo de demandantes pretende la totalidad de la indemnización, cuando puede presentarse el hecho de que las pretendidas intervinientes efectivamente demuestran su calidad para ser beneficiarias de todo o parte de la indemnización. Decidió bien el *a-quo* al no aceptar la intervención ad *excludendum* solicitada ya que aún cuando está demostrada la calidad de esposa e hijos legítimos no está probado que esa calidad excluya a los otros demandantes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E. mayo catorce (14) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 6048. Actor: MARIA ALEXIA ARANGO G. Y OTROS.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por el apoderado de María Nieves Díaz Figueroa, Sandra Liliana, María Amanda y Doris Barrera Díaz contra el auto del 27 de octubre de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante el cual negó la intervención solicitada por ellas con exclusión de los demandantes.

I - ANTECEDENTES

1. MARIA ALEXIA ARANGO GIRALDO en su nombre y en representación de sus hijos menores Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango, por intermedio

de apoderado demandó el 25 de marzo de 1988 al Instituto de Seguros Sociales por la vía del proceso de reparación directa y cumplimiento por la muerte de su compañero y padre JULIO ROBERTO BARRERA MESA.

2. El 20 de junio de 1989 encontrándose en curso el proceso, Nieves Díaz Figueroa en su nombre y en representación de su hija menor Sandra Liliana Barrera Díaz, María Amanda y Doris Barrera Díaz, presentaron solicitud de intervención *ad excludendum* con fundamento en los artículos 267 del C.C.A. y 53 del C.P.C., en virtud de que les asiste un interés directo en sus calidades de esposa e hijas legítimas del señor Julio Roberto Barrera Mesa.

3. El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la providencia objeto de la presente apelación, no aceptó la intervención propuesta por cuanto consideró que la reclamación de los demandantes no es sucesoral por cuanto reclaman a título personal por el perjuicio directo; y los pretensos intervenientes también ejercitan derecho personal y no hereditario, así que la acción bien podía instaurarse por unos y otros en forma separada o conjunta pero sin mengua del derecho de ninguna persona que acreditara interés, por lo que concluyó que no es procedente la figura de la intervención *ad excludendum*, siendo viable, en cambio, la del *litis consorcio* facultativo.

4. Contra la anterior providencia se interpuso recurso de apelación por María Nieves Díaz Figueroa, Sandra Liliana, María Amanda y Doris Barrera Díaz, el cual sustenta su apoderado en que el artículo 143 no contempla el rechazo de la demanda de intervención y el artículo 53 prescribe que ésta debe decidirse en la sentencia.

Además, objeta la procedencia del *litis consorcio* facultativo e insiste en la intervención propuesta, porque el primero supone afinidad de intereses y en la segunda las pretensiones frente al demandante y en contra del demandado recaen sobre el mismo objeto o derecho litigioso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 53 del C.P.C. define la figura procesal "Intervención *ad excludendum*" con los siguientes términos: "Quien pretenda, en todo o en parte, la cosa o el derecho controvertido, podrá intervenir formulando su pretensión frente a demandante y demandado, para que en el mismo proceso se le reconozca" y en cuanto a la oportunidad, expresa la misma norma que precluye con la sentencia de primera instancia.

En el proceso referenciado es claro que la solicitud de intervención excluyente por parte de la señora María Nieves Díaz Figueroa y sus hijas Sandra Liliana, María Amanda y Doris Barrera Díaz se presentó en tiempo oportuno, puesto que aún no se había dictado sentencia y a folios 314 y ss. del expediente aparece la demanda con los requisitos formales de ley.

Para definir si dicha intervención debió ser aceptada o nó, procede la Sala en primer lugar a analizar las pretensiones de las demandantes iniciales Sra. María Alexia Arango Giraldo e hijos menores Julio Roberto y Aleyda María Barrera Arango, con el objeto de determinar si los pretendidos intervinientes buscan el reconocimiento de la misma cosa o derecho controvertido. Al respecto se tiene que dichas pretensiones en síntesis buscan que se declare al Instituto de Seguros Sociales, Seccional de Antioquia, responsable por los actos y omisiones que ocasionaron perjuicios morales y materiales a María Alexia Arango Giraldo y a sus hijos menores Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango por causa de la muerte de Julio Roberto Mesa, compañero en unión libre y padre de sus hijos, y como consecuencia solicita la condena de perjuicios morales en el equivalente a 1000 gramos oro para cada uno y los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) los considera superiores a veinte millones de pesos (folios 139 y 140). Las pretendidas intervinientes, invocan las mismas pretensiones que las demandantes, como puede verse a folios 314 y ss.

La acción de reparación directa, como lo es la intentada en el presente proceso tiene como objetivo obtener la indemnización por los daños materiales y morales o por alguno de ellos como consecuencia de la lesión ocasionada por hechos u omisiones de la administración.

Los perjuicios materiales están constituídos por una universalidad equivalente a los ingresos comprobados del causante y recibidos por quienes sufren menoscabo en sus intereses patrimoniales ya fuere por obligación legal o a título de ayuda económica periódica lo cual debe distribuirse entre aquellas personas que sean reconocidas dentro del proceso como beneficiarios de la indemnización en el *quantum* que les corresponda. En los perjuicios morales en cambio no hay una determinada suma a distribuír, sino que se reconoce por el sentimiento de dolor que sufre la víctima de la lesión; obviamente siempre que se acrediten algunas circunstancias que ya han sido bien definidas por la jurisprudencia, como son el parentesco, estrechos vínculos de fraternidad, etc.

De manera que repasando la definición de la intervención *ad excludendum*, se tiene que tratándose de la acción de reparación directa indudablemente la pretensión de la cosa o el derecho necesariamente se entiende referida a los perjuicios materiales, y en el caso *sub-judice*, cada grupo de demandantes en el *sub-lite* pretenden la totalidad de la indemnización, cuando puede presentarse el hecho de que las pretendidas intervinientes efectivamente demuestren su calidad para ser beneficiarias de todo o parte de la indemnización.

De esta forma, decidió bien el *a-quo* al no aceptar la intervención *ad excludendum* solicitada ya que aún cuando está demostrada la calidad de esposa e hijos legítimos del señor Julio Roberto Barrera Mesa no está probado que esa calidad excluya a los demandantes María Alexia Arango Giraldo, Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango, quienes alegan también derecho a ser indemnizados por la muerte del señor Barrera Mesa.

El solo hecho de que las pretensiones indemnizatorias de Aleyda María y Julio Roberto Barrera Arango tengan como fundamento su calidad de hijos naturales del señor Barrera Mesa muestra que no cabría que se les excluyera dentro de este proceso frente a los otros hijos, los que conjuntamente con la señora María Nieves Díaz, pretenden que así se haga.

Pero es más, aunque se hubiere llegado a la conclusión de que era procedente la intervención con exclusión de los demandantes, se observa que en el caso *sub-judice* se presentó el fenómeno de la caducidad por cuanto el hecho dañoso esto es la muerte del señor Julio Roberto Barrera Mesa que dió lugar a la presente acción de reparación directa tuvo lugar el 12 de marzo de 1987 y la demanda con petición de intervención fue presentada el 20 de junio de 1989, o sea vencido el término de dos (2) años que establece el artículo 136 del C.C.A. para este tipo de acciones.

De esta forma, es del caso denegar la solicitud de intervención *ad excludendum* solicitada por María Nieves Díaz Figueroa y otras.

En mérito de lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

Confírmase el auto de octubre 27 de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia por lo expuesto en la parte motivo de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 10 de mayo de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Gustavo de Geiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION INDEMNIZATORIA

Si es viable intentar la acción autónoma de indemnización de perjuicios, cuando la administración incumple durante el término o plazo del contrato, y la misma se pone en marcha por el contratista cuando el contrato se encuentra vencido. Pero un examen más de fondo permite concluir que la administración también puede proceder en la misma forma en todos los casos en que por ejemplo, acepta recibir la obra pública con especificaciones o calidades por debajo de las pactadas, para evitar mayores males a la comunidad, o cuando el contratista acepta el cumplimiento tardío de las obligaciones por parte de la administración, haciendo en su momento las salvedades pertinentes, para que no se pueda alegar que viene contra sus actos propios.

IURA NOVIT CURIA

En el caso en examen el demandante no está impugnando un acto administrativo sino impetrando una condena por incumplimiento contractual. Esta realidad explica bien que se aplique en toda su intensidad el principio *IURA NOVIT CURIA* en virtud del cual el juzgador tiene el deber de aplicar la ley vigente aunque ella no haya sido invocada en la demanda por la parte actora.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES/ CADUCIDAD

Hasta el primero de marzo de 1984 no se había consagrado en la ley un término de caducidad para las acciones relativas a contratos, motivo por el cual las orientaciones jurisprudenciales siempre indicaron que ellas se sujetaban a la normatividad que regla la prescripción, esto es, veinte años para la de nulidad absoluta y cuatro años para la relativa. A partir de la vigencia del nuevo C.C.A., opera por primera vez, el término de caduci-

dad para éstas controversias que es el que aparece consagrado en el artículo 136 del mismo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., mayo diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5128. Apelación Sentencia. Actor: SOCIEDAD PAVIMENTAMOS LIMITADA. Demandado: MUNICIPIO DE SAN JOSE DE CUCUTA.

I

Agotada la tramitación procesal de ley sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el día dieciseis (16) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987) por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en virtud de la cual se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo por las razones que se precisan en el referido proveído. Para la mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso se transcribe a continuación lo pertinente del referido fallo. En él se lee:

"El doctor ALVARO VILLAMIZAR SUAREZ, con Tarjeta Profesional No: 1010 del Ministerio de Justicia, obrando en nombre y representación de la Sociedad PAVIMENTAMOS LIMITADA -EN LIQUIDACION- al interponer demanda contra el Municipio de San José de Cúcuta Departamento de Valorización Municipal- en ejercicio de la acción consagrada en el Art. 87 del C.C.A., solicita de esta Honorable Corporación *los siguientes pronunciamientos:*

"PRIMERA: Declarar que el MUNICIPIO DE CUCUTA Dirección de Valorización Municipal incumplió el contrato administrativo celebrado el día 28 de mayo de 1983, radicado en Contraloría Municipal con el No. 276 del 25 de noviembre de 1983, cuya adjudicación fue declarada en firma y legal por el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Norte de Santander.

"SEGUNDA: Como consecuencia de dicho incumplimiento disponer que el Municipio debe pagar a la firma PAVIMENTAMOS LIMITADA las siguientes sumas o su equivalente en oro o dollares (sic) de los Estados Unidos de América para la fecha de su pago a las sumas expresadas en pesos colombianos, valen hoy: a) por lucro dejado de obtener al no poderse ejecutar el contrato en su totalidad la suma de TRES MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL ($3'000.000.oo). b) Por perjuicios causados con el incumplimiento como son los salarios y prestaciones sociales del personal de la empresa que estuvo en disponibilidad para atender y ejecutar el contrato durante todo el

tiempo entre la celebración del contrato y la fecha, los costos financieros de equipos e instalaciones, materias primas disponibles para la ejecución del contrato y que no podían trasladarse ni comprometerse en otros contratos: la suma de NUEVE MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL ($9'000.000.oo). c) Reajuste de precios conforme a acta de 8 de enero de 1985, TRES MILLONES DOSCIENTOS UN MIL TRESCIENTOS DIEZ PESOS CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS MONEDA LEGAL ($3'201.310.69). d) Cuentas pendientes la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS MONEDA LEGAL ($244.536.76).

"El pago se efectuará con el reajuste de las pérdidas del poder adquisitivo del dinero conforme a los índices previstos por el Gobierno Nacional para el Costo de la vida, la Unidad UPAC, el Oro y el Dollar (sic) de los Estados Unidos de América, más los intereses causados. (cf. fol. 72).

"*Los HECHOS Y OMISIONES* los relaciona en 19 numerales a los folios 72 a 77 del informativo.

"ADOLECE la demanda del acápite de NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION, pues, simplemente la parte actora dice al folio 79 y 80.

"DERECHO: Artículo 1602 y siguientes del Código Civil. Decretos y Estatutos de la contratación oficial y defensa de la ingeniería."

"En la CONTESTACION DE LA DEMANDA, el Apoderado de la misma, plantea EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA. (cf. folios 89-90).

ALEGATOS DE CONCLUSION

"a) El señor Apoderado de la Parte Actora solicita se dicte SENTENCIA en la siguiente forma:

"DECLARAR que el municipio de Cúcuta incumplió el contrato objeto de esta demanda por: a) No haber pagado las sumas que debía al contratista por concepto de reajustes y de devolución de fondo de reserva. b) No haberle permitido ejecutar la totalidad de la obra contratada.

"Condenar al Municipio de Cúcuta a pagar al demandante los daños y perjuicios, lucro cesante y sumas adeudadas por cuentas no canceladas así: Por cuentas no canceladas la suma de TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON DOCE CENTAVOS ($3 769.747.12).

"Condenar al Municipio de Cúcuta a pagar al demandante los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato que comprende: lucro dejado

de obtener si hubiere podido ejecutar la totalidad de las obras contratadas, perjuicios causados con el incumplimiento al mantener en disponibilidad ociosa y costosa sus empleados y equipos, perjuicios por la mora en el pago. Condena que será en abstracto.

"Las condenas se reajustarán en cifras concordantes con la pérdida del poder adquisitivo de la moneda -colombiana- en relación con la divisa norteamericana dólar o la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, más los intereses comerciales del 3% mensual." (cf. folios 218 y 219).

"b) Por su parte el señor Agente del Ministerio Público solicita un FALLO INHIBITORIO. (cf. folios 220-221).

"No hallándose causal alguna que venga a invalidar lo actuado procede la Honorable Sala a dictar el FALLO correspondiente en derecho.

CONSIDERACIONES DE LA H. SALA:

"*PRIMERA:* El Contratante CUMPLIDO tiene una *acción alternativa* de carácter principal:

"1o. La Resolución del contrato.

"2o. El cumplimiento del contrato.

"Y una *acción SUBSIDIARIA* llamada también CONSECUENCIAL para obtener la indemnización de los perjuicios.

"Una demanda *meramente* indemnizatoria, fundada en el INCUMPLIMIENTO de un contrato, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales a fin de que se cumpla uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita desligando a las partes de sus obligaciones, bien destruyendo el contrato, bien agotándolo.

"*SEGUNDA:* Razón plena le asiste a nuestro Colaborador Fiscal Segundo del H. Tribunal Superior, doctor ISMAEL ENRIQUE ARCINIEGAS BAEDECKER quien en concepto serio y jurídico, DICE:

"PARA RESOLVER SE CONSIDERA: Sería la oportunidad procedimental de rendir el concepto de fondo correspondiente, si no observara fácilmente la ausencia de un presupuesto material de la sentencia de mérito: *lo que se demanda.*

"El libelo demandatorio en este acápite y para llenar tal requisito, dice:

"PRIMERA.- Declarar que el MUNICIPIO DE CUCUTA - Dirección de Valorización Municipal incumplió el contrato administrativo celebrado 21 28 de mayo de 1983...

"SEGUNDA.- Como consecuencia de dicho incumplimiento disponer que el Municipio debe pagar a la firma PAVIMENTAMOS LIMITADA las siyuientes sumas ...".

"Lo ha dicho y sostenido la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera que este requisito de "lo que se demanda" esto es, el *petitum* de la demanda dirigido a la parte demandada debe estar presentado en forma adecuada y precisa para así saber, a ciencia cierta la contraparte cual es el objeto de la pretensión dando la razón correspondiente, como también el Juez Administrativo pueda, de acuerdo al *petitum* condenar a la entidad demandada.

"Es necesario entonces solicitar en forma adecuada y precisa, en esta clase de acciones, la terminación o resciliación del contrato o el cumplimiento del mismo por incumplimiento de contrato por parte de la Administración Pública para que, en esta forma, el Juez Administrativo pueda condenarla al pago de los perjuicios por dicho incumplimiento. En el asunto en exámen ciertamente esa H. Corporación no tendrá los fundamentos jurídicos para un fallo de fondo por cuanto no le corresponde decidir si la acción impetrada por el actor fue la de la resolución o terminación del contrato o el cumplimiento del mismo con indemnización de perjuicios en ambos casos. La alternativa la tiene el demandante y no el Juez.

"En estas condiciones el fallo debe ser inhibitorio porque de lo contrario se violaría el principio de la congruencia entre la demanda y la sentencia al desconocerse, cuál de las acciones alternativas que tiene el demandante eligió como principal, quedando de este modo como subordinada la de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento contractual". (cf. folios 220-221).

"*TERCERA:* También le asiste razón al Apoderado de la parte demandada al presentar la EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA, y expresar:

"... 3 - Carece el libelo también de la individualización de las normas violadas, limitándose a hacer la siguiente genérica afirmación: "DERECHO: Artículo 1.602 y siguientes del Código Civil. Decretos y Estatuto de la Contratación Oficial y defensa de la Ingeniería.". Además no dá el concepto de la violación indispensable en los procesos contencioso administrativos". (cf. fol. 90).

"*EN CONSECUENCIA,* a lo expuesto EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO NORTE DE SANTANDER, oído el concepto de nuestro colaborador Fiscal y acorde con él y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

"*ARTICULO UNICO:* DECLARASE INHIBIDO PARA UN PRONUNCIAMIENTO DE MERITO POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA.". (fls. 223 a 229 Cdno. No. 1).

-II-
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 231 y siguientes del cuaderno No. 1, aparece el escrito en que el procurador judicial de la parte actora hace sus valoraciones de naturaleza jurídica y fáctica, orientadas a defender la perspectiva desde la cual el ha estudiado el caso. En lo sustancial del mismo se destaca:

"FUNDAMENTOS DEL RECURSO

"La inconformidad con la sentencia se fundamenta y sustenta en los siguientes argumentos y razones: Expresa el tribunal que el *Petitum* de la demanda a criterio de la Sala estaba incompleto pues la Sala no podía entender qué era lo que pedía el demandante; si una declaratoria de resolución del contrato o una declaratoria de cumplimiento del mismo (???). Llega a esa conclusión la Sala (página cuarta de la sentencia al final) cuando didácticamente explica que "El contrato CUMPLIDO tiene una *acción alternativa* de carácter principal:

"1. La Resolución del contrato

"2. El cumplimiento del contrato

"Y una acción *SUBSIDIARIA* llamada también CONSECUENCIAL, para obtener la indemnización de perjuicios" (transcrito de la sentencia apelada).

"Considera la Sala que una demanda meramente indemnizatoria fundada en el incumplimiento de un contrato, le falta el antecedente jurídico esencial...etc, etc, para concluir que no tiene bases para fallar y que debe declararse inhibido el fallador para dictar sentencia de fondo.

"Siempre se ha dicho que la sentencia llamada "INHIBITORIA" es precisamente la negación de la justicia y que el daño que ella hace a la credibilidad en la eficaz administración de justicia, hace recomendable que los altos magistrados solo recurran a esta ambigua figura en casos excepcionales, en donde definitivamente sea obligatorio llegar a tan desconcertante conclusión.

"Es lamentable que la Justicia colombiana esté cayendo cada vez con más frecuencia en la casuística, el rebusque de los argumentos, la exégesis, para eludir la noble función que se le encomienda que es precisamente entrar a fallar, a administrar la pronta y cumplida justicia que tanto reclama el pueblo colombiano.

"En el caso del argumento encontrado por el señor fiscal y acogido por la Sala es necesario manifestar que se trata de una equivocada interpretación que hace la Sala de los requisitos de la demanda. Es decir incurre la sentencia en una errada apreciación del derecho. En efecto el objeto perseguido por la demanda era lograr que la justicia declarara que EL MUNICIPIO DE CUCUTA INCUMPLIO EL CONTRATO administrativo suscrito con el demandante. Esa es la premisa principal. Lo incumplió, es un hecho que se evidenció con las pruebas aportadas. Y no podía ya cumplirlo pues el mismo estaba VENCIDO. Mal podía optarse por una petición que ante el derecho administrativo resulta absurda: Pedir la RESOLUCION DE UN CONTRATO que ya había vencido. A este respecto debe recordarse que ese mismo Tribunal y el Consejo de Estado, han dicho que no puede declararse la CADUCIDAD de contratos que ya habían vencido en el tiempo. La caducidad es precisamente una forma de poner fin a los contratos. Se pone fin a una cosa que no ha concluido. Pues lo que ya ha terminado por extinción es redundante "terminarlo" si ya está terminado. En este caso, es evidente, basta ver el contrato para deducir que el mismo ya había terminado por vencimiento de su plazo. Mal podía pues pedirse que se declarara su terminación o resolución si el contrato ya estaba terminado por vencimiento de su plazo.

"No cabía pues, otra petición diferente a la que se hizo: declarar que la entidad contratante incumplió el contrato pues dentro del término de su cumplimiento *no lo dejó cumplir* y pedir como consecuencia de dicho incumplimiento el pago de las sumas que salían a deberse por todo concepto.

"Se refiere también el Tribunal a que no se citaron normas de derecho violadas y concepto de la violación.

"Confunde la Sala el tipo de procesos en que esta exigencia es imprescindible.

"La cita de la norma violada y del concepto de la violación es imperativa en las demandas de NULIDAD cuando se enfrenta o confronta un acto de la administración con el ordenamiento legal. No es ese el caso que se discute en este proceso.

"Debe pues otorgarse el recurso para que sea el organismo jerárquico superior el que se pronuncie y diga si debe administrarse justicia fallando de fondo este caso, o si debe denegarse la misma después de largos años de controversia procesal.

"Será oportuno igualmente que el Consejo de Estado mire el proceso y se pronuncie sobre el trámite que ese Tribunal dió al incidente de objeción al dictamen pericial, incidente en el cual considero resultó mal interpretado el procedimiento con detrimento de los derechos de mi mandante.

"Ruego pues otorgar el recurso de apelación y ordenar se remita el expediente ante el H. Consejo de Estado".

-III-
VISTA FISCAL

La Fiscal Segundo de la Corporación Dra, EDNE COHEN DAZA, en su concepto de fondo, *OBSERVA:*

"Estudiado el presente negocio, este despacho se permite formular las siguientes observaciones:

"En primer lugar, la demanda ha debido ser decidida en el fondo, pues en la forma en que está formulada, se ajusta a las exigencias legales. Teniendo en cuenta que el Art. 87 del Decreto 01/84 estableció las llamadas acciones contractuales y específicamente el primer inciso de esa norma, señaló que se podrá pedir que se declare el incumplimiento de un contrato administrativo, es suficiente pues que así se solicite.

"En el presente caso el planteamiento del Actor no ofrece dificultad para su comprensión y de su contexto se deduce facilmente que lo que se pretende con la demanda, es precisamente que se declare que la administración incumplió el contrato de obra celebrado con el Actor y que como consecuencia de ese incumplimiento se le causaron unos perjuicios que deben ser indemnizados.

"El planteamiento anterior es lógico y se ajusta a derecho.

"Otra cosa es que la demanda no haya podido precisar los hechos constitutivos de ese "incumplimiento". Asunto este que la torna imprecisa y de difícil estudio, pero que en todo caso no constituye ineptitud de la misma.

"En relación con la falla de citación de las normas violadas y el concepto de la violación que a juicio del Tribunal no se hizo en la demanda, este despacho tampoco está de acuerdo con el fallador de instancia.

"En primer lugar, en acciones relativas a contratos, no se ha exigido el rigor jurídico propio de las acciones encaminadas a obtener la nulidad de un acto administrativo. El hecho en sí de estar cuestionando un contrato administrativo y muy en especial las actuaciones de las partes durante la ejecución del mismo como en el caso del incumplimiento -indica que en estos casos la exigencia del concepto de la violación se torna menos importante y más aún si de los hechos y del contexto mismo de la demanda se infieren los objetivos propuestos. Por otra parte en esta materia contractual cuando se alega incumplimiento lo que resulta violado ya sea directa o indirectamente es el contrato mismo. Solamente en cuanto se viole el contrato se podrá alegar la violación de los principios que gobiernan la contratación.

"También debe tenerse presente, que a partir del Decreto 01/84 los requisitos relativos a los fundamentos de derecho y concepto de la violación únicamente se exigen cuando se impugna un acto administrativo.

"Así pues en el presente caso, tal exigencia no era necesaria. La demanda no ha debido ser calificada de inepta y el asunto ha debido ser decidido en el fondo.

"Habrá pues que entrar a estudiar y a decidir las pretensiones formuladas en la demanda.

"La firma Pavimentamos Ltda. previos los trámites de la licitación pública, suscribió con el Municipio de Cúcuta el contrato de obras públicas No. 276 de mayo 28 de 1983, para la pavimentación en concreto asfáltico de unas calles de la ciudad de Cúcuta. El contrato fue adicionado en julio 6 de 1983 cambiándose los sitios en donde debía ejecutarse la obra.

"En la demanda se dice, que el Municipio varió el objeto del contrato, al obligar a la firma a ejecutar la obra en cemento y no en concreto asfáltico como se había previsto en el contrato.

"El Actor señala que la administración incumplió a sus obligaciones pues transcurrieron varios meses sin haberle indicado al Contratista las zonas en donde podía ejecutarse las obras. Por otra parte el Municipio incurrió en el hecho insólito de adjudicar a otros contratistas las mismas obras que ya había contratado con Pavimentamos Ltda.

"El Municipio solo permitió pavimentar 46.583. metros cuadrados de vía por un valor de $15.143.582.74 causando así graves perjuicios a la Sociedad Actora, que esta preparada para ejecutar un volumen mayor de obra y obtener así mismo mayores ingresos.

"También afirma la demandante, que el Municipio le adeuda unas cuentas por obra ejecutada y entregada.

"El actor se queja por el cambio de sitio en donde debía ejecutar el trabajo y señala este hecho como incumplimiento de la administración sinembargo la prueba indica otra cosa pues en el otro sí al contrato principal suscrito el 6 de julio de 1983 firmado por el representante legal de la firma contratista Pavimentamos Ltda. se modificó el objeto del contrato y se señalaron con precisión las vías que deberían ser pavimentadas.

"El Contratista pues convino y aceptó los nuevos sitios de trabajo y el cambio de objeto, que al parecer resultó menos del pactado originalmente. Lo anterior no puede calificarse de incumplimiento como lo pretende la Sociedad Actora.

"A fl. 16 y ss. del C-1, pueden verse copias del contrato adicional.

"Por otra parte debe destacarse lo establecido por las partes en la cláusula décima novena del contrato principal (fl. 11 C-1) que dice: "El Departamento de Valorización Municipal podrá unilateralmente determinar el contrato, reducir su objeto por cualquier causa que a su juicio haga necesaria tal determinación de lo cual dará aviso al CONTRATISTA con quince (15) días hábiles de anticipación, excepto en el caso que sea por razones de orden público. EL CONTRATISTA renuncia expresamente a reclamar el reconocimiento de indemnización de perjuicios, pero tendrá derecho a que se le reconozca el costo de la realización de acuerdo con las normas y especificaciones contractuales, hasta el momento en que se tome tal determinación y se le comunique debidamente".

"En el contrato estaba prevista la posibilidad de reducir la obra así pues el valor real del contrato, como se dijo en el mismo era el que resultara de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por los precios unitarios estipulados en el contrato más los ajustes calculados a que hubiere lugar.

"En uno de los cuadernos anexos se puede apreciar el problema que surgió cuando se extravió el contrato durante el trámite de su legalización. Lo anterior retardó considerablemente la fecha de iniciación de los trabajos pues no obstante haberse firmado el contrato en mayo de 1983 su legalización se finalizó en el mes de noviembre. En todo caso ese punto no es de importancia pues no fue planteado en la demanda.

"Por otra parte el contrato comenzaba a ejecutarse después de su legalización y una vez el Contratista hubiera cumplido con las pólizas de garantía exigidas, y la Administración a su vez entregara el valor del anticipo.

"Al folio 85 del cuaderno No. 2 del Anexo, aparece un acta de iniciación de obra de fecha 17 de diciembre de 1983.

"El plazo contractual fue de 120 días y al parecer el término se cumplió, pues a fls. 102 y 203 del mismo cuaderno No. 2 del anexo aparece el acta de recibo de obra total ejecutada que tiene fecha 24 de abril de 1984. En esa acta se dejó la expresa constancia de recibir la obra a entera satisfacción y dentro del plazo estipulado.

"De algunos oficios que aparecen también en el cuaderno No. 1 de los anexos, se aprecia que las obras realizadas por la firma Pavimentamos Ltda. sufrieron en muy breve tiempo notable deterioro, que la Administración hizo los reclamos del caso, sin obtener respuestas por parte del Contratista. También se infiere que no fue posible hacer exigible la póliza de estabilidad de la obra.

"De todo lo anterior se deduce, que en el presente caso la Administración no incumplió a sus obligaciones. Que los actos que se le imputan en la demanda como tales, no pueden calificarse de incumplimiento, porque algunos de ellos

fueron simples cambios a las estipulaciones contractuales, convenidas y firmadas por el Contratista.

"Otros hechos mencionados en la demanda como fue el hecho de no haber sido entregado el sitio de trabajo, no fue probado en el proceso. Por otra parte como ya se vió en el acta de recibo se dijo que la obra se realizó dentro del término pactado; luego entonces el hecho señalado en la demanda no tiene ninguna incidencia y por tanto no habría lugar a reclamar indemnización por ello.

"De todo lo anterior se deduce, que en el presente caso no hay lugar para declarar el incumplimiento del contrato. En consecuencia este despacho se permite solicitar a la Honorable Sala se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda y se condene en costas a la Sociedad Actora". (fls. 243 a 247 Cdno. No. 1).

-IV-
CONSIDERACIONES DE LA SALA

a) El *a-quo* se declaró inhibido para un pronunciamiento de mérito, por ineptitud sustantiva de la demanda, rindiéndole tributo a la perspectiva jurídica que lleva a concluir que si el actor no solicita el cumplimiento del contrato, o su resolución, no puede poner en marcha la acción para exigir simplemente el pago de los daños, pues ésta no es autónoma. Esta realidad explica que en el proveído impugnado se destaque:

"Una demanda *meramente* indemnizatoria, fundada en el INCUMPLIMIENTO de un contrato, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales a fin de que se cumpla uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, desligando a las partes de sus obligaciones, bien destruyendo el contrato, bien agotándolo".

La tesis anterior, aunque ha sido patrocinada por la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples fallos, fue cuestionada por ésta Corporación en sentencia de nueve (9) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), Expediente Nro. 2903 ACTOR CLODOVEO LONDOÑO BARAJAS, Consejero Ponente Dr. José Alejandro Bonivento, proveído en el cual se hicieron las siguientes precisiones:

"1. Antes que todo se debe hacer precisión sobre la índole de la acción instaurada, en procura de la inteligencia de asunto controvertido, y, por consiguiente, de los alcances de la pretensión.

"Como quedó narrado, el doctor CLODOVEO LONDOÑO BARAJAS, demandó al Departamento del Meta, para el pago de perjuicios por el incumplimiento de un contrato de obra celebrado el día 19 de agosto de 1974.

"Es decir, la demanda de reconocimiento y pago de los supuestos perjuicios se hizo con fundamento en que el Departamento del Meta incumplió el mencionado contrato sin invocar para ello, la acción resolutoria que permitiera, previamente, el aniquilamiento del negocio jurídico respectivo. Es, por tanto, una acción directa de carácter indemnizatorio, que tiene su fuente en un vínculo contractual.

"Y ello es posible? Se puede, acaso separar, la indemnización de perjuicios de la acción principal, que frente a la preceptiva del artículo 1546 del Código Civil sería la de resolución, que como es sabido es de recibo y aplicación en materia de contratación con la administración? Ciertamente, en principio, no es viable intentar la condena de perjuicios, con prescindencia de la acción que permita la destrucción del contrato, puesto que el resarcimiento del daño debe tener una relación directa con el mismo: o se resuelve y, por tanto, se destruye el nexo, o se mantiene, mediante la pretensión del cumplimiento. Así lo predica la norma citada. Y así lo ha estimado tanto el Consejo de Estado, como la Corte Suprema. Veamos:

"Dijo esta Corporación en sentencia de 6 de septiembre de 1974: "El anterior análisis se ha hecho para mejor inteligencia del problema, pero la tesis de fondo en la cual la Sala quiere apoyar su decisión, se expone a continuación, teniendo en cuenta lo dicho al principio de esta sentencia al iniciarse la parte considerativa, y la tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia según la cual las reglas del derecho civil son aplicables a los contratos administrativos en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de este tipo de contratos llamados por algunos de servicios públicos. Con este criterio, pues se va a examinar la aplicación del Artículo 1546 del Código Civil al caso de autos, ya que esta es la acción propuesta en la demanda.

"Es sabido que este precepto consagra dos acciones alternativas principales, a elección del demandante: la de resolución del contrato o la del cumplimiento del mismo, y en ambos casos, como secuela de una de tales declaraciones con indemnización de perjuicios. Con fundamento en este Artículo, o mejor, en ejercicio de las acciones consagradas en él, no es posible obtener la indemnización de perjuicios aisladamente, pues ésta va atada a la suerte que corra la acción principal escogida. Por consiguiente, si no se declara la resolución del contrato, o no se ordena su cumplimiento no puede haber condena a indemnización alguna.

"Y por su parte la Corte Suprema de Justicia, sostuvo, en sentencia de 9 de marzo de 1961, lo siguiente:

"Establece el Artículo 1546 del Código Civil dos acciones principales alternativas: o la resolución o la ejecución del contrato, y una accesoria que, por naturaleza, sólo puede ejecutarse como consecuencia de la prin-

cipal que se postula: la de resarcimiento. Este resarcimiento es apenas un afecto de la acción invocada como principal, por lo cual no puede proponerse independientemente, sino sólo en calidad de accesoria. Así se infiere del texto de la disposición citada, que no habla de tres acciones principales sino de dos, de carácter alternativo. Ni podría ser de otra manera, pues, tratándose de responsabilidad contractual, es conocimiento de la suerte definitiva de la convención, cuando no aparecen extinguidas las obligaciones recíprocas correlativas de las partes es premisa indispensable para la apreciación del daño causado con la infracción, ya que ese daño no puede ser el mismo cuando el contrato está destinado a ejecutarse, que cuando no lo está.

"En otra providencia dijo la Corte en relación con este punto lo siguiente:

"De acuerdo con la ley ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesoria o consecuencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por tanto no procede su ejercicio aislado. Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta al entecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas".

"Empero, todas esas reflexiones, frente al caso *sub-lite,* deben tener una proyección particular, que permite a la Sala concluir que sí es dable intentar la acción de resarcimiento sin invocarse la resolución, en atención a la índole del contrato, por una parte, y por la otra a la situación creada por las partes contratantes, y, en especial, frente al plazo acordado, que como se precisará más adelante, ha de tener una incidencia en este caso.

"El contrato de obra tiene entre sus características el de ser, por lo general, de ejecución sucesiva, es decir, de aquellos en que las obligaciones se han de cumplir periódicamente. La realización de la obra y el pago de la misma, suelen no atenderse en un solo acto, sino a través de permanentes conductas de las partes. Y, como es obvio, los actos de los contratantes deben ajustarse a lo pactado en el negocio. Si se ejecutan en condiciones normales, se operará el cumplimiento. De no ocurrir ésto, devendrá la desatención, que permite su terminación, que, en desarrollo de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil, se llega con la declaración judicial.

"Sin embargo, en un contrato de obra, de carácter administrativo, juega un papel importante, el plazo, o sea, el término que señalen las partes

para la ejecución y entrega del objeto de la prestación, con las consecuencias, posteriores, del pago del saldo del precio, que es frecuente diferir al cumplimiento de las obligaciones del contratista.

"Pues bien: si el contratista no cumple con la entrega, el contratante cuenta con instrumentos idóneos para lograr, no solo que ese hecho se produzca sino que, también pueda hacer uso de determinadas prerrogativas, como las de imponer multas.

"Y cuando es la administración la que durante el término o plazo del contrato es la que incumple, que ha de ocurrir? Durante ese período, como es natural, puede el contratista, exigir el pago de los perjuicios previa resolución o terminación del contrato, pero si el contrato se encuentra vencido, se ha de considerar que está extinguido, cuya terminación no ha de deprecarse, sino tan solo, la reclamación de los perjuicios. Es decir: la extinción del plazo, confiere, así mismo, la del contrato, para los efectos del resarcimiento del daño por el incumplimiento del contratante.

"Todo esto, se hace relevante, en el *sub-lite*, puesto que la administración una vez celebrado el contrato, mostró conductas que estaban muy lejos de querar la ejecución del convenio durante el plazo acordado para la realización de las obras, y mucho menos después de vencido dicho plazo. Ahora bien, si el demandante accionó, después de vencido el plazo, lo hizo cuando el contrato estaba extinguido por fuerza de las circunstancias que impidieron su ejecución normal e imputable al demandado. Y, por tanto, sí era conducente reclamar el pago de los perjuicios, por incumplimiento del contrato. Constan para corroborar lo dicho, que el contrato se suscribió el 19 de agosto de 1974, que el plazo convenido fue el de diez meses calendario (cláusula décima primera) contados a partir de la legalización, y que la demanda se presentó por fuera de esa fecha, 6 de marzo de 1978.

"Entonces, la demanda reúne la forma debida, como aptitud sustantiva para que pueda ser desatada en el fondo, como lo hizo el Tribunal Administrativo del Meta en la sentencia apelada".

b) La pauta jurisprudencial anterior la reitera ahora la Sala, adicionando la motivación dentro del siguiente marco:

1a. El artículo 1.546 del Código Civil, interpretado a la luz de los métodos gramatical y exegético, da pié para concluir que la indemnización de perjuicios es un derecho accesorio del acreedor, motivo por el cual no podría ejercerse, en los contratos bilaterales sin intentar ora la acción de cumplimiento, ora la de resolución del contrato. Dentro de esta filosofía jurídica discurrió la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 30 de abril de 1920, XXXIII, 325, donde se lee:

"La acción alternativa que otorga a los contratantes el Art. 1546 del C.C., para el cumplimiento del contrato o para su resolución, *es acción principal, a la cual está subordinada la de perjuicios provenientes del incumplimiento, por lo menos mientras el contrato no haya expirado; pues si no se obliqa al cumplimiento del contrato al que no lo haya cumplido o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa efectiva de la cual se deriven los perjuicios.* Salvo que en casos especiales la ley establezca la acción para éstos, sin subordinarlo a la efectividad o extinción del contrato, como parece que lo hace el art. 1610, para cuando no se cumpla la obligación de hacer". (Subrayas de la Sala).

La tesis anterior, como lo enseña bien el Dr. José Melich Orsini, conduce "...en la práctica a una serie de inicuos resultados, especialmente en aquellos casos en que habiendo recibido el acreedor un cumplimiento tardío o defectuoso de la obligación y no pudiendo demandar la ejecución, carecía igualmente de sentido una demanda por resolución, pues el cumplimiento, aunque tardío o defectuoso, no dejaba de presentar interés para el acreedor, *sin que ello excluyera,* sin embargo, la efectiva consumación de un daño para él. Basta pensar en el ejemplo del paciente a quien graves negligencias del cirujano con quien haya contratado una intervención quirúrgica le causaron daños irreparables en su salud o en su integridad física. Qué sentido tendría para la víctima de tales daños ejercer en el caso una acción por resolución de contratos, que por principio supone la restitución de cuanto haya sido entregado al propio actor por el demandante a título de cumplimiento (servicios ya prestados, medicinas consumidas, empleo de auxiliares, etc). Y cómo obligarla a demandar -valga decir, a sufrir- un nuevo cumplimiento, en particular si el daño que le fue irrogado consiste en una lesión ya insubsanable de su integridad física...". (Estudios de Derecho Civil. Segunda Edición. Editorial Jurídica Alva S.R.L., Venezuela, págs. 260 y 261) (Subrayas de la Sala).

c) Para hacerle frente a los "inicuos resultados" que se dejan descritos en el literal anterior, el jurista venezolano Dr. Pedro Arismendi Lairet, en su artículo intitulado "AUTONOMIA DE LA ACCION DE DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRACTUALES", publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, tomo IV, octubre-diciembre, 4, Caracas 1939, recordó:

"... *Los daños contractuales no nacen de la resolución judicial ni de la acción de ejecución, sino del incumplimiento total o parcial del contrato; se trata de tres acciones hermanas, puesto que nacen de un solo y único origen. Como hermanas, no pueden depender una de otra, sino que, demostrado el incumplimiento proceden todas las que se hayan intentado, o al menos la única que haya sido propuesta...* La acumulación permitida por la ley no obedece a la finalidad de establecer ninguna subordinación de acciones, sino sólo a un propósito de economía procesal, a fin de que cuando el acreedor tenga interés no sólo en la reparación de daños sino

también en una declaratoria judicial de resolución, no se vea obligado a seguir dos juicios y pueda lograr ambos fines en uno solo... Autores y Tribunales sostienen con harta frecuencia que el acreedor, aunque haya aceptado el cumplimiento tardío de la estipulación contractual y no pueda por ello demandar ya la resolución ni la ejecución, *no pierde por eso el derecho de ejercer la acción de daños y perjuicios que le hubiere ocasionado el retardo; y así mismo, que tampoco pierde el derecho de demandar los perjuicios ocasionados por la falta de calidad estipulada en la cosa permitida y que recibió en cumplimiento del contrato.* La razón de ésto es muy obvia. Un contratante puede aceptar al deudor el cumplimiento tardío del contrato o bien la cosa de calidad inferior a la prometida, *no porque ello no le cause perjuicios o quiera perdonarle, sino porque se los causaría mayores el incumplimiento absoluto, la falta de la especie o cosa. Este su legítimo interés en hacer que el daño sea el menor posible no puede tomarse como una renuncia a su derecho a reclamar ese daño menor que de todos modos tuvo que sufrir...* Las instituciones fundamentales, primordiales, son las primeras en manifestarse y en obtener una sanción, como que surgen espontáneamente, de satisfacción de necesidades y derechos de orden primario... En cambio, las instituciones meramente accesorias o complementarias, o bien las sanciones de éstas, no aparecen sino tardiamente... *Esta ley o norma de desarrollo se halla perfectamente realizada en la institución del resarcimiento de los daños, por incumplimiento de contrato; esta acción fue la PRIMERA EN NACER;* ya en el Derecho Romano se hallaba tan desarrollada como hoy en día, COMO *UNA ACCION AUTONOMA* indepen-dientemente del ejercicio de cualquier otra acción. En cambio la acción resolutoria resultante del pacto comisorio tácito del Art. 1.231 no surgió sino en el derecho consuetudinario francés... Ilógico sería que lo que existió primero como sanción fundamental, y la más indispensable, de la culpa contractual hubiere pasado a ser tan sólo una dependencia de lo que no vino sino siglos después a completar aquella sanción...".

La doctrina anterior fue acogida posteriormente por la Corte de Casación venezolana, en sentencia de 10 de noviembre de 1953, en la cual se lee:

"No es cierto que la ley ordene que la acción de daños y perjuicios contractuales se intente siempre como SUBSIDIARIA de la PRINCIPAL o por EJECUCION o por RESOLUCION DEL CONTRATO, o lo que es igual, que prohiba en forma absoluta y general, que se promuevan acciones de daños y perjuicios provenientes de contratos independiente o separadamente de la acción por incumplimiento o resolución de éstos. Un contrato cumplido y liquidadas las obligaciones recíprocas, puede dar lugar a reclamaciones de daños y perjuicios por defectos o deficiencias apreciadas o descubiertas después de finiquitado. Igualmente, un contrato cumplido con retardo, por ejemplo, el transporte de una mercancía, que recibida con retraso, y por ello vendida con pérdida o menor utilidad

de la prevista, puede dar origen a UNA ACCION AUTONOMA DE DAÑOS Y PERJUICIOS, pues resultaría absurdo pedir RESOLUCION o CUMPLIMIENTO de un contrato de transporte de mercaderías o de frutos ya distribuidos o vendidos. En un contrato de arrendamiento rural o urbano extinguido por vencimiento del plazo, recibida por el arrendador la cosa arrendada y el precio del arrendamiento, no se puede hablar de resolución del contrato ni procedería una acción pidiendo el cumplimiento. Sin embargo, la ley da acción por los deterioros causados al inmueble. En materia conexionada con la cuestión que se ventila en el presente juicio, la Ley hace responsable al arquitecto y al empresario de una obra importante por defecto de construcción y hasta por vicio del suelo, y esa responsabilidad persiste durante diez años, a contar del día de la entrega de la obra o en que ha terminado la construcción".

Posteriormente el mismo alto tribunal, en sentencia de 8 de junio de 1955, hizo las siguientes precisiones:

"... Esas tres acciones son independientes una de otras... todas son hermanas nacidas de una misma fuente, que es el INCUMPLIMIENTO, y con base en éste *PUEDE EJERCERSE AISLADAMENTE CUALQUIERA DE ELLAS CON IGUAL AUTONOMIA QUE LAS OTRAS, o ACUMULARSE* las que no sean incompatibles, como lo serían la resolución y la ejecución de contrato, o las mismas incompatibles, una como subsidiaria de la otra..." (Citas tomadas de la obra: "Estudios de Derecho Civil. José Melicho Orsini. E.J. Alva, 1986, págs. 259 y ss.).

D) Como ya se destacó en antes, esta Corporación aceptó, en el fallo de nueve (9) de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), que sí es viable intentar la acción AUTONOMA de indemnización de perjuicios, cuando la administración incumple durante el término o plazo del contrato, y la misma se pone en marcha por el contratista cuando el contrato se encuentra vencido. Pero un examen más de fondo de la problemática jurídica que se viene manejando, permite concluír, a la luz de la lógica de lo razonable, que la administración también puede proceder en la misma forma en todos los casos en que por ejemplo, acepta recibir la obra pública con especificaciones o calidades por debajo de las pactadas, para evitar mayores males a la comunidad, o cuando el contratista acepta el cumplimiento tardío de las obligaciones por parte de la administración, haciendo en su momento las salvedades pertinentes, para que no se pueda alegar después que viene contra sus actos propios. Las citas doctrinarias y jurisprudenciales que se dejan hechas, ameritan que sobre el alcance de ese contenido jurídico se pergeñan nuevas soluciones en el derecho judicial para la más justa solución de los diferendos que se presentan en la contratación administrativa. Esta Corporación, en Sentencia de 16 de septiembre de 1974, Expediente Nro. 1248 también aceptó que la ACCION DE CUMPLIMIENTO no tiene operancia en los contratos de tracto sucesivo, como el de obra pública, cuando la administración opta por darlo por termi-

nado, antes del vencimiento del plazo, invocando razones de interés público. Lo indicado, en este caso, se dijo, es que el contratista ponga en marcha *la acción autónoma* de indemnización de perjuicios. En lo pertinente del referido proveído, se lee:

> **"...considera que ni aún durante la vida del contrato sea jurídico ejercer la acción de cumplimiento porque se desembocaría muy seguramente en contra del principio de que el interés privado debe ceder al interés público. Supóngase vgr. un contrato para la construción de un acueducto, el contrato comienza a ejecutarse pero a mitad de camino la administración decide unilateralmente liquidarlo invocando razones de interés público como sería por ejemplo su ubicación en otro lugar con mejores garantías de salubridad. *Ciertamente el contratista puede sufrir graves perjuicios, pero sería insensato que se pudiera obligar al Estado a hacer una obra pública inconveniente, pero SI PUEDE OBLIGAR A PAGAR LA INDEMNIZACION YA QUE EL CONTRATISTA NO TIENE POR QUE SUFRIR LAS PERDIDAS NO DEBIDAS A HECHO O CULPA SUYA" (Subrayas de la Sala). Este caso es bien explicativo de la filosofía jurídica se viene manejando a lo largo de ésta providencia, pues al demandante no se le podría exigir que intentara la ACCION DE CUMPLIMIENTO como PRINCIPAL y la de REPARACION DEL DAÑO como accesoria, cuando el acto jurídico se agotó por decisión unilateral de la administración, en ejercicio de sus poderes exorbitantes. Tampoco LA RESOLUCION del negocio jurídico, por sustracción de materia, pues si el mismo se dio por terminado, nada hay para RESOLVER".***

Las anteriores valoraciones jurídicas, llevan a la Sala a revocar el fallo impugnado, motivo por el cual se entra al estudio de fondo del conflicto de intereses para tomar la decisión que corresponda a la luz de la ley y el Derecho.

E) Como el procurador judicial del centro de imputación jurídica demandado, al contestar la demanda, propuso excepciones, la Sala se ocupará previamente de su estudio, pues de la definición que se tome sobre el particular dependerá que se desate o nó la litis en el fondo. En el escrito que obra a folios 86 y siguientes del Cuaderno Nro. 1. Se lee:

> *"EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA.*
>
> **"La demanda es inepta por las siguientes razones:**
>
> **1. Las acciones relativas a contratos caducarán a los dos años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que dan lugar a ello.**
>
> **"Dado que el contrato se suscribió en mayo, año - 1983, y su duración es de 120 días, la demanda, presentada el 2 de noviembre de 1985, es extemporánea.**

CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA

"El presunto agotamiento de la vía gubernativa, planteado por el actor, no era procedente, pues ésta sólo es exigible para los actos administrativos unilaterales de carácter general. Nunca para los contractuales". (Cdno. No. 1 fol. 89).

"La demanda la dirige contra el Municipio de Cúcuta el actor y afirma que el "DEPARTAMENTO DE VALORIZACION MUNICIPAL DE SAN JOSE DE CUCUTA", conforme lo denomina, no es "entidad autónoma, ni descentralizada y que es dependiente directamente de la administración Municipal.

"Dado que el Departamento de Valorización Municipal es un organismo de derecho público, sujeto de derechos y obligaciones, con patrimonio propio, autonomía presupuestal y financiera, que goza de autonomía administrativa, la demanda carece, en consecuencia, de la debida identificación de las partes (sic) demandada que en el caso de autos constituye un *litis consorcio* necesario pasivo integrado por el Municipio de Cúcuta y el Departamento de valorización Municipal.

"3. Carece el libelo, también de la individualización de las normas violadas, limitándose a hacer la siguiente genérica afirmación:

"Derecho: artículo 1.602 y siguientes del Código Civil. Decretos y Estatutos de la Contraloría Oficial y defensa de la Ingeniería".

Además, no dá el concepto de la violación, indispensable en los procesos contencioso administrativos".

Para la Sala no se registra en el *sub-lite* la caducidad de la acción, pues cuando se suscribió el contrato, el día 28 de mayo de 1983, no se consagraba en la legislación un término determinado para someter ante la jurisdicción los conflictos de intereses de naturaleza contractual, los cuales se examinaron siempre a la luz de la prescripcion. Ahora bien: Como la demanda se presentó el día dos (2) de noviembre de mil novecientos ochenta cinco (1985), ella fue oportuna, pues impidió que se agotaran los dos años que para que operara el fenómeno jurídico de la caducidad se consagró en el Decreto 01 de 1984. Sobre esta materia la Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse dentro del marco jurisprudencial que se registra en la sentencia de seis (6) de abril de mil novecientos ochenta y nueve (1989), Expediente No. 3712, ACTOR: INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS, donde se lee:

"Ahora bien: habiendo surgido el conflicto de interés ante de la vigencia del Decreto 01 de 1984, y presentada la demanda el tres (3) de julio de 1982, aparece, claro que no es posible hablar de caducidad de la acción, como reiteradamente lo ha predicado la Sala. *Sobre la materia es bueno recordar que hasta el primero de marzo del citado año no se había consagrado en la ley un término de caducidad para las acciones relativas a con-*

tratos, motivo por el cual las orientaciones jurisprudenciales siempre indicaron que ellas se sujetaban a la normatividad que regla la prescripción, esto es, veinte años para la de nulidad absoluta y cuatro años para la relativa. A partir de la vigencia del nuevo estatuto de lo contencioso-administrativo, opera por primera vez, el término de caducidad para éstas controversias que es el que aparece consagrado en el artículo 136 del mismo, que a la letra reza: "Las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella". Sobre la materia sólo parece necesario agregar que toda controversia contractual, surgida con anterioridad a la vigencia del nuevo C.C.A. y no planteada ante esta jurisdicción, empezó a estar gobernada por el fenómeno de la caducidad desde el 1o. de marzo de 1984, esto es, que debía someterse a la definición de los tribunales correspondientes en el término de dos años, contados a partir de ese momento" (Subrayas de la Sala).

Como en el *sub-lite* el conflicto de intereses de naturaleza contractual se planteó antes de que se agotaran los dos años, a que se ha hecho referencia, la acción no está caducada.

Por lo que hace relación al reparo que se hace a la demanda, en el sentido de que ella carece de la debida identificación de las partes, él no es de recibo, pues el contrato, fuente del presente conflicto de intereses, se suscribió por el Alcalde de Cúcuta, en su calidad de tal, y también como Director del Departamento de Valorización. Esta realidad explica bien que la demanda se haya dirigido contra "...el MUNICIPIO DE CUCUTA -Dirección de Valorización Municipal...", y que se halla notificado tanto al representante del citado municipio como al Director del Departamento de Valorización. Así las cosas para la Sala la censura que el demandado le hace el libelo, por el aspecto comentado, no es de recibo.

Finalmente, es cierto que el libelo no es un modelo en lo que hace relación con la fundamentación jurídica, la cual se salva por la citación expresa que hace del artículo 1602 del Código Civil.

En el caso en comento el demandante no está impugnando un acto administrarivo sino impetrando una condena por incumplimiento contractual. Esta realidad explica bien que se aplique en toda su intensidad el principio "IURA NOVIT CURIA", en virtud del cual el juzgador tiene el deber de aplicar la ley vigente aunque ella no haya sido invocada en la demanda por la parte actora. En esta materia la Sala en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1987. Expediente No. 2989. Actor: FAJARDO VELEZ Y CIA LTDA. Consejero ponente Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo, dijo:

"Sobre este aspecto ha sostenido esta la Sala la tesis de que cuando se trata de la impugnación de actos administrativos, la demanda no sólo debe precisar las normas infringidas sino que debe explicar el concepto de la violación. Pero que en tratándose de pretensiones de reparación

> directa o de condena, basta con enumerar las disposiciones violadas sin que sea menester la exposición de argumentos sustentatorios de la supuesta infraccion legal, ya que en pretensiones como la que se ventila en el *sub-judice* cobra pleno imperio el principio *iura novit curia,* en cuya virtud es al juez y no a las partes a quien corresponde decir cuál es el derecho aplicable y aplicarlo efectivamente, así no haya sido invocado".

En el mismo sentido puede consultarse la obra del Dr. Carlos Betancur Jaramillo (Derecho Procesal Administrativo. Segunda Edición. Señal Editora, pags. 319 y ss.ss.).

A la luz de la literatura jurídica anterior, la demanda con que se inició el presente proceso amerita la censura de que el actor, bajo el rubro "DERECHO", habla de "Decretos y Estatutos de la contratación oficial y defensa de la ingeniería", con lo cual, en puridad de verdad, no hizo ninguna cita de las disposiciones violadas. La ineptitud de la demanda no se registra, no obstante el vacío anotado, por la referencia expresa que hizo al artículo 1.602 del Código Civil.

Por las razones que se dejan expuestas, las excepciones no prosperan.

f) Al entrar al estudio del alcance de las "PRETENSIONES", la Sala encuentra que en el *sub-lite* aparecen debidamente probadas, las siguientes circunstancias particulares del caso:

PRIMERA. Que el día veintiocho (28) de mayo de mil novecientos ochenta y tres (1983), el Alcalde de Cúcuta y Director del Departamento de Valorización Municipal, suscribió con la firma PAVIMENTAMOS LTDA, el contrato No. 276, en virtud del cual EL CONTRATISTA se obligó a ejecutar "*A PRECIOS UNITARIOS Y FIJOS*", todas las obras necesarias para "PAVIMENTACION EN CONCRETO ASFALTICO en la Avenida 3E CLL 3-6; Avenida 3E Calle 1-3, Calzada Occidental Av 3E C11 1-2N Av 3E CLL 7, Gran Colombia; Calle 2N Avenida 0-11 E; Av. 9E Calle 2N Gran Colombia Av 4E Calle 6 Gran Colombia...", las cuales debía entregar en el término de ciento veinte días (120), contados a partir de la legalización del respectivo contrato. Este fue adicionado a través de un "OTRO SI", de fecha seis de julio de 1983, en el cual se lee:

> "... hemos acordado dar cumplimiento a lo dispuesto por la Honorable Junta de Valorización Municipal, de Cúcuta, en su reunión del cuatro (4) de julio de mil novecientos ochenta y tres (1983) para que se realicen todas las obras que sean necesarias para la pavimentación en concreto asfáltico aplicable en las siguientes direcciones..." (Cdno. 2, folios 7 y ss.ss.).

En la nota que el Gerente de la firma demandante le dirigió al señor Alcalde de Cúcuta, el día ocho (8) de septiembre de mil novecientos ochenta y

tres (1983), se destaca cómo ese cambio fue voluntariamente aceptado por los contratantes. En lo pertinente de la misma se lee:

> "7. Mediante adición del día 6 de julio de 1983 y a petición de la administración municipal, *se cambiaron los sitios en donde debería ejecutarse el trabajo, entendiéndose que daría un resultado final similar en cantidad de obra a la inicialmente contratada*" (Carpeta 2, fol 72. Subrayas de la Sala).

SEGUNDA. Que el contrato tuvo demoras sustanciales en su legalización, pues se extravió, habiendo aparecido sólo a principios del mes de septiembre de 1983, como se lee en el oficio que la Auditoría Especial de la Contraloría ante Valorización Municipal, dirigió al Señor Personero, el día siete (7) de septiembre del mismo año; en el cual se informa:

> "...En las horas de la mañana de hoy miércoles 7 de septiembre, con gran sorpresa de mi parte encontré sobre mi escritorio, escondido debajo de las carpetas el contrato original, tres fotocopias, el Contrato Adicional, cuatro fotocopías firmados por PAVIMENTAMOS LTDA... los cuales se encontraban desaparecidos y fueron colocados subrepticiamente en mi escritorio..." (Carpet 1, fol 8).

TERCERA. Que el día ocho (8) de septiembre de mil novecientos ochenta y tres (1983) el Gerente de la firma CONTRATISTA se dirigió al Sr. Alcalde de Cúcuta, destacando su voluntad de agotar la vía gubernativa, para manifestarle, entre otras cosas, "...que la administración municipal está incumpliendo sus obligaciones contractuales causando así graves perjuicios económicos a esta firma..." (Cdno. No. 1, fol 23).

CUARTA. Que el día cuatro (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), las partes suscribieron el "ACTA CONVENIO", que obra al folio 78 de la Carpeta No. 2, en la cual acordaron lo siguiente:

> "PRIMERO. El contratista se compromete a iniciar la ejecucución de la obra a partir de los 10 días siguientes al situado del anticipo por parte de la dirección de valorización como lo estipula el contrato. SEGUNDO. *El contratista manifiesta que la dilación en la ejecución de la obra obedece al mal tiempo (invierno) mas no al interés de modificar precios.* TERCERO. Las partes intervinientes en éste convenio, manifiestan que el objeto determinado en el OTRO SI de fecha julio 6 de 1983, será al que efectivamente se le dará ejecución a partir del situado del anticipo. CUARTO. Los demás términos y condiciones del Contrato inicial continúan vigentes siendo obligación del Contratista, suscribir las pólizas correspondientes. QUINTO. Este documento obliga judicial y extrajudicialmente a las partes, así lo manifestamos, y forma parte del Contrato inicial y OTRO SI que por el presente convalidamos" (Carpeta 2, fol. 78. Subrayas de la Sala).

QUINTA. **Por resolución Nro. 594 de 6 de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), originaria de la Dirección de Valorización Municipal, se ordenó el pago del anticipo al Contratista, por la suma de NUEVE MILLONES CIENTO UN MIL SEISCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS ($9'101.673.67) (Carpeta 2, fol. 84)**

SEXTA. **Que el día 19 de diciembre de 1983, el ingeniero Interventor de Valorización Municipal le solicitó a la firma PAVIMENTAMOS LTDA, que debía iniciar en esa misma fecha las obras contratadas, habiendo recibido la respuesta que se recoge en la carta de 30 de diciembre del mismo año, en la**

ITEMS	CANTIDAD	V/U	TOTAL
Excavación a mano	448.43 M3	$ 456.25	$ 204.596.18
Retiros sobrantes	582.98 M3	291.66	170.031.95
Imprimación	19.412.28 M2	54.50	1.057.969.26
Hormigón Asfáltico	2.329.19 M3	6.047.43	14.085.613.48
Base granular	83.38 M3	1.213.31	101.165.78
			$ 15.619.376.65
"Amortización total anticipo 5% Depósito provisional Tesorería	Valor obra menos		9.101.673.68 780.968.83
	Valor Acta		$ 5.736.734.14
Valor Acta Anterior 5% depósito provisional Tesorería			$ 5.736.734.14 780.968.83 $ 6.517.702.97

SON: SEIS MILLONES QUINIENTOS DIEZ Y SIETE MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON 97/100 M/CTE. (fol. 43 Cdno. No. 1o.).

cual, en lo pertinente, se lee:

> **"...Me permito informar que en reunión sostenida en días pasados con el Señor alcalde y el Dr. Ricardo Zárate, se les informó *el por qué no podíamos iniciar trabajos antes de las festividades navideñas pues se les expuso que estábamos montando una caldera y que ésta estaría en servicio por lo menos hasta el diez (10) de enero/84. Se aceptó dar iniciación a los trabajos el día lunes 2 de enero/84*" (Carpeta 2, folio 89, Subrayas de la Sala).**

SEPTIMA. Que el día veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) se suscribió por las partes el ACTA DE RECIBO No. 1, (Cdno. 1, folio 43) en la cual obran los siguientes registros:

OCTAVA. Que según el dictamen rendido por los peritos (Cdno No. 1. fols. 149 y siguientes) en abril de mil novecientos ochenta cuatro (1984) existía un saldo por pagar a favor del CONTRATISTA por la suma de TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON DOCE CENTAVOS ($3.769.747.12), precisando los auxiliares de la justicia que "LA DISPONIBILIDAD PERMANENTE" "...del equipo no se dio en la realidad, ya que de acuerdo a la interventoría la extendida del pavimento se hacía en días de fiesta y fines de semana lo cual da a entender que ese equipo se encontraba a horas hábiles en frentes de trabajo diferentes al del Contrato suscrito con Valorización Municipal, y al no haber esa disponibilidad por tener su equipo y hombres de trabajo ocupados en otros sitios, carece de fundamento esa solicitud".

G) A la luz del acervo probatorio anterior, y del adicional que obra dentro del informativo, la Sala encuentra que el Municipio de Cúcuta -Dirección de Valorización Municipal incumplió en parte las obligaciones surgidas del contrato No. 276, suscrito el 28 de mayo de 1983, pero sólo en cuanto en abril de 1984 no había pagado la suma de TRES MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON DOCE CENTAVOS ($3.769.747.12), por los conceptos que en el dictamen pericial se enlistan. Sinembargo, la Sala no tiene en cuenta este monto, habida consideración de que el actor, en el libelo, concretó la pretensión sólo a la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS ($3'445.847.45), la cual se considerará debida, para los efectos de actualización, a partir del 24 de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), fecha en que se suscribió el acta de recibo de la obra. En este particular los peritos también parten del mismo mes y año para fijar el monto de lo debido.

La Sala considera de justicia actualizar ese monto histórico, tal como fue solicitado, por todo el período comprendido entre el 24 de abril de 1984 y la fecha de ejecutoria de este fallo. La condena se hará en concreto, pues para fijar el monto bastará acompañar a la cuenta de cobro los índices de precios al por mayor vigentes en 24 de abril de 1984 y los vigentes en el momento en que quede ejecutoriada la presente providencia, certificados por el Banco de la República. Se aplicará la siguiente fórmula:

$$VP = vh \frac{INDICE\ FINAL}{INDICE\ INICIAL}$$

$$VP = \$3.445.847.45 \frac{INDICE\ EJECUTORIA\ ESTA\ SENTENCIA}{INDICE\ ABRIL\ DE\ 1984}$$

Sobre el monto del capital histórito, esto es, sobre la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS

($3'445.847.45), se reconocerá un interés técnico del seis por ciento anual, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de interés pues la ley prohibe el anatocismo.

H) Las pretensiones orientadas a que se ordene el pago correspondiente al lucro cesante dejado de obtener al no poderse ejecutar el contrato en su totalidad, y los perjuicios que afirma el demandante que se le causaron "...con el incumplimiento como son los salarios y prestaciones sociales del personal de la empresa que estuvo en disponibilidad para atender y ejecutar el contrato durante todo el tiempo entre la celebración del contrato y la fecha, los costos financieros de equipos e instalaciones, materias primas disponibles para la ejecución del contrato y que no podían trasladarse ni comprometerse en otros contratos...", no se reconocerán, pues para la Sala es verdad probada que cuando se suscribió el Acta de Recibo Nro. 001 de 24 de abril de 1984, el plazo contractual de ciento veinte (120) días ya estaba agotado. En el manejo de ésta circunstancia particular del caso, no se puede olvidar que en el ACTA DE CONVENIO que las partes suscribieron el día cuatró (4) de noviembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), el Contratista se obligó a iniciar trabajos diez días después de situado el anticipo, habiéndose ordenado el pago de éste el día seis (6) de diciembre del mismo año. Esta realidad explica el alcance del ACTA DE INICIACION que el diecisiete (17) de diciembre de 1983, suscribieron el Ingeniero Interventor de Valorización Municipal, el Interventor de la Contraloría Municipal y el Director de Valorización, la cual obra al folio 85 de la Carpeta Nro. 2. Así las cosas, se impone concluír que la relación negocial terminó cuando sólo se había ejecutado obra por un monto de QUINCE MILLONES SEISCIENTOS DIECINUEVE MIL TRES CIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS ($15.619.376.65) respecto de un valor contractual estimado de TREINTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA CENTAVOS ($36.406.694.70) (Cláusula Quinta del contrato. Cdno No. 1, fol. 7). El incumplimiento del CONTRATISTA, en esta materia, no ofrece duda. En apoyo de ésta conclusión se tiene que el 19 de diciembre de 1983 el interventor le solicitó a la firma PAVIMENTAMOS LTDA que "...a más tardar en el día de hoy deben iniciar las obras a uds. adjudicadas..." (Carpeta 2 , folio 87), recibiendo como respuesta la de que ello no les era posible hasta el dos de enero de 1984, pues estaban "...montando una caldera y que ésta estaría en servicio por lo menos hasta el diez (10) de enero/84". En la estructuración de la cadena de incumplimientos se tiene también que el día 28 de febrero de 1984, el Ingeniero Interventor de Valorización Municipal se dirigió al contratista (Carpeta 2,) para ponerle de presente que: "...han transcurrido las 2/3 partes del tiempo, pero no se han ejecutado ni 1/3 de la obra correspondiente. Así que les solicito el favor de aligerar más los trabajos...". La respuesta que da el representante de la firma actora, el día 1 de marzo de 1984 (Carpeta 2, fol. 92), vuelve a poner el acento en el daño de la caldera, al destacar:

"...Como Usted recordará a mediados de diciembre hicimos una reunión con el Sr. Alcalde en la cual le manifestabamos la imposibilidad de iniciar obras en razón al daño definitivo de la caldera de la planta que nos obligó a adquirir y montar

una nueva, cuya instalación fue bastante complicada porque la calidad de la caldera así lo exigía.

Es necesario anotar que el daño de la caldera se originó por lo menos un mes antes de la legalización del contrato...".

El nueve (9) de marzo de 1984, el interventor se queja nuevamente ante el Contratista porque "...en la presente semana no se ha ejecutado trabajos de capa asfáltica...les comunicó que si éstos trabajos se siguen paralizando constantemente como ha venido sucediendo, me voy a ver en la imperiosa necesidad de aplicarles las cláusulas correspondientes en el contrato, para su respectiva sanción..." (Carpeta 2, fol 196) . La firma demandante, en oficio No. 298 de 9 de marzo de ese año, dirigido a Valorización Municipal, acepta las observaciones y explica:

"La presente semana se ha caracterizado por la presencia de varias circunstancias que efectivamente, nos han obligado a trabajar en forma interrumpida dentro del desarrollo de las obras de pavimentación: daños en la maquinaria, de fácil reparación pero que se toman 1 o 2 días; deficiencias en el transporte de asfalto ocasionadas por insuficiencia de vehículos apropiados para el transporte del asfalto desde Barranca y por último el no suministro de asfalto durante el miércoles y jueves por parte de Ecopetrol en Barranca siendo ésta la única Entidad que produce este elemento..." (Carpeta No. 2, fol. 97 y ss.ss.) (Subrayas de la Sala) .

La realidad fáctica que se deja analizada y comentada, permite concluír a la Sala que el Contratista incumplió en parte sustancial sus obligaciones, sin que las excusas que presentó por escrito la liberen del cumplimiento de sus deberes jurídicos, pues no alcanzan a estructurar causales de exoneración a la luz de la ley. Por lo demás, el demandante no demostró ninguna de ellas dentro del presente informativo. Lo que aquí se predica es de recibo para la parte de obra que la administración no recibió al suscribir el Acta de 24 de abril de 1984, razón por la cual dicho incumplimiento no afecta el reconocimiento de la obra ejecutada y recibida por la administración según el acta en referencia.

Dentro del marco anterior no tiene derecho el Contratista a que se le reconozca suma alguna por concepto de salarios y prestaciones sociales del personal de la empresa que estuvo en disponibilidad, pues ésta, de haberse dado, ocurrió cuando el término del contrato estaba vencido, y, por lo mismo, no podía vincularse a relación negocial alguna. Lo propio cabe predicar respecto de los costos financieros de equipos e instalaciones, materias primas disponibles.

I) A manera de pedagogía jurídica y judicial, la Sala destaca la especial circunstancia de que el apoderado de la parte actora se limitó a impetrar el pago de los rubros que se enlistan en los literales a) y b), de la pretensión que se recoge en ***el punto segundo del "petitum"***, pero sin aportar prueba alguna que se orientara a acreditar el daño. Así las cosas, aún en el evento de que la Sala las hubiese encontrado con vocación de prosperidad, ninguna condena se habría podido hacer; por falta de prueba del mismo. En esta materia la Sala recordó en fallo de veinticuatro

de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho (1988), Expediente No. 3182, Actor Gran Colombiana de Ingeniería y Construcciones Ltda., Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, lo siguiente:

> "H) EL DAÑO. Tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Como la del Consejo de Estado han sido reiterativas en el sentido de que "...el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, ***debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y en cuánto lo ha afectado.*** Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, ***a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos*** que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración" (Corte Suprema de Justicia. Sentencia noviembre 10 de 1944, Magistrado Ponente: Dr. Hernán Salamanca. G. J. Tomo 58 Nos. 2016 a 2018, págs. 113).
>
> "En un contrato bilateral en que una de las partes está libre de incumplimiento de lo de su cargo y la otra ha faltado en todo o parte a lo del suyo, incurriendo así en culpa, aquella tiene opción para insistir o desistir y, en uno y otro caso, ***para que el culpable le indemnice el perjuicio; pero como es de lógica elemental, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que quieran demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe comprobar que los ha sufrido. Más todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperará la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que éstos sean efecto de aquella; en otros términos es preciso establecer el vínculo de causalidad entre uno y otros***" (Corte Suprema de Justicia. Sentencia febrero 27 de 1946. Magistrado Ponente doctor Ricardo Hinestroza Daza. Gaceta Judicial. Tomo 60, números 2029 a 2037 pág. 59).
>
> "Examinada la realidad probatoria, dentro del proceso, la Sala se encuentra con la especial circunstancia de que el apoderado de la parte actora se limitó a predicar, en los literales d) y e) de la causa petendi, que: "para proceder a la firma del contrato y obtener su correcta y pronta ejecución las sociedades adjudicatarias realizaron las reservas de equipo, personal y dinero necesario". Igualmente, que "... la sociedad extranjera inició y culminó satisfactoriamente todos los trámites necesarios para la incorporación de una sucursal en Colombia requerida para la ejecución". No obstante estos predica- mentos, no aportó al proceso una sola prueba orientada a demostrar el daño. Qué equipo se reservó? Cuánto personal se comprometió o estuvo en disponibilidad para poner en marcha el contrato? Qué dinero y con qué costo se comprometió para la mejor realización de los trabajos licitados? La sociedad extranjera, en puridad de verdad, sólo vino a incorporar la sucursal en Colombia, requerida para la ejecución del contrato, con ocasión de éste, o con anterioridad ya se había

impuesto esa tarea, para atender otros frentes de negocios? Todo esto lo ignora la Sala, en el momento de proferir el fallo. Tampoco se solicitó la práctica de un dictamen orientado a concretar el monto del daño, excepción hecha de los que obran a folios 135 y siguientes del cuaderno No. 3 y 79 y ss. ss del mismo".

J) A lo largo del presente proceso el sentenciador encuentra que el manejo del contrato, por parte de la administración, se hizo con desgreño, como se desprende de la nota que el Interventor de la Contraloría Municipal y el Asesor Jurídico de la misma, dirigieron al Contralor General del Municipio, el día siete de enero de mil novecientos ochenta y seis (1986), en la cual, y en lo sustancial se lee:

"1.- Dicho contrato se ejecutó en un 43% aproximadamente, según las actas recibidas.

"2.- No encontré en el Archivo de la Interventoría acta alguna de liquidación del Contrato por incumplimiento de la Compañía Pavimentamos Ltda. en lo pactado.

"3.- La administración que hacía parte en ese entonces, se les pasó por alto aplicar la Póliza de cumplimiento No. 33089 de la Compañía Agrícola de Seguros S.A.; cuyo vencimiento fue el 28 de julio/84.

"4.- Referente a la aplicación de la Póliza de Estabilidad solicitada por la actual dirección de Valorización, considero que no puede llevarse a cabo debido a que no hubo ningún acta final del Contrato, por lo tanto la Compañía de Seguros se abstuvo de expedirla; de ahí que no aparece archivada por ninguna parte.

"5.- Por último considero que si la dirección de Valorización hubiese liquidado el Contrato para esa época, seguramente la Compañía de Seguros tendría que haber expedido una póliza de estabilidad por el valor parcial efectuado de QUINCE MILLONES SEISCIENTOS DIEZ Y NUEVE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON 65/100 Mcte. ($15'619.376.65 Mcte.) y por lo tanto hoy en día se estaría requiriendo a Pavimentamos Ltda. a hacer los arreglos correspondientes a la vías deterioradas solicitadas por dicha dirección. (Carpeta 1. página No.2)

Las circunstancias anotadas, imponen que se envíe copia de la presente sentencia a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su cargo.

Finalmente, resulta incomprensible que la administración no liquide los contratos, y que no imponga en el momento oportuno, las sanciones al contratista incumplido. Esa filosofía de dejar hacer y de dejar pasar es la que resulta inaceptable para la conciencia ciudadana que a cada paso censura las fallas en la contratación administrativa.

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

FALLA:

1. REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Norte de Santander, el día veintiocho (28) de marzo de mil novecientos ochenta y siete (1987), dentro del proceso del rubro, por las razones dadas en los considerandos de éste proveído, y en su lugar *RESUELVE:*

A) CONDENASE AL MUNICIPIO DE CUCUTA -Dirección de Valorización Municipal- a pagar a la firma PAVIMENTAMOS LIMITADA, la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS ($3'445.847.45), por el concepto indicado en los considerandos de ésta sentencia;

B) La suma anterior se deberá actualizar por el período comprendido entre el veinticuatro (24) de abril de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) y la fecha de ejecutoria de éste fallo, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$VP = vh \frac{INDICE\ FINAL}{INDICE\ INICIAL}$$

$$VP = \$3.445.847.45 \frac{INDICE\ EJECUTORIA\ ESTA\ SENTENCIA}{INDICE\ ABRIL\ DE\ 1984}$$

La condena se hace en concreto, y para el cobro bastará acompañar los certificados expedidos por el Banco de la República para acreditar los índices de precios al por mayor, en la forma señalada en los considerandos de este proveído;

C) Sobre el monto histórico de tres millones cuatrocientos cuarenta y cinco mil ochocientos cuarenta y siete pesos con cuarenta y cinco centavos ($3.445.847.45), se reconoce un interés técnico del seis por ciento anual, teniendo el buen cuidado de no cobrar intereses de intereses;

D) Deniéganse las demás súplicas de la demanda;

E) Esta condena devengará intereses comerciales dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de éste fallo y moratorios luego.

2o. Envíese copia del presente fallo a la Procuraduría General de la Nación para los fines indicados en los considerandos del mismo;

3o. Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/ ACTO DE ADJUDICACION/ CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Aquí el acto de adjudicación no se está impugnando como separable, sin conexión con el contrato celebrado con los adjudicatarios. Todo lo contrario, se está partiendo del supuesto en la demanda de que el contrato es nulo precisamente porque esa adjudicación fue ilegal. Es fácil entender que la acción principal es la de nulidad del contrato, la que es de indiscutible carácter contractual, en los términos del artículo 87 del C.C.A. Tan cierto es esto que la demandante pudo pedir la nulidad del contrato sin tener que solicitar expresamente la del acto de adjudicación, ya que le bastaba alegar como fundamento de aquella que el acto de adjudicación había sido expedido en forma irregular o con violación de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., mayo dieciocho (18) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5994. Actor: JOSE JAIRO NIETO GARCIA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 10 de agosto de 1989, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dispuso:

"1o. Inadmítese la demanda por indebida acumulación de pretensiones.

2o. Ejecutoriado el presente auto devuélvanse los anexos al interesado, sin necesidad de desglose".

Para tomar la decisión el *a-quo*, luego de enunciar las distintas pretensiones, expuso en su análisis:

"1o. EL ACTO SEPARABLE DE ADJUDICACION, COMO EL DE CERTIFICACION DEL REGISTRO UNICO DE PROPONENTES, de conformidad con lo estatuído en los artículos 87, inciso 3º y 136 inciso 8º y 207 y ss. del C.C.A. es demandable a través de las acciones de NULIDAD y/o de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO que se utilizarán una u otra de acuerdo al motivo o finalidad pretendida; el término de caducidad es de cuatro meses contados a partir de la ejecutoria del mismo y el procedimiento a utilizarse es el ordinario, previsto en los artículos 207 a 214 *ibídem*.

"2o. El contrato, ya administrativo o privado con cláusula de caducidad o el interadministrativo, de conformidad con lo establecido en los artículos 87 inciso 1º, 136 inciso 7º, 217 y 207 a 211 *ibídem*, es demandable por nulidad, absoluta o relativa, a través de la ACCION RELATIVA A CONTRATOS; el término de caducidad es de dos (2) años contados a partir de la "... expedición de los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella", el procedimiento a utilizar en la primera o única instancia es el especial pre- visto en el Título XXVI Capítulo II, y el de segunda instancia es el ordinario artículos 207 y siguientes *ibídem* debido a que el legislador no previó el especial de segunda instancia.

"Acontece entonces, que a la luz de lo preceptuado en el artículo 82 del C.P.C., a pesar que el juez de este asunto es competente para conocer sobre las pretensiones de esta demanda (numeral 1o.), se advierte que ellas están sujetas a trámites procedimentales diferentes (numeral 3o.), como también no pueden proponerse unas como principales y otras como subsidiarias (numeral 2o.), por cuanto que la acción a que se ven sometidas por la Ley son cada una como de proposición principal. Así: la de nulidad del acto de adjudicación a través de las acciones de nulidad y/o del restablecimiento del derecho, y la de nulidad del contrato a través de la relativa a contratos.

"De esa manera, acumulando pretensiones que de suyo, son demandables a través de acciones diferentes, como podría el juez pronunciarse sobre ellas, -podría tramitar a su arbitrio y escogencia de las pretensiones y darle el trámite correspondiente?, podría intelegir la que más interesase al demandante? o podría tramitarlas todas bajo un procedimiento previsto para una?

"La Sala es competente *para conocer de las pretensiones propuestas pero en demandas separadas,* más no en la forma conjunta como se ha hecho. Nuestro legislador no ha previsto un procedimiento ni acción única para demandar los actos separables, contractuales y el contrato mismo, ha hecho diferencias que el Tribunal no puede desconocer y ante las proposiciones inadmitirá el libelo. (Reiteración del auto de febrero 2 de 1989. Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Expediente 88D-4926. Actor: Sociedad "PROTEGEMOS Y ADMINISTRAMOS LTDA.")".

Para la Sala el proveído no deberá confirmarse, no sin reconocer que la decisión del tribunal aparece formalmente ajustada al pésimo tratamiento que el Decreto 01 de 1984 le dio a las controversias de carácter contractual.

Ha tenido oportunidad esta Sala en más de una ocasión de manejar el problema de los actos administrativos contractuales, en especial el de adjudicación del contrato. Así, en sentencia de febrero 7 de 1990 (Proceso 5604) se sostuvo:

> "El Decreto 01 de 1984 no fue afortunado en el trato que le dio a los actos administrativos contractuales en cuanto a las acciones, caducidad, oportunidad y procedimiento. En tal forma la jurisprudencia, para ajustarse a las exigencias del código, distinguió los separables de los contractuales propiamente dichos y aceptó que aquéllos eran los dictados por la administración antes de la celebración del contrato, y que podían existir aunque el contrato no llegara a celebrarse; y éstos, los dictados luego de su celebración, y que no podían darse son la existencia de éste, por incidir en la relación negocial misma.
>
> "Con esas precisiones se aceptó que los separables estaban sometidos a las mismas reglas establecidas para los actos administrativos en general, en cuanto a sus acciones (nulidad y restablecimiento, artículos 84 y 85, en armonía con el 87 *in fine*), caducidad de cuatro meses (artículos 136, inciso 2º) y procedimiento ordinario a seguir (artículos 206 y siguientes); y que los contractuales estaban sometidos a las acciones provenientes de los contratos (artículo 87 inciso 1º), a la caducidad de dos años prevista en el inciso 7º del artículo 136; y al procedimiento especial regulado en los artículos 217 y siguientes.
>
> "Aunque durante la vigencia del inciso 8º del artículo 136 se debatió la índole del acto de adjudicación cuestionado incluso la calificación legal y dándole el carácter de bilateral por constituír, una vez notificado el vencedor de la licitación o del concurso, el convenio mismo, esta sala logró acuerdo en el sentido de que cuando el acto de adjudicación se impugnaba con prescindencia del contrato que se había celebrado con el adjudicatario (no se pide la nulidad de éste ni la adjudicación al licitante vencido) la controversia no difería fundamentalmente de las propias de los demás actos administrativos; pero que si la pretensión anulatoria del acto de adjudicación se acumulaba con otra u otras pretensiones que tuviesen que ver con el contrato, por ejemplo, la nulidad absoluta de ésta por ilegalidad de la adjudicación, la controversia sería contractual".

La orientación jurisprudencial que se deja transcrita tiene aplicación para el caso, en vista de que la demanda se presentó el 10 de julio de 1989; vale decir, antes de la expedición del Decreto 2304 de octubre 7 de ese mismo año, que introdujo serias modificaciones en materia de controversias contractuales.

No encuentra la Sala motivo alguno para cambiar la posición inicial. Aquí el acto de adjudicación no se está impugnando como separable, sin conexión con el contrato celebrado con los adjudicatarios. Todo lo contrario, se está partiendo del supuesto en la demanda de que el contrato es nulo precisamente porque esa adjudicación fue ilegal. Es fácil entender que la acción principal es la de nulidad del contrato, la que es de indiscutible carácter contractual, en los términos del artículo 87 del C.C.A. Tan cierto es esto que la demandante pudo pedir la nulidad del contrato sin tener que solicitar expresamente la del acto de adjudicación, ya que le bastaba alegar como fundamento de aquélla que el acto de adjudicación había sido expedido en forma irregular o con violación de la ley.

En otras palabras, solo en la forma se da la acumulación de pretensiones de nulidad del acto de adjudicación con la de nulidad del contrato (Peticiones A. y C.)

La nulidad del certificado RUP-C-239 (petición D) tampoco puede tratarse aisladamente en la presente controversia, porque dicho requisito exigible para participar en la licitación, deberá evaluarse probatoriamente en la oportunidad legal. Y aquí, como se afirma al hablar del acto de adjudicación, tampoco había que pedir su declaratoria de nulidad, sino simplemente cuestionar su valor o alcance demostrativo.

Obsérvese que la demanda, a este respecto, más que hablar de nulidad de ese certificado, discute el valor que tiene para demostrar la capacidad de contratación de $158'000.000.oo alegada por Proinpetrol al licitar.

Aunque el tribunal nada dice de la petición B, la nulidad del artículo 4º de la resolución G 0221 (por medio de la cual se notificó la adjudicación) forma parte de dicho acto y correrá la suerte del impugnado en primer lugar (petición A).

Se anota, finalmente, que parte de las objeciones procesales hechas por el *a-quo* desaparecieron con la vigencia del Decreto 2304 de 1989.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera,

RESUELVE:

1. Revócase el auto de agosto 10 de 1989.

2. En su lugar, admítese la demanda de carácter contractual que formula el consorcio formado por José Jairo Nieto García, Luis Gabriel Nieto y Orlando Fajardo Castillo contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (E.A.A.B.) y otros.

3. Notifíquese personalmente tanto al agente del Ministerio Público como a los representantes legales de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y del Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos (Sise). En igual forma deberá notificársele esta demanda a Fertécnica Ltda., a través de su gerente

señor Luis Guillermo Tavera, Coinproyectos Ltda., cuyo gerente es el señor Pablo Antonio Chisco M. y Proinpetrol Ltda., gerenciada por el señor Omar Otálora Barbosa.

4. Fíjese en lista por el término de cinco días, para que los demandados o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Esta providencia fue aprobada por la sala en su sesión de fecha 17 de mayo de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

EXPLOTACION DE MINAS/ ACTO CONDICION/ TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD - Término

Se trata de un acto típico en virtud del cual el Estado otorga a unas personas el derecho para la exploración técnica de arcilla y arena sobre un terreno determinado y a los cuales se les aplica un *status* legal y reglamentario. Es lo que la doctrina ha calificado como un acto-condición, de naturaleza específica, mediante la cual se atribuye a una o varias personas una situación jurídica general y objetiva.

El manejo procesal de la acción que tutela los actos-condición, se somete al mismo tratamiendo que la ley le dispensa a los actos de contenido general. La acción viable contra esa especie de actos, no es la de plena jurisdicción sino la acción pública de nulidad cuando quiera que con ellos se infrinja el orden jurídico de la nación. Pero si el recurso objetivo determina el restablecimiento de una situación jurídica individual y concreta, la demanda debe formularse dentro del término previsto por la ley, para la prosperidad de la acción de nulidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., veintiuno (21) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 3863 (36). Actor: OSCAR ALZATE LOPEZ.

- I -

El ciudadano OSCAR ALZATE LOPEZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, solicitó que con citación y audiencia del

agente del Ministerio Público, del señor Ministro de Minas y Energía y de los señores Luis Eduardo Baena Correa, Carlos Eduardo Baena Riviere y Luis Alfredo Baena Riviere, previo el trámite del juicio ordinario y en sentencia definitiva se declarase por esta Corporación la anulación de la Resolución No. 0002357 del 17 de noviembre de 1980, emanada del Ministerio de Minas y Energía, por medio de la cual se otorgó la Licencia No. 4228 a las personas en ella enlistadas, para realizar trabajos de exploracion de arcillas y arenas en la zona allí determinada por sus linderos. Igualmente, solicito la anulación de la Resolución No. 000092 del 23 de enero de 1981, mediante la cual se ordenó mantener lo dispuesto en la resolución anterior.

CAUSA PETENDI

El autor del libelo relató los hechos así:

"1. En escrito presentado el 26 de octubre de 1971, ante el Ministerio de Minas y Energia, los señores José Jesús Castañeda y José Edilberto Castañeda, solicitaron licencia a fin de realizar trabajos de exploracion "para arcillas y demás minerales concesibles", en una zona de 600 hectáreas situada en el Municipio de Jamundí en el Departamento del Valle del Cauca.

"2. Por medio de Resolución No. 003221 del 7 de diciembre de 1973 y con base en el informe de la Sección de Propuestas y Contratos de la División de Minas y conforme a lo dispuesto en el artículo 1º literal d) del Decreto 2703 de 1959, el artículo 33 del Decreto 1275 de 1970 y el artículo 6º del Decreto 2181 de 1972, el Ministerio de Minas y Energía rechazó la solicitud No. 4228 y se declaró incompetente por considerar que los negocios relacionados con arenas, piedra de construcción, cascajo, etc., no estaban confiados a la competencia de ese despacho, según el artículo 6º del Decreto 2181 que subrogó al artículo 33 del Decreto 1275 de 1970.

"3. No obstante lo anterior, y a pesar de que como se verá en este juicio, el objetivo principal de la solicitud era la arena silicea, destinada especialmente a la construcción, y que la arcilla que se incluyó en la solicitud y luego en la licencia, no tiene aplicación económica en la zona, por lo cual constituye un desecho o "scraps", el Ministerio de Minas y Energía, mediante Resolución No. 002572 del 22 de noviembre de 1979, terminó admitiendo la solicitud radicada bajo el No. 4228 y se inició así el trámite administrativo para el otorgamiento de una licencia viciada de nulidad.

"4. Por medio de Resolución No. 003082 del 5 de diciembre de 1979, el Ministerio de Minas y Energía, autorizó al señor José Jesús Castañeda para ceder el 50% de los derechos y expectativas que tenía en la referida solicitud a favor de los señores Luis Eduardo Baena Correa y Arcesio Sánchez Orozco, en partes iguales.

"5. Por Resolución No. 002357 del 17 de noviembre de 1980, originaria del Ministerio de Minas y energía, se declaró infundada la oposición presentada por el señor Gonzalo Uribe Vallejo y se otorgó la licencia No. 4228 a los señores José Jesús Castañeda, José Edilberto Castañeda, Luis Eduardo Baena Correa y Arcesio Sánchez Orozco, para realizar trabajos de exploración técnica de "ARCILLA Y ARENAS", en una zona de 600 hectáreas, situadas en el Municipio de Jamundí del Departamento del Valle del Cauca y comprendida dentro de los siguientes linderos: Nos. *Punto arcifinio*. Se toma como punto arcifinio y de partida la desembocadura de la Quebrada Vélez en el Río Jordán marcado en el plano topográfico con las letras A.P. y cuyas coodenadas planas de Gauss aproximadas, tomadas de la plancha 299-IV-B-4 del Instituto Agustín Codazzi son X=851.590; Y=1.052.500. De este punto, rumbo N y 1.000 mts se sigue al B. De este, rumbo Este y 2.000 mts, se sigue al C. De este con rumbo S y 3.000 mts se sigue al D. De este, con rumbo W y 2.000 mts se sigue al E. Y de este, con rumbo N y 2.000 mts se vuelve al punto A.P. inicial de la alinderación".

"6. Contra la providencia citada en el punto precedente, el opositor señor Gonzálo Uribe Vallejo, interpuso oportunamente y por medio de apoderado, el recurso de reposición a fin de que se revocara, el cual fue resuelto desfavorablemente por medio de Resolución No. 000092 del 23 de enero de 1981 del citado Ministerio, en el cual se dispuso mantener en firma la Resolución No. 002357 del 17 de noviembre de 1980, que otorgaba la licencia No. 4228.

"7. Después de varias cesiones en favor de Juan Manuel Foschini Medina aprobadas por el Ministerio, éste cede el 100/100 de sus derechos en la licencia No. 4228 en favor de los señores Luis Eduardo Baena Correa, Carlos Eduardo Baena Riviere y Luis Alfredo Baena Riviere, quienes quedan como únicos titulares de la licencia referida y últimas cesiones que aparecen en el expediente respectivo aprobadas por el Ministerio de Minas y Energía, mediante Resolución No. 861 del 15 de junio de 1982.

"8. Al estudiár el expediente contentivo de los antecedentes administrativos de la licencia No. 4228 y el estudio de prefactibilidad del yacimiento de arcillas y arenas de Jamundí, presentada por los titulares de la misma el 8 de julio del presente año, para dar cumplimiento a los artículos 74 y 75 del Decreto 1275 de 1970, se advierte que el objetivo de la licencia y de los trabajos de exploración realizados con posterioridad al otorgamiento de la misma, se ha concretado a la arena, llamada silicea, que es propia para la construcción, aunque también puede servir para la fabricación de vidrio, después de ser sometida a una serie de operaciones industriales, lo cual no le quita, por cierto, su destinación inicial.

"9. La zona de las 600 hectáreas que comprende la licencia No. 4228, alinderada como aparece en el hecho 5º, se encuentra dentro de un fundo rural

denominado "HACIENDA EL DANUBIO", de propiedad actualmente del señor Jesús Antonio Zambrano M.

"10. La Sala de Consulta del Honorable Consejo de Estado, ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la propiedad de los depósitos de piedra común etc., en virtud de consulta hecha por el Ministerio de Minas y energía, radicaba bajo el No. 1459, y absuelta mediante ponencia presentada por el H. Consejero Dr. Jaime Betancur Cuartas, pero que desafortunadamene permanece en reserva por la negativa del Ministerio de permitir su publicación, seguramente porque le es adversa a la política que venía adelantando de dar licencia sobre areneras, depósitos de piedra común, etc., a pesar de no ser de su competencia". (fls. 32 y ss).

El accionante señala como disposiciones violadas, las siguientes normas: artículo 6º del Decreto 2181 de 1972, artículos 669 y 713 del C. Civil y artículo 63 de la Constitución Nacional.

Afirma el actor que la explotacion, y con mayor razón la exploración de areneras y canteras, destinadas a la elaboración de materiales para la construcción, es libre en las zonas rurales para el dueño del predio o de los terceros que éste autorice. Sostiene que el Ministerio de Minas y energía, al dictar los actos acusados, se arrogó atribuciones de las cuales carecía, ya que las areneras, cascajeras y canteras no tienen el carácter de minas y por tanto no están sujetas al estatuto minero. Por consiguientes, dice, carece de competencia para expedir licencias de explotación de tales elementos. Observa que como las arenas, piedras, canteras, etc. forman parte del predio, pertenecen al dueño de la tierra y que el Ministerio de Minas y Energía, al autorizar a unos particulares para realizar trabajos de exploración que incluyen 'arenas' situadas en predios de un tercero, conculcó arbitrariamente al dueño su derecho de propiedad. Anota que no existiendo norma legal que autorice al Ministerio para otorgar licencias en las cuales se incluyan arenas utilizables en la construcción, se arrogó atribuciones de las cuales carece. Concluye precisando que la licencia otorgada es un acto-condición, contra el cual procede la acción de nulidad por cualquier persona y en cualquier tiempo, en guarda de la tutela jurídica y del mantenimiento de la legalidad abstracta.

- II -
ALEGATO DE LA PARTE DEMANDADA

A folios 178 y siguientes del Cuaderno No. 1, obra el alegato de conclusión presentado por el procurador judicial del Ministerio de Minas y Energia, escrito del cual se destaca:

"2. NATURALEZA JURIDICA DE LA LICENCIA DE EXPLORACION TECNICA

"2.1. La Ley 20 de 1969, en el artículo 8º ordena que las minas de propiedad de la nación se exploten mediante los sistemas de concesión, aporte o permiso.

"Como etapa previa, por regla general obligatoria, al contrato de concesión se establece por el Decreto 1275 de 1970, reglamentario de la Ley 20 de 1969, la explotación técnica.

"2.2. La licencia de exploración técnica es un acto administrativo en cuya virtud el Ministerio de Minas y Energía, otorga por un término de dos años, prorrogables por uno más, el derecho de explorar una parte del subsuelo.

"2.3. Su finalidad esta determinada en el artículo 39 del Decreto 1275 de 1970: "se entiende por exploración técnica el conjunto de actividades dirigidas a determinar la existencia de minerales en cantidades y calidades económicamente aprovechables".

"2.4. Dada la finalidad de la licencia de exploración técnica, las zonas para las cuales puede otorgarse solo tienen la limitación que consagran los artículos 36 y 37 del Decreto 1275 de 1970, o sea sobre zonas de reserva, zonas urbanas, zonas ocupadas por servicios públicos, habitaciones rurales, parques naturales, etc. etc.

"3. LEGALIDAD DE LAS RESOLUCIONES Nos. 02357 DE NOVIEMBRE 17 DE 1980 y 0092 DE ENERO 23 DE 1981.

"3.1. El Ministerio de Minas y Energía al proferir las resoluciones objeto de la demanda no quebrantó ningún precepto de orden superior, ni el artículo 6º del Decreto 2181 de 1982, como lo manifiesta el demandante.

"Basta con observar la finalidad que tiene la licencia de exploración técnica, el otorgamiento en zona sobre el cual no existe prohibición de explorar y el texto del artículo 6º del Decreto 2181 de 1972.

"3.2. La única manera para determinar la existencia de minas aprovechables economicamente, lo constituyen los estudios técnicos, y geológicos, solo efectuados estos estudios puede adelantarse la explotación.

"Si esto es tan lógico, tan sencillo, no se comprende la razón dada por el demandante para impetrar la supuesta ilegalidad.

"La determinación de una mina o de una cantera, que no es más que una mina que se explota a cielo abierto y de la cual se extraen minerales que se emplean en construccion, solo puede hacerse con los estudios geológicos y si esto es lo pretendido con las resoluciones en cita, en donde esta la ilegalidad?

"Hay confusión en los argumentos del demandante, pues el Ministerio de Minas y Energía, tiene competencia para otorgar licencia de exploración.

"3.3. El artículo del Decreto 2181 de 1972, se refiere a los "permisos o licencias para *extraer* piedra, arena o cascajo de los lechos de los ríos y aguas de uso publico, lo mismo que la *explotación* de canteras".

"¿Otorgada una resolución para la explotación cómo se pretende subsumirla en una norma que trata de explotación?

"O lo pretendido por el demandante tiene un alcance distinto a lo expresado en la demanda o simplemente confundió explorar con explotar.

"La inconsistencia de la demanda, los sofísticos argumentos aducidos por el actor y el hecho de estar plenamente demostrado con las pruebas practicadas, la existencia de minerales distintos a los usados en construcción, son suficientes para concluir que las resoluciones fueron dictadas en uso de facultades legales y reglamentarias, y eximen de cualquier otro análisis". (fls. 178 a 180 C.1).

- III -
VISTA FISCAL

En el concepto de fondo visto a folios 182 y siguientes del Cuaderno No. 1, la Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza. se pronunció así:

"A juicio de esta Fiscalía la Resolución 002357 de noviembre 17 de 1980 otorgó en favor de los señores José de Jesús Castañeda, José Edilberto Castañeda, Luis Eduardo Baena Correa y Arcesio Sánchez Orozco, un derecho individual y concreto de contenido particular, como fue la licencia para la exploración técnica de arcilla y arena en terreno ubicado en el municipio de Jamundí Departamento del Valle del Cauca.

"Pero aún así bien ha podido "cualquier persona" demandar ese acto en acción de nulidad (Ley 167/41 art. 66) si los motivos que con esa acción persiguen son precisamente la tutela del orden jurídico o de la legalidad abstracta quebrantado por el acto jurídico, siempre y cuando se tenga presente que si con la sentencia favorable se restablece automáticamente la situación jurídica individual, - en este caso sería la situación del propietario del terreno- la acción de nulidad debe intentarse dentro de los cuatro meses que establecía la ley para las acciones de plena jurisdicción.

"Sobre este tema se ha pronunciado muchas veces el Consejo de Estado. Así en sentencia de noviembre 24 de 1977 con ponencia del Dr. Carlos Galindo Pinilla, se hizo un recuento de la jurisprudencia en esta materia. Apartes de esa sentencia dicen lo siguiente:

"La orientación jurisprudencial del Consejo cambió sustancialmente en virtud de la sentencia proferida el 10 de agosto de 1961 (Anales T.LXIII Nos.

392 a 396), en donde se sostiene que no es la naturaleza del acto impugnado lo que determina el carácter de la pretensión, sino los motivos o finalidades que se persigan con ésta: cuando se busca únicamente la tutela del orden jurídico o de la legalidad abstracta y por ende, el sometimiento de la administración al imperio del derecho objetivo, la pretensión es de nulidad: cuando el móvil directo del actor es la tutela de un derecho particular que ha sido lesionado por el acto, la pretensión es de plena jurisdicción.

"Agrega la jurisprudencia que cuando se demanda la nulidad de un acto de contenido general, se presumen que el fin del actor es obtener la tutela del orden jurídico objetivo; pero que cuando el acto impugnado es de contenido particular "el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico y solo afecta directa e inmediatamene a determinada persona". De donde se infiere que en ese caso es preciso estructurar el móvil del actor mediante la interpretacion de su demanda para determinar la naturaleza de la pretensión formulada, y para el efecto, señala el siguiente criterio:

"Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción, Es presumible esta similitud de causas y objetivos cuando se acciona por la vía del contencioso de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva que afecta directamente a toda la comunidad y lesiona los derechos de todos en el presente y en el futuro. El posible interés que anime al demandante se diluye en el interés general de la sociedad. Distinta es la situación cuando el recurso se dirige contra actos particulares. En este evento, el quebrantamiento de la legalidad no tiene el carácter de continuidad y permanencia, sino que es ocasional y episódico, y solo afecta directa e inmediatamente a determinada persona.

"Cuando se utiliza el contencioso de anulación contra actos particulares, la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: si la declaratoria de la nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, el contencioso popular puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho; pero si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada, el recurso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro meses de que habla la ley".

"Nada se expresó en la sentencia citada en relación con los llamados actos condición, pero considera la Sala que dentro del criterio jurisprudencial allí expuesto, cabe hacer idéntico análisis al que se hace en relación con el acto de contenido general, cuya demanda de simple nulidad debe presumirse motivada por una finalidad de tutela del orden jurídico objetivo". (Anales del Consejo de Estado Nos. 455 y 456).

"En sentencia de abril 22 de 1980 con ponencia del doctor Pérez Escobar y remitiéndose a la jurisprudencia, dijo:

"Si bien la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado es la de que se puede demandar la de declaratoria de nulidad de un acto administrativo creador de una situación juridica individual, ello solo puede ocurrir cuando el móvil del actor sea meramente obtener el restablecimiento abstracto del ordenamiento jurídico quebrantado por la norma acusada, pero en ningún caso cuando con el fallo se busca obtener el restablecimiento automático del derecho subjetivo que se considera lesionado. (Sentencia de 10 de agosto de 1961 con ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta y de 3 de agosto de 1979 con ponencia del consejero doctor Carlos Galindo Pinilla).

"En el caso *sub-judice,* si se declara la nulidad del acto cuestionado, surgiría automáticamente el derecho del doctor Alvaro Echeverri U., de exigir que se le expidiera la certificación por él cuestionada. Pues, de no ser así, no tendría ningún alcance jurídico la sentencia que al respecto se profiriera.

"De lo dicho antes se desprende que el acto administrativo impugnado sólo podía ser demandado ante la jurisdicción contencioso-administrativa para que se declarara su nulidad por la persona afectada por el mismo, al tenor de lo dispuesto por el artículo 67 del C.C.A..." (Anales del Consejo de Estado Nos. 465-466).

"En el presente caso, la acción procedente era la de plena jurisdicción pues si se declara la nulidad del acto demandado, la situación jurídica del propietario queda automáticamente restablecida aún sin haber demandado.

"Tenemos pues que no podemos engañarnos ante las apariencias, creyendo que lo que se pretende es el mantenimiento del orden jurídico, cuando realmente esta de por medio el interés privado del dueño del terreno, quien resultaría beneficiado así de una acción y con ella obtendría una oportunidad, cuando no ejerció oportunamente la accion que le ofrecía la ley.

"Por lo expuesto esta Fiscalía se permite solicitar a la Honorable Sala, se inhiba de entrar al fondo del asunto planteado". (fls. 185 a 187 C.1).

Cumplido el trámite de rigor sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) Como a juicio de la Fiscal Segunda de la Corporación, la acción procedente contra el acto demandado era la de plena jurisdicción, la Sala estima necesario determinar previamente la naturaleza jurídica del acto censurado, para establecer luego la viabilidad de la acción.

Naturaleza jurídica del acto

El acto censurado destaca lo siguiente:

"Por Resolución No. 002572 de noviembre 22 de 1978, se admitio la solicitud de Licencia No. 4228, presentada por los señores JESUS CASTAÑEDA y JOSE EDILBERTO CASTAÑEDA, para realizar trabajos de exploración técnica de unos yacimientos de Arcilla y Arenas, en una zona de 600 hectáreas, situada en jurisdicción del Municipio de Jamundí en el Departamento del Valle del Cauca.

"Por Resolución No. 003082 de diciembre 5 de 1979, se autorizó al señor JOSE DE JESUS CASTAÑEDA para ceder el 50% de los derechos y espectativas que tiene en la referida solicitud a favor de los señores LUIS EDUARDO BAENA CORREA y ARCESIO SANCHEZ OROZCO, en partes iguales.

"Mediante memorial de fecha agosto 29 de 1978, el doctor ANTONIO NORIEGA GIRON en su condición de apoderado del señor GONZALO URIBE VALLEJO, presentó oposición a nombre de éste contra la solicitud de Licencia No. 4228, con fundamento en el artículo 192 del Decreto 1275 de 1970, modificado por el artículo 32 del Decreto 2181 de 1972. Sostiene el señor Apoderado como base de la posición que su representado ha realizado cuantiosa inversión en la zona y ha instalado maquinaria y equipos con el objeto de adelantar explotación técnica del material solicitado en Licencia. Como prueba de lo anterior presenta primero un estudio técnico realizado por los Ingenieros JAIRO LONDOÑO ARANGO y JUAN FRANCISCO VELASQUEZ por cuenta del opositor y segundo originales de la diligencia de inspección judicial, practicada por el Juzgado Civil Municipal de Jamundí (Valle) el día 14 de agosto de 1978, y nueve (9) fotografías sobre los trabajos iniciales de montaje de la maquinaria y equipo. Finalmente solicita la práctica de una Inspección Ocular por funcionarios del Ministerio para determinar sobre el terreno: 1o. La identificación de la zona de oposición. 2o. Determinación de la explotación que se adelanta y quién es el explotador actual. 3o. Localización e inventario de la maquinaria que el opositor posee adelantando labores de exploración y explotación y 4o. Si en la zona hay trabajos del señor JOSE DE JESUS CASTAÑEDA.

"Posteriormente el señor Apoderado, en memorial de fecha noviembre 16 de 1979, manifiesta que en el Diario Oficial 35371 del 17 de octubre de 1979, se publicó la Resolución No. 002572 de noviembre 22 de 1978, por la cual se ordena las publicaciones de la Licencia No. 4228, "advirtiendo que el tiempo para formular oposiciones es el señalado por el artículo 11 del Decreto 1620 de 1978" por lo anterior adiciona la oposición inicialmente presentada en el sentido de sujetarla a lo dispuesto en la norma aludida.

"Más tarde allega al expediene unas declaraciones extrajuicio rendidas por los señores HERNANDO PIEDRAHITA VERGARA, JORGE ENRIQUE BETANCOURT Y DOMINGO RODRIGUEZ, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Jamundí. Dentro del trámite de la oposición, se ordenó practicar una inspección ocular a la zona de la solicitud No. 4228, a fin de verificar sobre el terreno los trabajos de explotación del opositor y la antigüedad de los mismos, según resolución No. 00424 de abril 19 de 1980. En cumplimiento de lo anterior, se comisionó al Ingeniero RAMON GUILLERMO GARCIA, quien después de cumplida la comisión rindió un informe del cual se dió traslado a las partes por Resolución No. 002723 de agosto 14 de 1980.

"De otra parte el señor LUIS EDUARDO BAENA quien es parte de la solicitud No. 4228, presentó unas declaraciones extrajuicio rendidas ante el juez Civil Municipal de Jamundí, por los señores JAIRO ARGUELLO GUTIERREZ, JOSE DE JESUS GASPAR ESPINOSA, MARCELINO PENGENDINO Y MAXIMO ZULES GUASAQUILLO, con los cuales se pretende refutar los hechos aducidos por el opositor.

"Obra en el expediene un memorial de fecha junio 24 de 1980 por medio del cual los señores JOSE DE JESUS CASTAÑEDA y JOSE EDILBERTO CASTAÑEDA, solicitan autorización para ceder los derechos y espectativas que tienen en la solicitud No. 4228, a favor de los señores LUIS EDUARDO BAENA CORREA Y ARCESIO SANCHEZ OROZCO quienes firman el memorial en señal de aceptación.

"Visto lo anterior considera el Ministerio lo siguiente:

"La solicitud de Licencia No. 4228, fue presentada el 26 de octubre de 1971, es decir, bajo la vigencia del Decreto 1275 de 1970, reglamentario de la Ley 20 de 1969.

"El artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que determina la aplicación de la norma en el tiempo dispone: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

"En acantamiento de la primera parte del artículo transcrito, el Ministerio al admitir la solicitud ordenó se publicará la resolución admisoria de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1620 de 1978, por cuanto esta norma es de procedimiento e implica una ritualidad que tiene aplicación inmediata y por lo mismo debería ceñirse a la disposición. Pero ocurre que la presentación de la solicitud No. 4228 constituye una actuación anterior al Decreto 1620 de 1978, y de acuerdo a la segunda parte del artículo 40 transcrito, debe regirse por las normas dictadas bajo su vigencia. "Un ejemplo de la

aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, lo constituye el artículo 273 del Decreto 1275 de 1970, cuando en la transición del ordenamiento previsto bajo el Decreto 1275 de 1970 señala: "Las propuestas y solicitudes que se encuentren pendientes de admision tendrán un plazo de seis (6) meses contados desde la fecha en que entre a regir el presente Decreto para ajustarse a las condiciones y requisitos en él señalados, conservando durante dicho plazo los derechos que se deriven de la fecha de su presentación, tanto dichas propuestas y solicitudes como las ya admitidas no tendrán obligación de reducir el área a las extensiones señaladas en el presente Decreto. El trámite de dichas propuestas y solicitudes se regirá por las normas del presente Decreto, pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por las disposiciones vigentes al tiempo de su iniciación".

"Por ello el Ministerio, siguiendo la regla de que la norma sustantiva solo rige para el futuro en el expediente de la Licencia No. 5084, al resolver una situación igual a la presente dijo: "en cuanto a la determinación de cual es la norma aplicable en la oposición debe tenerse en cuenta lo siguiente: si bien es cierto que el artículo 1º de la Ley 153 de 1887 consagra las reglas que deben seguirse en los casos en que exista incongruencia o contradicción entre la ley anterior y una posterior, caso en los cuales se señala que debe aplicarse la posterior, ello tiene lugar cuando la norma de procedimiento no afecta el derecho o expectativa que es objeto de la litis a ninguna de las partes que en ella intervienen. Pues sabido es que las normas rigen es para el futuro y que si la solicitud de licencia No. 5084 fue presentada bajo la vigencia del Decreto 1275 de 1970 y el trámite, oposiciones y demás incidentes que contra ella puedan formularse, serían las previstas en el mismo Decreto y no las creadas en normas posteriores. Lo anterior tiene su razón de ser puesto en el caso que nos ocupa aplicar el Decreto 1620 de 1978, para la mencionada solicitud de Licencia sería crearle a ésta un incidente no previsto en la Legislación bajo la cual se formuló la solicitud y en consecuencia se causaría un agravio injustificado al solicitante de la Licencia que vería perjudicados sus derechos de primer proponente por un hecho nuevo".

"De esta manera la norma aplicable a la oposición formulada a la solicitud No. 4228 es la vigente a la fecha de presentación de ésta, es decir del Decreto 1275 de 1970 y no es cierto, que en la Resolución que admitió la solicitud 4228 el Ministerio se haya afirmado que el tiempo para presentar oposiciones es el señalado en el artículo 11 del Decreto 1620 de 1978 como lo afirma el señor Apoderado.

"En dicha providencia solamente se ordenó su publicación, que es una parte del procedimiento, no es más que una solemnidad que no afecta los presupuestos de hecho y de derecho consignados en las normas anteriores.

"Siendo aplicable el Decreto 1275 de 1970, tenemos que su artículo 192 dispone: "Desde la presentación de la solicitud de Licencia de exploración, de aporte o permiso hasta un mes después del cumplimiento de las formalidades de que tratan los artículos 65 y 143 pueden formularse oposiciones por las siguientes personas: a) ... b)... y c) El que demuestre que a la fecha de la solicitud estaba explorando o explotando el área solicitada. Esta oposición deberá contraerse exclusivamente a las zonas en que se hayan adelantado los trabajos que la fundamenten".

"Las oposiciones tienen como fundamento la explotación de arenas y de acuerdo a la norma son tres los presupuestos que deben cumplir para que ella se justifique: 1o. que exista la explotación. 2o. que ella tenga lugar en el área de la solicitud a la cual se oponen y 3o. que la explotación se haya iniciado con anterioridad a la fecha de presentación de la solicitud a que se oponen.

"Análisis de las Pruebas:

"Del informe rendido por el Ingeniero Ramón García se tiene lo siguiente: dice el citado funcionario que: "La zona de oposición es común con la de Licencia No. 4228" (Página 10). Que "existe una explotación técnica y económica de la zona efectuada por la Sociedad Romero Hermanos, Gonzálo Uribe y Conalvidrios..." con una inversión aproximada de veintidós millones ciento diez mil pesos ($22.110.000.oo), los estudios geológicos y pasos preliminares del proceso actual, se remontan al año de 1977.

"En cuanto a la antigüedad dice: "Por la apreciación directa del avance en los frentes de trabajo, que se hacen a tajo abierto y por las declaraciones y fotografías que reposan en el cuaderno de oposición, -una de las cuales es la de Piedad Arango de Vidal Juez de Jamundí- así como por aquellas que fueron entregadas al comisionado y ratificadas por los declarantes, las cuales se adjuntan, se deduce que el estudio, montaje y explotación del yacimiento se realizó a partir del año de 1977, con los recursos técnicos y económicos que ahora se emplean".

"Finalmente afirma "que existe una explotación manual, con una antigüedad no menor de quince (15) años adelantada por el señor Domingo Rodríguez quien afirma hacerlo por cuenta de la Sociedad Romero y Uribe.

"Ahora bien, en la diligencia de inspeccion realizada por el Juez Civil Municipal de Jamundí, la Juez da fe de que se hizo del recorrido por la zona y en ella se hallaron una serie de elementos tales como dos pilares de cemento, un tanque de hierro con capacidad aproximada de diecisiete mil (17.000) galones, una construcción de hierro, tejas de etenerit (sic) cerrada en madera etc. Dentro de la diligencia se tomaron varias declaraciones de los señores Maximiliano Guerra Quintero, Danilo Vidal, Je-

sús Enrique Jiménez Villa y del mismo opositor señor Gonzalo Uribe Vallejo.

"...

"De las pruebas anteriores incluyendo la inspección ocular se concluye lo siguiente:

"1o. Los trabajos de montaje y explotación que se realizan en los yacimientos de arena, situados en la finca Las Mercedes, no tienen una antiguedad mayor de tres (3) años, es decir, fue iniciada (sic) con posterioridd a la presentación de la solicitud de Licencia No. 4228.

"2o. No está plenamente comprobado que el señor Gonzálo Uribe Vallejo sea quien ha realizado las explotaciones mencionadas y

"3o. Los trabajos del señor Domingo Rodríguez han sido realizados por su propia cuenta y no del señor Gonzálo Uribe Vallejo. Por lo anterior considera el Ministerio que es infundada la oposición del señor Gonzalo Uribe Vallejo.

"De otra parte como quiera que se ha cumplido el trámite de publicación de la solicitud de Licencia No. 4228, y habida consideración de que hay un memorial presentado por los señores José de Jesús Castañeda y José Edilbeto Castañeda, en el cual solicitan autorización para ceder en favor de los señores Luis Eduardo Baena Correa y Arcesio Sánchez Orozco, los derechos que tienen en la mencionada solicitud, considera el Ministerio que puede autorizarse dicha cesión de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2181 de 1972 y otorgar la Licencia de acuerdo al artículo 70 del Decreto 1275 de 1970.

"Con base en lo expuesto el Ministerio de Minas y Energía,

RESUELVE:

"ARTICULO PRIMERO. Declarar infundada la oposición presentada por el señor GONZALO URIBE VALLEJO, a la solicitud de Licencia No. 4228.

"ARTICULO SEGUNDO. Otorgar la Licencia No. 4228 a los señores JOSE DE JESUS CASTAÑEDA, JOSE EDILBERTO CASTAÑEDA, LUIS EDUARDO BAENA CORREA Y ARCESIO SANCHEZ OROZCO, para realizar trabajos de exploracion técnica de arcilla y arenas en una zona de 600 hectáreas, situadas en jurisdicción del Municipio de Jamundí Departamento del Valle del Cauca y dentro de los linderos descritos en el Artículo Segundo de la Resolución No. 002575 del 22 de Noviembre de 1978.

"ARTICULO TERCERO. Autorizar a los señores JOSE DE JESUS CASTAÑEDA y JOSE EDILBERTO CASTAÑEDA para ceder los derechos y espectativas que tienen en la solicitud de Licencia No. 4228, a favor de los señores LUIS EDUARDO BAENA CORREA Y ARCESIO SANCHEZ OROZCO.

"ARTICULO CUARTO. Comisionar al señor Alcalde Municipal de Jamundí Departamento del Valle del Cauca para que haga entrega material de la zona comprendida por la Licencia No. 4228 a sus beneficiarios, conforme al artículo 3º del Decreto 1620 de 1978.

"ARTICULO QUINTO. Por la secretaría de la Sección Legal de Minas, Líbrese a dicho funcionario el Despacho comisorio correspondiente con las informaciones necesarias.

"ARTICULO SEXTO. Revalídese el papel común empleado en la actuación". (fls. 14 a 28 C.1).

Del contexto transcrito, se infiere que se trata de un acto típico en virtud del cual el Estado otorga a unas personas el derecho para la exploración técnica de arcilla y arena sobre un terreno determinado y a las cuales se les aplica un "status" legal y reglamentario. Es, en otras palabras, lo que la doctrina ha calificado como un acto-condición, de naturaleza específica, mediante el cual se atribuye a una o a varias personas una situación jurídica general y objetiva.

Sobre este tipo de actos, el Consejo de Estado, en providencia citada por el doctor Tulio Tascón, se pronunció así: "La autorización, permiso, concesión o licencia es, pues, condición para que un individuo quede sustraido al régimen juridico impersonal de la prohibición de actuar y quede colocado bajo el régimen jurídico impersonal de la libertad de obrar. Estos son los actos-condiciones. Los individuos que han obtenido el permiso, la autoridad, la concesión o la licencia quedan investidos de un *status* legal; gozan de la libertad general, impersonal, de obrar, como si la prohibición no existiese. No se encuentran en una situación jurídica individual, pues como ya se ha dicho, la autorización no crea una situación jurídica individual, sino que aplica a un individuo un status legal" (Derecho Contencioso Administrativo, pág. 149).

De esta guisa, la Resolución No. 002357 de noviembre 17 de 1980, no otorgó un derecho individual y concreto de contenido particular en favor de los señores José de Jesús Castañeda, José Edilberto Castañeda, Luis Eduardo Baena Correa y Arcesio Sánchez Orozco, tal como lo entiende la colaboradora Fiscal. en ejercicio del derecho que el acto administrativo específico confirió a los permisionarios, se sujeta, como es obvio, a la ley y al estatuto que regula la materia minera, generando en su favor una situación jurídica general.

Acción procedente

El artículo 66 de la Ley 167 de 1941, concedía a toda persona el derecho a ejercer, en cualquier tiempo, la acción de nulidad contra los actos administrativos en interés del orden jurídico abstracto. Ese principio, que originalmente se aplicaba sólo a los actos creadores de situaciones generales, lo rectificó la jurisprudencia del Consejo, para hacerlo aplicable, con la misma finalidad de tutela de la legalidad, a los ordenamientos de índole particular y concreta, extendiéndolo, tambien a los actos-condición.

A este respecto, sostiene el Consejo en la providencia que recuerda la Vista Fiscal:

> "La doctrina de 1961 que continúa orientando las decisiones de esta Corporación, con las precisiones contenidas en algunas providencias posteriores como la del 8 de agosto de 1977, excluye la posibilidad del contencioso de simple nulidad, pero únicamente cuando se trata de la impugnación de actos de contenido particular o concreto y cuando quiera que la sola declaración de nulidad 'determine el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada'; pero en ningún caso frente al acto condición, que es una categoría jurídica diferente, asimilable al acto general, por su contenido legal y reglamentario". ("ANALES" 1977, t. 93, pág. 479).

Dentro de tal enfoque, tiene razón el actor cuando afirma:

> "Las licencias o permisos que otorga el Ministerio de Minas y Energía, para la exploración de minerales, aunque equivocadamente incluyan 'arena' o las 'canteras', son 'actos-condiciones' en cuanto al Estado coloca a una o más personas (los titulares de la licencia o permisionarios) dentro de una situación general y reglamentaria (el estatuto minero) que las inviste de un poder (hacer una exploración o explotación) en que en un momento dado, puede estar sometido a su intervención (los permisionarios deben rendir informes para verificar cómo se está haciendo la exploración o explotación y puede suspenderse o revocarse la licencia). Por estas razones, puede promoverse contra los 'actos condiciones' la acción de nulidad por cualquier persona y en cualquier tiempo, en guarda de la tutela jurídica y del mantenimiento de la legalidad abstracta, como sucede en el presente caso" (f. 36 vto. C.1).

De esta suerte, el manejo procesal de la acción que tutela los actos-condición, se somete al mismo tratamiento que la ley le dispensa a los actos de contenido general, tal como lo ha precisado la orientación jurisprudencial del Consejo. Es decir, que la accion viable contra esa especie de actos, no es la de plena jurisdicción sino la acción pública de nulidad, cuando quiera que con ellos se infrinja el orden jurídico de la Nación.

B) No obstante lo dicho, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, por caducidad de la acción.

En efecto, en el caso sometido a la consideración de la Sala, la censura se dirige contra un acto-condición, suceptible de la accion pública de nulidad, pero al que le es aplicable la doctrina adoptada por el Consejo en agosto 10 de 1961, según la cual "no es la naturaleza del acto impugnado lo que determina el caracter de la pretensión, sino los motivos o finalidades que se persigan con ésta". (ANALES, T. 63, pág. 200).

En consecuencia con dicha doctrina, reiterada y aclarada en Sala Plena del 21 de agosto de 1972 (ANALES, T. 83, pág. 372) si la sola declaratoria de nulidad del acto-condición deriva en el restablecimiento de un derecho subjetivo vulnerado, el contencioso popular de anulación debe intentarse dentro de los cuatro meses que señala la ley para el enjuiciamiento de las decisiones administrativas de contenido particular.

Dentro de esa orientación jurisprudencial, es procedente el ejercicio de la acción popular contra un acto-condición, para el mantenimiento del orden jurídico general. Pero si el recurso objetivo determina el restablecimeinto de una situación jurídica individual y concreta, la demanda debe formularse dentro del término previsto por la ley, para la prosperidad de la acción de nulidad.

El hecho de que la licencia invista a una persona de un poder, no implica que la acción pública instaurada contra el acto que la otorgó, se sustraiga a la doctrina de los móviles y las finalidades. Esta doctrina, aplicada al caso que ocupa la atención de la Sala, determina que el actor, mediante el ejercicio de una acción de simple nulidad, pretende revivir el término concedido por la ley para incoar la acción contra el acto impugnado.

Para la Sala, la verdadera intención que inspira la demanda, por los antecedentes, los recursos administrativos fallidos, las pruebas aportadas, etc., es la de que, desplazados los permisionarios del área en exploración por nulidad del acto acusado, surja, automáticamente, para el propietario del predio, el derecho a solicitar la licencia correspondiente. Bastaría con declarar la nulidad de la Resolución No. 0002357 de noviembre 17 de 1980, para que se restableciera el derecho del propietario del inmueble, así la acción de nulidad la hubiere intentado un tercero.

Desde luego, que si el actor estimó que la administración no se sujetó a las prescripciones del estatuto minero para producir el acto cuestionado, ha debido recurrir al contencioso administrativo dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación, notificación o ejecución de la Resolución a fin de que, mediante la acción pertinente, se anulara el acto. Pero pretender que transcurridos los años se vuelva sobre los pasos de una acción caducada, mediante la habilidosa inspiración de una demanda de nulidad, es poco menos que desnaturalizar la normatividad jurídica que rige el control de los actos administrativos.

Las consideraciones que anteceden bastan, a juicio de la Sala, para inhibirse de conocer el fondo de la *litis* por caducidad de la acción.

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: Declárase inhibido para decidir en el fondo las pretensiones de la demanda, por caducidad de la acción.

SEGUNDO: Costas a cargo de la parte actora. Tásense por la Secretaría.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese y cúmplese.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha diez y siete (17) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS - Prueba

Dos hermanos de la víctima se encontraban residenciados en Venezuela y, por lo tanto el primer elemento constitutivo de las relaciones afectuosas familiares, que es la vida en comunidad, no se encuentra demostrado. No desconoce este fallador la aflicción que pudieron sentir, lo que pasa es que para efectos procesales este hecho no está debidamente demostrado. Tampoco se demostró que entre ellos existiera colaboración y mutua ayuda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., mayo veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5672. Indemnizaciones. Actor: URIEL MEJIA RIOS.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por parte actora contra la sentencia de 9 de diciembre de 1985 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: Declarar Administrativamente responsable a la Nación, de los daños causados a los señores Uriel Mejía Ríos, Maruja Toro de Mejía, Patricia y Amparo Mejía Toro, con ocasión de la muerte de Carlos Felipe Mejía Toro.

"SEGUNDO: Condenar a la Nación Colombiana al pago de las siguientes sumas por concepto de perjuicios morales: 1.000 gramos oro al señor Uriel Mejía Ríos y la misma cantidad a la señora Maruja Toro de Mejía, 500 gramos oro para la joven Amparo Mejía Toro y la misma cantidad para Patricia Mejía Toro.

"Por perjuicios materiales: $134.700.oo al señor Uriel Mejía Ríos.

"TERCERO: Niéganse las demás suplicas de la demanda por las razones ya expuestas en la parte motiva de la sentencia.

"CUARTO: Se dará cumplimiento a este fallo en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo".

En la demanda la parte demandante solicitó:

"1. LA NACION es responsable de la *totalidad* de los daños y perjuicios causados a los demandantes con la muerte de su hijo y hermano CARLOS FELIPE MEJIA TORO, como consecuencia de heridas de bala disparadas con arma y munición oficiales por agentes de la Policía Nacional, a la media noche del 21-22 del mes de febrero postrero, frente a la Cuarta Estación de la Policía Nacional, Motorizada del barrio Laureles, de la ciudad de Medellín.

"2. Condénase a la NACION a pagar:

"A) a todos los demandantes,

"2.1. *daños morales,* con el equivalente en pesos, *de la fecha en que la sentencia quede ejecutoriada,* de mil gramos de oro-fino, para cada uno, dándole aplicación a los artículos 8º de la Ley 153 de 1887 y 106 del C. Penal.

"2.2. *Daños y perjuicios materiales,* por el valor de los honorarios que le deben pagar a los abogados por hacer valer procesalmente sus derechos, fijados de conformidad con las Tarifas de los Colegios Antioqueños de Abogados y de Medellín, para esta clase de pleitos *cuota-litis,* y,

"B) a URIEL MEJIA RIOS y MARUJA TORO DE MEJIA, además:

"2.3. las sumas y el tiempo, tiempo que vale dinero, empleado por uno y otra en la crianza, la alimentación, el vestido y la educación del hijo;

"2.4. el valor de la pérdida de la 'chance' de ayuda futura;

"2.5. el valor de las exequias;

"2.6. el valor de los daños, incluyendo su desvalorización por daños, de la motocicleta CVL-09-125 SUSUKI;

todo lo anterior en pesos de valor constante del 22 de febrero de 1986.

"*En subsidio*:

"si no hubiere en los autos bases suficientes para la determinación matemática de los daños materiales que por los conceptos demandados en 2.3, 2.4, 2.5 y

2.6, deben indemnizarse al señor MEJIA RIOS y a la señora TORO DE MEJIA, el Tribunal, por razones de equidad, será servido de fijarlos en el equivalente en pesos, *de la fecha de la ejecutoria de la sentencia*, de cuatro mil gramos de oro-fino, según imperan los artículos 4º y 8º de la Ley 153 de 1887 y 107 del C. Penal.

"1.2. LA NACION dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C. Administrativo.

"Todo pago, así lo ordenará, expresamente el fallo, se imputará primero a intereses."

Los hechos narrados en la demanda se sintetizan así:

1. En la noche del 21 de febrero de 1986 frente a la 4a. Estación Motorizada de la Policía Nacional del barrio Laureles de la ciudad de Medellín, agentes de aquella institución, balearon injustificadamente al joven Carlos Felipe Mejía Toro, quien se desplazaba en motocicleta por las cercanías del lugar.

2. Como consecuencia de las heridas sufridas el joven Mejía Toro, causando los correspondientes perjuicios morales y materiales a sus padres y hermanos, además de las averías que sufrió la motocicleta.

3. El hecho fue cometido con armas oficiales, por un agente de la administración, en forma arbitraria y con violación de la Constitución, la ley y los reglamentos.

El *a-quo* argumentando la plena demostración de la falla en el servicio accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en la forma transcrita inicialmente.

Descontenta la parte actora apeló y en su escrito de sustentación circunscribió la inconformidad a tres aspectos, así:

1. Por no haber condenado al pago de perjuicios morales a favor de Uriel y Alvaro Mejía Toro, hermanos de la víctima.

2. Por condenar a la Nación únicamente al pago del equivalente en pesos de 500 gramos oro, por concepto de perjuicios morales, a Amparo y Patricia Mejía Toro, hermanas de la víctima, y no al máximo reconocido por la jurisprudencia, o sea 1.000 gramos oro.

3. Por haber negado el reconocimiento de perjuicios materiales a favor de los padres de la víctima (folios 196 a 198).

En un serio memorial el señor apoderado de los demandantes solicita la modificación de la sentencia para que se acceda a todas las peticiones de la demanda, invocando a su favor estudios de distinguidos siquiatras y sicólogos (folios 224 a 252).

La apoderada de la Policía Nacional, con fundamento en diversas jurisprudencias de esta sección, solicita se confirme la sentencia apelada (folios 253 a 258).

El señor fiscal Octavo de la corporación solicita se confirme la sentencia apelada (folio 136 a 138).

SE CONSIDERA:

La Sala procederá en primer lugar a estudiar uno por uno los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente a saber:

1. El pago de los perjuicios morales a favor de Uriel y Alvaro Mejía Toro, hermanos de la víctima.

Desde el pasado 7 de febrero de 1989 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, acogiendo el pensamiento reiterado de esta Sección III, se pronunció sobre la prueba necesaria y la forma de tasación del daño subjetivo. En dicha providencia se afirmó que frente a los hermanos el resarcimiento por el perjuicio moral no emerge por el solo hecho del parentesco, sino que éste debe estar acreditado con medios probatorios que lleven al juez a convicción necesaria para reconocelo. (Expediente S-067 Ponente Dr. Miguel González Rodríguez). En el *sub-lite*, tal como el mismo recurrente lo reconoce (folio 229), los señores Uriel y Alvaro Mejía Toro, hermanos de la víctima, se encontraban residenciados en Venezuela y, por lo tanto, el primer elemento constitutivo de las relaciones afectuosas familiares, que es la vida en comunidad, no se encuentra demostrado. No desconoce este fallador la aflicción que pudieron sentir los hermanos Mejía Toro por la muerte de Carlos Felipe, lo que pasa es que para efectos procesales este hecho no está debidamente demostrado. Tampoco se demostró que entre ellos existiera colaboración y mutua ayuda.

2. En cuanto a la indemnización por concepto de perjuicios morales a las señoritas Amparo y Patricia Mejía Toro, hermanas de Carlos Felipe, no hay que olvidar que según reiterada jurisprudencia de esta Sección, el máximo reconocido en condiciones normales es el equivalente en pesos de 500 gramos oro, suma que fue ordenada en la providencia recurrida. Se reafirma que en el caso del daño subjetivo el fallador sólo se mueve dentro del campo de su conciencia, de acuerdo a la íntima convicción que le proporcionen las pruebas aportadas.

3. La exigencia de un perjuicio material cierto y determinado (o por lo menos determinable), ha sido una constante en la jurisprudencia de esta Sala, para indemnizar por el daño ocasionado por la falta o falla en la prestación del servicio. Como bien lo consideró el *a-quo* "la probabilidad de que los padres del joven Mejía Toro se hubieren beneficiado de ingresos que hubiere percibido, en el caso de no haber fallecido, es remota atendiendo las circunstancias normales que indican que generalmente el hijo, al encontrarse en edad productiva, forma un hogar aparte, sin que, generalmente, sus padres se beneficien de ello" (folio 190). Por lo anterior se estima

que las razones del tribunal son serias, atinadas y juiciosas y que, por lo demás, no se dan las condiciones para modificar el pensamiento de la Sección en cuanto a este tópico se refiere.

Por lo expuesto la sentencia habrá de confirmarse en todas sus partes ya que está muy bien fundamentada. Se modificará en cuanto ordena la actualización de los perjuicios morales (párrafo anterior al punto 4.1.2) porque la referencia al valor del gramo oro cubre el riesgo de las variaciones monetarias que afectan otros bienes en mayor medida. Por esa misma razón, la equivalencia en pesos de la condena deberá buscarse el día de la ejecutoria del presente fallo y no de acuerdo ni con las fórmulas de las matemáticas financieras, como allí aparece, ni en relación con la fecha de la sentencia de primera instancia.

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

FALLA:

1. Confírmase en todas sus partes la sentencia recurrida con la modificación de que la equivalencia en pesos de la condena por perjuicios morales hará referencia a la fecha de ejecutoria de este fallo y no a la de la sentencia de primer grado.

2. Acéptase al Doctor Javier Leonidas Villegas P. como apoderado de los actos, quién fue designado por éstos como sustituto, según poder que obra al folio 1 del expediente.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 17 de mayo de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Con salvamento de voto; *Juan de Dios Montes Hernández,* Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS -Presunción (Salvamento de voto)

Considero que así como se presume por el solo hecho del parentesco del perjuicio moral entre padres, esposas o concubinas, también debería presumirse para hermanos, con la sola prueba de parentesco. Por cuanto estimo que en esa hipótesis se configura la presunción de hombre, considero que ella debe establecerse en 500 gramos oro, y no en 1.000 como opera para padres, hijos, concubinas o esposas, pues precisamente la experiencia muestra que los vínculos afectivos entre estos últimos son de mayor calado que aquellos existentes entre los primeros. Pero, el disminuir respecto de los hermanos la presunción de intensidad del dolor, no significa que normalmente ellos no sientan aflicción frente a la muerte de su hermano, sino que lo sienten en proporción menor que el resto del grupo familiar.

SALVEDAD DE VOTO DEL CONSEJERO DEL DOCTOR ANTONIO JOSE DE IRISIARRI RESTREPO

Referencia: Expediente No. 5672. Actor: URIEL MEJIA RIOS.

Respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria, en cuanto no reformó la sentencia del *a-quo* en lo atinente a los perjuicios morales a favor de Uriel y Alvaro Mejía Toro, hermanos de Carlos Felipe Mejía Toro, quien murió debido a una falla del servicio por la cual se condenó a la Nación.

La sentencia aprobada por la mayoria expresa, basándose en el fallo de 7 de febrero de 1989 de la Sala Plena de la Corporación (Expediente S-067), que el perjuicio moral, cuando se trata de hermanos de una persona fallecida por un hecho imputable a la administración, "no emerge por el solo hecho del parentesco, sino que éste debe estar acreditado con medios probatorios que lleven al juez a la convicción necesaria para reconocerlo", y que básicamente son el hecho de vivir en

comunidad, o el hecho de que existiera entre los hermanos colaboración y ayuda mutua.

No comparto dicha posición jurisprudencial, puesto que considero que así como se presume por el solo hecho del parentesco los perjuicios morales entre padres, hijos, esposas y concubinas, también debería presumirse para hermanos, con la sola prueba de parentesco. Lo anterior por las siguientes razones:

1a. La estructura social de la familia en Colombia permite afirmar que normalmente los hermanos entre sí se encuentran unidos por vínculos de familiaridad y afecto, que surgen precisamente por el hecho de provenir de idéntico tronco familiar común, que se convierte en lugar de referencia obligada para los hermanos en el transcurrir de sus vidas, y que por lo tanto, los vincula por el solo hecho del parentesco.

2a. Normalmente los hermanos en Colombia viven los primeros años de su vida bajo el mismo techo, lo cual de por sí genera ya una afección especial que diferencia este afecto con personas ajenas a la convivencia en común durante los primeros años de vida.

3a. La experiencia y el sentido común permiten inferir que la muerte de un hermano causa dolor, aflicción y pena a aquel que lo sobrevive, precisamente porque los hermanos entre sí están unidos por lazos de consaguinidad o de adopción y porque normalmente desarrollan, teniendo en cuenta la estructura nuclear de la familia en Colombia, relaciones humanas marcadas por la afeccion que sociológica y culturalmente implica tal vínculo.

4a. No hay razón alguna para que los hermanos, respecto de los cuales se puede predicar la presunción de hombre anotada, deban probar el perjuicio moral como corresponderia probarlo a cualquier prójimo (parientes lejanos, amigos, etc) y no gocen de la presunción establecida para todas las personas que componen el núcleo familiar cercano, que es el que da precisamente relevancia a la calidad de hermano.

5a. Por cuanto estimo que en esta hipótesis se configura la presunción de hombre anotada, considero que ella debe establecerse en 500 gramos oro, y no en 1000 como opera para padres, hijos, concubinas o esposas, pues precisamente la experiencia muestra que los vínculos afectivos entre estos últimos son de mayor calado que aquellos existentes entre los primeros. Pero, el disminuir respecto de los hermanos la presunción de intensida del dolor, no significa que normalmente ellos no sientan aflicción frente a la muerte de su hermano, sino que lo sienten en proporción menor que el resto del grupo familiar.

6a. Como ocurre para las presunciones establecidas en favor de padres, hijos, cónyuges o concubinos, para hermanos también puede desvirtuarse la presunción. Es obvio que puede probarse que un padre odia a un hijo, que a una esposa se le causó un beneficio con la muerte de su cónyuge, que un hermano deseaba la muerte

de su hermano, pero, por fortuna, dichas situaciones son tan excepcionales que, precisamente, han permitido establecer presunciones en este campo.

7a. Recientemente la Honorable Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre el punto objeto del presente salvamento de voto. En sentencia de la Sala de Casacion Civil, de 26 de febrero de 1990, con ponencia del Magistrado Héctor Marín Naranjo, expresó lo que a continuación transcribo y que prohijo en su integridad por el rigor analítico y conceptual de la exposición. Espero que en fecha más próxima que lejana la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en muchos y variados campos ha sido de vanguardia, acoja estos planteamientos para no quedar a la zaga de la H. Corte Suprema de Justicia. He aquí lo pertinente a la precitada sentencia:

"Afirmase en la sentencia impugnada, como ya se vio, que el perjuicio moral subjetivo, por incidir en la órbita afectiva del ser humano, no admite cuantificación concreta y que, por ende, es indeterminable; que sin embargo, nadie pone en tela de juicio la aflicción que embarga un hogar (padres y hermanos) por la muerte de uno de sus miembros. Fue ello entonces, lo que de manera básica condujo al Tribunal a confirmar, en el punto la decisión de primera instancia.

"...

"Ahora bien. Aspecto de mayor trascendencia es el de definir qué es lo que debe entenderse por *presunción* cuando de la prueba de los perjuicios morales subjetivos se trata: En lo que al recurrente concierne, tal parece que toma en vocablo en el sentido que le asigna el artículo 176 del C. de P. C., o sea, como una exención de prueba. Pero de otro lado, tampoco hay lugar a que se pierda de vista que en la providencia acabada de transcribir, la Corte habla de presunción *simple*. Y este, en verdad, constituye el *quid* del problema. Pero para su adecuado esclarecimiento, se debe, previamente, dejar sentada la premisa de la que a continuación se habla.

"En materia de los perjuicios morales subjetivos, al igual que en toda clase de perjuicios, es indispensable distinguir entre la legitimación para solicitar su indemnización, la prueba de los mismos y la cuantificacion del resarcimiento. Solo que aquí el asunto, como de todos es sabido, ofrece particulares dificultades.

"En lo que respecta a la legitimación, y para lo que concierne al presente caso, importa dejar establecido que doctrina y jurisprudencia coinciden en que de aquella están investidos los parientes cercanos (padres, hijos y hermanos) de la víctima fallecida. Esta legitimación dimana de la urdimbre de las relaciones que se entretejen con ocasión de los vínculos propios de la familia (consanguinidad, afinidad y adopción) y no solo de una de ellas en particular. Mirar el problema desde el punto de vista limitado de cualquiera de tales relaciones (deberes entre padres e hijos, alimentos, herencias, etc.), es dar de la cuestión

una visión incompleta porque lo que a simple vista es perceptible es que el desaparecimiento de uno de los miembros de la familia representa una lesión para los otros en su propia integridad, o sea, que es algo que hiere directamene la personalidad de cada uno de ellos. La périda es, entonces, total, y no limitada o circunscrita a un aspecto cualquiera, por más importante que este sea.

"En relación con la prueba, se ha de anotar que es, quizá el tema en el que mayor confusión se advierte, como que suele entreverse con la legitimación cuando se mira respecto de los parientes cercanos de la víctima desaparecida, para decir que ellos, por el hecho de ser tales, están exonerados de demostrarlos. Hay allí un gran equívoco que, justamente, proviene del significado o alcance que se le debe dar al término *presunción*.

"Ya un poco más atrás se anotó que, conforme viene planteado el cargo, este vocablo se toma acá como un eximente de prueba, es decir, como si estuviera en frente de una presunción *iuris tantum*.

"Sin embargo, no es tal la manera como la cuestión debe ser contemplada ya que allí no existe una presunción establecida por la ley. Es cierto que en determinadas hipótesis, por demás excepcionales, la ley presume -o permite que se presuma- la existencia de perjuicios. Más no es tal cosa lo que sucede en el supuesto de los perjuicios morales subjetivos.

"Entonces, cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contratio, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto de los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por sus padres, hermanos o cónyuge.

"Sin embargo, para salirle al paso a un eventual desbordamiento o distorsión que en el punto pueda aflorar, conviene añadir que estas reglas o máximas de la experiencia -como todo lo que tiene que ver con la conducta humana- no son de caracter absoluto. De ahí que sería necio negar que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a algunos de los integrantes del núcleo. Más cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo, o, por lo menos, a cuestionar las bases actuales sobre las que el sentimiento a que se alude suele desarrolarse -y, por consiguiente, a desvirtuar la interferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez-, no sería dificil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción, o si, por el contrario, esta ha quedado desvanecida.

"De todo lo anterior se sigue, en conclusión, que no obstante que sean tales, los perjuicios morales subjetivos estan sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que esta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniendole de presente el fallador aquellos datos que, en su sentir, evidencia una falta o una menor inclinación entre los parientes.

"Ello expuesto, precisa luego anotar que si los padres, hijos, hermanos y cónyuge de quien ha fallecido, cuentan con la legitimación suficiente para ejercer la pretensión indemnizatoria de los perjuicios morales subjetivos, pues, en tanto que unidos por la complejidad de los vínculos familiares, pueden sufrir una pérdida, y si además, no hay impedimento para que la prueba de esa pérdida estribe en una presunción del juez, que se asienta en evidentes reglas o máximas de la experiencia, se ha de seguir que el planteamiento del recurrente no puede ser de recibo. Ciertamente, el distinguir entre quienes no lo son, a efectos de decir que solo los primeros están exentos de probar los perjuicios morales subjetivos, es algo que representa, en primer lugar, una inexactitud, ya que conduce a darle al vocablo "presunción" un sentido que, en este caso, no le corresponde; en segundo lugar, una visión disminuida del problema porque sin ningún fundamento plausible se vendrían a desconocer los vínculos afectivos que existen entre hermanos, precisamente por razón del parentesco; y en tercer lugar, una inadecuada interpretación jurídica, ya que no deja de ser un tanto arbitrario el preconizar un paralelismo con el criterio que adopta la ley para la distribución de la herencia; en verdad, con la misma lógica -pero también con idéntica insuficienca- podra acogerse la norma que reglamenta el derecho a solicitar alimentos, la que, incluso, por consultar mejor la realidad, sería más completa -de hecho, la jurisprudencia se ha referido a ella-.

"Con mayor aproximación, el punto no es reductible a decir que es como si se tratara de saber a quién no le puede ser desconocido un derecho de herencia, o quien tiene derecho a reclamar alimentos, o, en términos generales, a cargo de quién corre éste o aquél deber, porque la lesión -el dolor o la pena- que se sufre por la pérdida de un padre, el cónyuge, del hijo o del hermano, no repercute sobre una esfera particularmente considerada del sujeto que la padece, sino sobre su personalidad tomada como un todo.

"Por otra parte, a pesar de que se argumente -e, incluso, se admita que el afecto que se siente por los hermanos es de menor intensidad que el que se experimenta por los hijos o por los padres, no por tal causa se debe concluír, sin más, que el dolor que produzca la pérdida de uno de aquellos, tiene que ser demostrado con un medio distinto al que es permisible acoger en otras hipótesis ya señaladas, desde luego que tal discriminación es, a todas luces, infundada, (Casación Civil de 28 de febrero de 1990, Magistrado Ponente Dr. Hector Marín Naranjo).

Atentamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Fecha ut supra.

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA/ FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL

Es verdad jurídica que en el Derecho colombiano el Estado no responde en los casos en que el juez procede con dolo, fraude o abuso de autoridad, o cuando omite o retarda injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto, o cuando obra determinado por error inexcusable. Así se desprende de los preceptuado en el artículo 40 del C.P.C., que está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25.

El legislador optó por manejar la problemática con la filosofía que informa LA CULPA PERSONAL y no con la que inspira y orienta la FALTA O CULPA DEL SERVICIO. Esta realidad explica que corresponda al juez responder con su propio patrimonio, y por lo mismo, indemnizar el daño. No existe en Colombia un texto legal o constitucional que consagre dicha responsabilidad del Estado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. 5451. Actor: CARMEN ROSA FARFAN. Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE JUSTICIA.

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida el día siete (7) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que declaró no probadas las excepciones propuestas y denegó las súplicas de la demanda por las razones que se precisan en el referido proveído.

Para le mejor comprensión jurídica de todas las circunstancias legales, generales y particulares del caso, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo impugnado. En él se lee:

"La señora CARMEN ROSA FARFAN por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento prevista en el artículo 86 del C.C.A., presentó la demanda ante este Tribunal con el objeto de que previo el trámite del juicio ordinario contencioso administrativo se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1o. La Nación (Rama Jurisdiccional del poder Público y el Ministerio Público) es administrativamente responsable en razón de los *RETARDOS ESCANDOLOSAMENTE INJUSTIFICADOS* en la tramitación y fallo de un proceso penal.

"2o. Que como consecuencia de la declaración anterior, la Nación debe pagar a mi mandante los perjuicios materiales que se demuestren en el proceso o en la etapa subsiguiente a la sentencia por el trámite incidental (Art. 308 C.P.C.).

"Debe pagar también la Nación, los perjuicios morales objetivados que se demuestren en el curso del proceso o en la etapa subsiguiente a la sentencia por el trámite incidental (Art. 308 C.P.C.).

"3o. Debe pagar también, la Nación, los perjuicios morales subjetivados de acuerdo a lo establecido en las diversas jurisprudencias.

"El Honorable Consejo de Estado -Sección Tercera-, ordenará dar cumplimiento a lo preceptuado en los artículos 175 y 176 C.C.A.".

"La demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

"1o. El dia cuatro (4) de octubre de 1979, mi mandnate, señora CARMEN ROSA FARFAN, denunció ante la Jurisdicción Penal (Juzgado de Instrucción Criminal - Reparto) a los señores JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON, representante legal de la Empresa ROLDICHA LTDA., y a los sujetos MANUEL ANTONIO BURBANO MAYORGA Y ALFONSO BERMUDEZ RIVERA por los delitos de FALSO TESTIMONIO y OTROS.

"2o. Pues bien: mi mandante, señora CARMEN ROSA FARFAN, vivía junto con su numerosa familia en un lote de terreno siruado en la calle 100 No. 13-37 de la nomenclatura urbana de Bogotá D.E.

"3o. El mencionado lote lo ocupaba y poseía la señora CARMEN ROSA FARFAN, actora de este proceso, de manera pacífica tranquila, visible, con ánimo de señor y dueño sin reconocer desde luego, propiedad de otra persona o señorío de alguien distinto a ella.

"4o. En el mencionado lote de terreno, la señora CARMEN ROSA FARFAN construyó una vivienda, además de una caseta donde expendía cerveza, gaseosa, comestibles en general y almuerzos.

"5o. Lo reseñado en la última parte del hecho anterior lo llevó a cabo la señora CARMEN ROSA FARFAN, mi mandante, por más de OCHO (8) años.

"6o. De lo anterior se deduce, que la señora CARMEN ROSA FARFAN, tenía su vivienda, muy bien instalada y, de la actividad comercial que desarrollaba derivaba su sustento, el de su familia y, todavía más, de acuerdo a nuestra ley civil, a adquirir la propiedad o dominio sobre el lote por el fenómeno de la posesión tranquila, visible, pacífica, de plena buena fé, sin reconocer a nadie como propietario o dueño.

"7o. Un día, precisamente el 29 de agosto de 1978 (téngase bien presente esta fecha para hechos posteriores y, también para el concepto de las normas violadas), apareció un señor de nombre JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON, formulando querella de parte en acción de amparo posesorio ante la INSPECCION SEGUNDA (2a) B DISTRITAL DE POLICIA, a donde fue citada mi mandante en este proceso.

"8o. Ante la INSPECCION SEGUNDA (2a) B DISTRITAL DE POLICIA, mi mandante, señora CARMEN ROSA FARFAN, demostró de manera fehaciente, clara, precisa, diamantina que era poseedora del lote referido, posesión que ejercía en forma visible, pacífica, tranquila, de plena buena fé, sin reconocer propiedad o dominio de posesión de otra persona, razón por la cual, la acción de amparo posesorio que el señor querellante instauró, *NO PROSPERO*.

"9o. Transcurrió el tiempo, transcurrieron ONCE (11) MESES y mi poderdante, señora CARMEN ROSA FARFAN, siguió ocupando el LOTE mencionado tranquilamente, pacíficamente, visiblemente, de buena fé, sin reconocer dominio, propiedad o posesión de nadie distinto de ella. Ya el señor JEN FRANCOIS RENE DE MONTOSON había vencido en un proceso policivo que se llevó adelante de manera pública, guardando todas las formalidades legales del procedimiento.

"10. Sinembargo, el mismo señor JEAN FRANCOIS RENE MONTOSON, instauró una segunda querella de parte en acción de amparo posesorio sobre el mismo lote y contra la misma persona ONCE (11) MESES después de haber sido oído y vencido en juicio policivo, como ya se dijo en los puntos o hechos 7o. y 8o. de este escrito.

"11. La primera (1a) querella se presentó el 29 de agosto de 1978 y la segunda (2a) querella se presentó el 13 de julio de 1979. Este dato es de suma importancia para observar no solo el proceder del querellante como la actuación de la rama Jurisdiccional del Poder Público ante una prueba de pleno derecho a

la luz del Decreto 992 de 1930, Artículo 15, es decir, los treinta (30) días, contados desde el primer acto de ocupación o desde el día en que tuvo conocimiento el querellante.

"12. La segunda (2a.) querella la presentó el señor JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON, prevalido de dos (2) testigos falsos, testigos que afirmaron bajo la gravedad de juramento en el Juzgado Once (11) Civil del Circuito de Bogotá el día 28 de junio de 1979, es decir diez (10) meses después de haberse presentado la primera querella, que la señora CARMEN ROSA FARFAN, poseía el lote hacía apenas TRECE DIAS (13).

"13. Los testigos fueron citados por el señor JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON, como ya se dijo, para el día 28 de junio de 1979, afirmando los testigos que la señora CARMEN ROSA FARFAN hacia apenas trece (13) días poseía el lote, o sea desde el 15 de junio de 1979 cuando el señor JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON, un año antes había perdido la primera querella sobre el mismo lote, contra la misma persona y por los mismos hechos. Esto se llama delito de falso testimonio, delito de fraude procesal y todos los demás que puedan presentarse contra estos señores inescrupulosos y criminales. Para más adelante cuando me refiera tanto en los hechos como en las normas violados y concepto de la violación haré énfasis, hincapié en la actuación de la rama Jurisdiccional del Poder Público ante la presencia de una prueba de pleno derechho, una prueba documental, difícil de desvirtuar.

"14. A la Segunda querella se le adjuntó el testimonio de estos dos (2) testigos falsos y a mi poderdante, señora CARMEN ROSA FARFAN, se le lanzó del lote.

"15. Fuera de que el lanzamiento se llevó adelante sobre la base de unos testimonios falsos, hay que agregarle todo lo que se realizó, se hizo en la Inspección Segunda (2a.) C de Policia, Inspección que recibió y tramitó la Segunda querella, que a luz del derecho y de la ley actuó de manera muy dudosa.

"16. A propósito, existe un hecho que retrata de cuerpo entero el andamiaje que ponen en ejecución nuestras autoridades cuando quieren congraciarse con determinadas conductas lesivas a la vida, honra y bienes de los ciudadanos y es el acta de cargos que el señor Personero Delegado para la Vigilancia Administrativa dice: "La personería no puede entrar a juzgar disciplinariamente el criterio que tengan los funcionarios sobre si las pruebas dan para lanzar o abstenerse de lanzar. Pero disciplinariamente si juzga éstos aspectos que tocan con la conducta de la doctora LUZ MILA HURTADO DE VELASQUEZ.

"a) Examinó las pruebas para darle razón a la parte demandante, pero no analizó si todas las pruebas habían sido traídas legalmente al proceso. Ese análisis por demás es pobre, no dice de qué criterio (respetable que sea) se

vale para sostener que solamente puede oponerse con un título legal constituido o un contrato de arrendamiento con el dueño, omitiendo las consideraciones referentes a la expresión "PRUEBA" de que se trata el artículo 13 del Decreto 992 que el mismo ponente invoca. Por lo pronto no es cierto que solamente puedan oponerse con éxito quienes exhiban un contrato de arrendamiento con el dueño del inmueble. Y si por este motivo el ponente no aprecia las pruebas que en ejercicio de su derecho exhibe el ocupante, habría falta administrativa consistente en la omisión tanto del estudio de esas pruebas como de su estimación en el fallo.

"b) El ponente indica que con una escritura la parte demandante demuestra la posesión, pero se abstiene del análisis al fondo de las pruebas que vinieran a demostrar que efectivamente la empresa INVERSIONES ROLDICHA LTDA" no solamente era dueña, sino que era poseedora. En ocho englones se hizo fallar al señor Alcalde Mayor sobre un proceso que requería no solamente guardar las formas propias del juicio (Art. 26 de la Carta), sino lo que probatoriamente constituye un verdadero debate, del cual no compete tomar partido a esta fiscalía.

"c) "La segunda instancia no solamente obliga al ponente a estudiar pruebas, sino el expediente en su totalidad.

"La doctora DE VELASQUEZ omitió el análisis propio de un funcionrio a quien se dejó pasar por alto los vicios de ilegalidad de la actuación que incurrió el *a-quo* y que están demostrados:

"1. No podía iniciarse la diligencia de lanzamiento sin notificarse a las personas ocupantes.

"2. No podía, dentro de este procedimiento celebrarse audiencia pública.

" II.- CARGOS

"En este orden de ideas, se hace necesario citar a descargos a los funcionarios para que expliquen:

"La DOCTORA LUZ MILA HURTADO DE VELASQUEZ, por cuanto se limitó a afirmar que los ocupantes no justificaron la ocupación solamente porque presentaton un título, o un contrato de arrendamiento con el dueño, cuando el tenor del Artículo 13 del Decreto 992 de 1930 son admisibles otras pruebas y estas otras pruebas no fueron analizadas para decir por qué si o por qué no servían para justificar la oposición. Igualmente, *deberá explicar los motivos que la llevaron a no estudiar el proceso, pues la existencia de varios vicios de nulidad (falta de notificaciones y vía desviada), indican esa afirmación.* Habría violado el funcionario deberes previstos en el artículo 991 de 1974, Arts. 166, numerales 1o., 3o., 8o. y 11. En concordancia con los artí-

culos 169, numeral 3o. y 171, numeral 5o. y artículo 1º del Acuerdo 10 de 1971.

"LA DOCTORA ANA GRACIELA RUBIO DE TRESPALACIOS, por llegar a la diligencia de lanzamiento sin observar que la providencia y nueva fecha se hubiera notificado en debida forma; no acudir en la primera ocasión a la diligencia pretextando la ausencia de la parte demandante, dilatar el procedimiento con una actuación abiertamente ilegal, testimonios fuera de la diligencia de lanzamiento y simultáneamente con violación a las reglas de la contratación de la prueba; manifiesta despreocupación por adecuar oportunamente el proceso a la vía legal, circunstancias que justifican la investigación por las causales de incompetencia e ilegalidad según el artículo 1º del Acuerdo 10 de 1971, en concordancia con el Decreto 991 de 1974, artículo 166, numerales 1o., 3o., 6o., 8o., y 11, Artículo 189, numeral 3o. y 171 numeral 5o.

"LA SEÑORA CECILIA DE GONZALEZ, por cuanto en su carácter de Secretaria, ha omitido sus derechos propios en las diligencias de notificación personal, constancias secretariales y además notificaciones conforme se ha anotado a lo largo de este proveído.- Ha infringido presuntivamente el Decreto 191 de 1974, Artículo 166 numerales 1o., 3o., 8o., y 11 y Artículo 169, numeral 3o. y Artículo 1o. Acuerdo 10 de 1971.

"III. - RESUELVE:

"PRIMERO: Citar a descargos (orales o por escrito) a las doctoras LUZ MILA HURTADO DE VELASQUEZ y a ANA GRACIELA RUBIO DE TRESPALACIOS.

"Hasta aquí lo conceptuado por el señor Personero delegado para la Vigilancia Administrativa, junto con su pliego de cargos y el llamamiento a descargos.

"17. En vista de todos los hechos narrados en esta demanda, como ya se dijo en el hecho primero de este escrito, repito, el dia cuatro (4) de Octubre de 1979, mi mandante señora CARMEN ROSA FARFAN, denunció ante la Justicia Penal (Juzgado de Instrucción Criminal - Reparto), a los señores JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON, persona que inició la primera y segunda querella y a los sujetos MANUEL ANTONIO BURBANO MAYORGA Y ALFONSO BERMUDEZ RIVERA, por los delitos de FALSO TESTIMONIO Y OTROS;

"18. El denuncio correspondió por reparto al Juzgado Octavo (8o.) de Instrucción Criminal, reparto que se llevó adelante el día 8 de Octubre de 1979, enviándose en la misma fecha al Juzgado de Instrucción Criminal de Usaquén (Reparto), por aspectos de factor territorial. Así lo dejó consignado el Juzgado 8o. de Instrucción Criminal de Bogotá, Juzgado al que correspondió, como ya se dijo, en el reparto efectuado en Bogotá;

"19. En Usaquén, le correspondió al Juzgado 23 de Instrucción Criminal. Este, ordena con fecha 25 de octubre de 1979, las diligencias previas;

"20. Luego, el 29 de octubre de 1979, el Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Usaquén lo devuelve nuevamente al Juzgado 8o. de Instrucción Criminal de Bogotá, aduciendo, también aspectos de competencia territorial;

"21. Aquí encontramos una falla protuberante de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y en plena capital de la República como les parece que un Juez de la capital de la República no conozca a ciencia cierta los límites de su competencia territorial. Comienza a confeccionarse, a tejerse la madeja de las imperfecciones, fallas, omisiones, retardos, etc. cometidos por la Rama Jurisdiccional del Poder Público;

"22. Una vez recibido el negocio por el Juzgado 8o. de Instrucción Criminal de Bogotá, el 31 de octubre de 1979 lo envía al Juzgado Penal Municipal (Reparto), aduciendo el Juzgado 8o. de Instrucción Criminal la competencia por la naturaleza del hecho;

"23. Una vez repartido el negocio en el Juzgado Penal Municipal, le correspondió al Juzgado 10 Penal Municipal;

"24. Una vez recibido, el Juzgado 10 Penal Municipal lo envía al Juzgado Penal Municipal de Usaquén (Reparto), sin observar lo que ya se había definido. Se sigue tejiendo la madeja;

"El Juzgado 23 de Instrucción Criminal de Usaquén, al enviar el proceso a Bogotá, había argumentado válidamente que el lote materia del litigio se encuentra ubicado en el costado sur de la Calle 100 y no en el costado norte, costado norte que si es la jurisdicción de Usaquén;

"25. Como era de esperarse (porque ya estaba definido), el Juzgado de Usaquén, lo envía nuevamente al Juzgado 10 Penal Municipal de Bogotá. La madeja de equivocaciones, fallas, omisiones, retardos etc, continúa;

"26. Por fin, el Juagado 10 Penal Municipal de Bogotá, el día 30 de Enero de 1980, abre la correspondiente investigación, con una demora de 32 días de retardo, ya que lo había recibido del Juzgado Penal Municipal de Usaquén el día 28 de diciembre de 1979. Hay que advertir que los Juzgados de Instrucción Criminal y los Juzgados Penales Municipales no tienen vacancia judicial entre el 19 de diciembre y el 10 de enero. Estos juzgados son permanentes;

"27. Dado el hecho anterior, aquí existe una omisión de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, ya que al tenor del artículo 320 C.C.P., son 10 días para abrir la investigación o para iniciarla; esta es otra falla más, otra omisión más, otro retardo escalndalosamente injustificado;

"28. En febrero 8 de 1980, el Juzgado 10 Penal Municipal ordena la práctica de las pruebas y acepta la demanda de constitución de parte civil;

"29. En el mes de marzo de 1980, el Juzgado 10 Penal Municipal de Bogotá, envía el negocio al Juzgado Penal del Circuito de Bogotá por competencia: Seguimos con la incompetencia, retardos, fallas, omisiones de la Rama Jurisdiccional del Poder Público;

"30. El 19 de abril de 1980, el Juzgado 38 Penal del Circuito (Juzgado al que correspondió el negocio), ordena las pruebas solicitadas, pero, con un mes de retardo, ya que lo había recibido desde el mes de marzo;

"Continuamos con las omisiones, fallas, retardos escandalosamentre injustificados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público;

"31. Hasta el 21 de abril de 1980, es decir, después de SEIS MESES Y MEDIO (6½), se produce la diligencia indagatoria del sujeto JEAN FRÁNCOISE RENE DE MONTOSON; con SEIS MESES Y MEDIO más tarde se producen también las indagatorias de los sujetos que testimoniaron falsamente, mentirosamente;

"Se dice que SEIS MESES Y MEDIO después, ya que el denuncio penal se presentó ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público el día CUATRO (4) de OCTUBRE DE 1979;

"32. En los meses comprendidos entre abril, mayo, junio y julio se practicaron las diligencias propias;

"33. Sorpresivamente, el día 11 de julio de 1980, el Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá, inexplicablemente, cosa que no entiendo un ciego o un mentecato, prifere dizque CESACION DE TODO PROCEDIMIENTO a favor del sujeto JEAN FRANCOISE RENE DE MONTOSON y, respecto de otros sindicados, es decir, de los que testimoniaron falsamente, mentirosamente en beneficio del señor JEAN FRANCOISE RENE DE MONTOSON, decide el Juzgado 38 Penal del Circuito, seguirles la acción penal.

"Utilicé las expresiones sorpresivamente, inexplicablemente, cosa que no entiende un ciego al referirme a la cesación de todo procedimiento en favor del señor JEAN FRANCOISE RENE DE MONTOSON, ya que al tenor del artículo 15 del Decreto 992 de 1930 por lo ya narrado en los hechos 7o., 8o., 9o., 11 y 12, 13, 14, 15, 16, 17, existía una prueba de que en la segunda querella se adjuntaron unos testimonios que falsamente declaraban que la señora CARMEN ROSA FARFAN apenas tenia 15 días, en posesión del inmueble, cuando un año antes ya había demostrado ante el mismo señor en la primera querella la posesión pacífica, tranquila, visible, con ánimo de señor y dueño y sin reconocer propiedad de nadie. Si los testimonios favorecían al señor

JEAN FRANCOISE RENE DE MONTOSON, por qué razón procedió de esta manera la jusitica penal? Pero como este no es el caso específico de esta demanda, sigamos adelante, no sin antes advertir que hago mención de este hecho para que el máximo tribunal contencioso administrativo del país se dé perfecta cuenta cómo administran justicia en nuestro medio subdesarrollado, tropical, exótico;

"34. El apoderado de la parte civil interpone recurso de apelación contra el auto que ordenó cesar todo procedimiento a favor del señor FRANCOIS RENE DE MONTOSON, el Tribunal Superior de Bogotá -Sala Penal- revocó el auto y por lo tanto se siguió la acción penal con el señor JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON como sindicado;

"35. El 3 de noviembre de 1980, la parte civil presenta memorial solicitando pruebas;

"36. Hasta el 5 de marzo de 1981 se decretan las pruebas solicitadas por la parte civil en noviembre 3 de 1980;

"De esta manera seguimos con las omisiones, fallas, retardos escandalosamente injustificados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público;

"37. Transcurrió todo el tiempo necesario para que el Juzgado del conocimiento hiciera lo propio de acuerdo a sus funciones. Transcurrió todo el año de 1981, es decir, desde el 5 de marzo de 1981 y se cumplio la última actuación en este año de 1981;

"38. Hasta el 3 de diciembre de 1982, oígase bien, hasta el 3 de diciembre de 1982, un año después de la última actuación del Juzgado, procede el Juzgado a cerrar investigación: Un retardo más;

"39. El 9 de marzo de 1983, es decir, tres (3) meses después del cierre de la investigación, califican el mérito del sumario, sobreseyendo de manera temporal a los sujetos JEAN FRANCOIS RENE DE MONSTOSON, MANUEL ANTONIO BURBANO MAYORGA Y ALFONSO BERMUDEZ RIVERA;

"Menos mal que ahora por lo menos no ordenan la cesación de todo procedimiento al sujeto beneficiado con los testimonios falsos, mentirosos, sino que lo sobreseen temporalmente, sin tener en cuenta, claro está, la plena prueba en su contra de acuerdo con los hechos 7o., 8o., 9o., 10, 11, 12 y 13 de esta demanda;

"40. El Juzgado competente sigue con la actuación procesal y el día 14 de abril de 1983, ordena la práctica de careos;

"41. En junio 14 de 1983 se lleva adelante el careo entre la señora CARMEN ROSA FARFAN y MANUEL ANTONIO BURBANO. Esta fué la única prueba adelantada en esta instancia;

"42. Tres meses y medio (3½) después de la última actuación, cierran nuevamente la investigación, o sea, el 26 de Septiembre de 1983;

"43. En noviembre 8 de 1983, califican nuevamente el mérito del sumario, profiriendo un segundo sobreseimiento temporal a los sujetos JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON, MANUEL ANTONIO BURBANO y HECTOR ALFONSO BERMUDEZ RIVE;

"44. La parte civil interpone recurso de apelación contra el auto que ordenó sobreseimiento temporal por segunda oportunidad a favor de los sindicados, es decir, contra el auto que califica por segunda vez el mérito del sumario;

"45. El 17 de Noviembre de 1983, el Juez 38 Penal del Circuito concede el recurso de apelación para ante la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá;

"46. El 28 de noviembre de 1983 se envía el negocio a la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, mediante oficio No. 1675;

"47. El 20 de Enero de 1984, la Sala Penal del H. Tribunal Superior de Bogotá, cuando han transcurrido dos (2) meses de haberlos recibido (de haber recibido la apelación), lo fija en lista. De conformidad con el artículo 566 C.P.P. y en razón a que el recurso fue interpuesto por la parte civil, recibido el negocio en el Tribunal Superior, esto es el 28 de Noviembre de 1983, se debió proceder a fijarlo en lista por cinco (5) días. Si tenemos en cuenta la fecha en que llegó el negocio al Tribunal Superior, los días fueron suficientes para que los cinco (5) días en lista y cinco (5) días al señor Fiscal se hubiese producido antes la vacancia judicial. Esos diez (10) días, claro está, hay que agregarle a los días necesarios para los autos y demás trámites formales, pero es que desde el 28 de noviembre de 1983 al 19 de diciembre de 1983 hay 21 días, tiempo suficiente para llenar todo el procedimiento señalado. De esta manera se violó el artículo 566 C.P.P.

"48. Es más; el 3 de abril de 1984, es decir, DOS MESES Y MEDIO (2 1/2) después de haber recibido el señor Fiscal el negocio, conceptúa, teniendo solamente cinco (5) días para hacerlo y no casi tres (3) meses, violando el señor Fiscal, también el artículo 566 C.P.P.

"49. El 23 de noviembre de 1984, un año después de haberse concedido el recurso de apelación y SIETE MESES Y MEDIO (7 1/2) de haber recibido el negocio de Fiscalía, el señor Magistrado sustanciador saca el negocio del Despacho, con la declaratoria de que la acción estaba prescrita.

"El señor Magistrado sustanciador tenía 10 días para fallar. Duró siete meses y medio para hacerlo y después de un "detenido estudio" dijo que la acción estaba prescrita, estando en la obligación de no dejarlo prescribir. La acción según el señor magistrado sustanciador afirma que la acción prescribió el día 28 de junio de 1984, siendo que para esa fecha el negocio ya estaba para el fallo del señor Magistrado sustanciador. El señor Magistrado sustanciador tenía el negocio al Despacho desde el día 3 de abril de 1984, es decir, DOS MESES VEINTICINCO DIAS (2 meses y 25 días) antes de producirse prescrita la acción.

"Fuera de eso, el señor Magistrado sustanciador se demoró cuatro (4) meses más, a partir del día 28 de junio para decir que la acción penal estaba prescrita. La dejó prescribir y se demoró cuatro (4) meses para decirlo. Que falla tan grande. Con estos magistrados administrando justicia, para qué la justicia?

"Tengamos bien presente que el señor Magistrado sutanciador tenía solo diez (10) días para fallar y no siete meses y medio ($7^{1}/_{2}$). Que el señor Fiscal tenía cinco (5) días para dar su concepto y no tres (3) meses, o sea noventa días.

"Siendo excesivamente benévolos, generosos, dilapiladores del tiempo, pongámosle a un proceso penal de esta naturaleza, con todas las incidencias, recursos, traslados, etc. un año y medio, dos años, o dos años y medio para que se produzca su fallo tanto en primera como en segunda instancia, pero nunca cinco (5) años y unos meses. Que aberración tan grande. La denuncia se presentó, como quedó consignado en los hechos el día cuatro (4) de octubre de 1979 y se falló en segunda instancia el día 23 de noviembre de 1984;

"50. Es increíble que esta realidad procesal tan pateticamente demostrada en cada uno de los hechos tenga ocurrencia, tenga un fallo de semejante naturaleza, con términos tan amplios como los que existen o se pueden tomar en relación al trabajo, pero nunca para excederse tantísimo, de manera escandalosa. No es posible que nuestra Rama Jurisdiccional del Poder Público y nuestro Ministerio Público *FACILITEN* la denegacion de justicia por los *retardos, omisiones* tan escandalosamente injustificados en que cayeron, tal y conforme se demostró en los hechos. Pruebas tan de bulto, primero al tenor del artículo 15 del decreto 992 de 1930 y, también, fundamentalmente, la insuficiencia, el retardo escandaloso, injustificado.

"Realmente, de lo que trata esta demanda es de la falla o falta del servicio por las demoras, retardos, insuficiencias injustificadas tanto de la RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PUBLICO y del MINISTERIO PUBLICO como ya quedó anotado al dejar prescribir la acción".

"Como fundamentos de derecho se mencionan las siguientes normas: Artículos 16, 19, 20, 21, 50, 51, 52, 58, 62 y 145, numeral 3, de la Constitución Nacional, artículos 235 y 236 del Código de Régimen Político y Municipal; Decreto 01 de 1984; artículos 2341 y 2356 del Código Civil; Títulos XI, XIV

y XV del Decreto 250 de 1970; artículos 10, 101, 102, 202, 317, 566 y 568 del Codigo de Procedimiento Penal.

"El concepto de la violacion expuesto se puede resumir así: 1o. Que "...nuestra Carta Fundamental consagra como principios los artículos 16, 19, 20, 21, 50, 51, 52, 58, 62 ya que es al Estado a quien incumbe, a quien se le atribuye el deber genérico, permanente, uniforme, ininterrumpido de velar, proteger a todas las personas en su vida, en sus bienes, la obligacion de preservarlos. Cuando el Estado en las diversas ramas en que se divide el poder Público, desarrolla funciones y al desarrollar las funciones cometen hechos, omisiones, retardos injustificados que van en contra de las personas en su vida, en sus bienes, poniéndose de esta manera en contravía, llevándose de calle los principios que informan nuestro desarrollo civilizado contenido en nuestros principios constitucionales se comete o comete el Estado una falla o una falta en el servicio público y, por lo tanto, DEBE responder por los daños causados y como una fenomenología natural y obvia, el Estado están en la obligación de responder, es decir, de indemnizar los daños ocasionados"; 2o. Que el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal dice que la acción penal corresponde al Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente con la colaboración del Ministerio Público. "De esta manera, si la acción penal corresponde al Estado únicamente y al tenor del último inciso del artículo 58 de la C.N., la justicia es un servicio público de cargo de la nación, podemos decir claramente, fehacientemente, que quien cometió el daño fue el Estado, ya que dejó vencer los términos preestablecidos para que se diera el principio de la estricta, pronta y cumplida justicia. Existe, a lo largo de esta demanda la prueba indubitable, clara, precisa del nexo directo, la relación íntima entre el daño causado y la intervención o ausencia de un pronta y cumplida justicia. Enredar y enredar, dejar pasar los términos sin tomar ninguna resolución es denegación de justicia, es ausencia del Estado, es falla o falta del servicio público". 3o. Que el Ministerio Público por intermedio del Fiscal del Tribunal Superior incurrió en retardo injustificado de conformidad con el artículo 145 de la Constitución Nacional y con los artículos 202 y 256 del Código de Procedimiento Penal que traen un término muy preciso -de cinco días- en cuanto a la sustanciación de la segunda instancia; 4o. Que el mismo artículo 566 del Código de Procedimiento Penal fija de manera precisa el término que se tiene para fallar y no el tiempo de siete (7) meses que el Señor Magistrado conductor del proceso en segunda instancia se tomó para emitir el fallo; 5o. Que fue violado el decreto 250 de 1970 en sus Títulos XI, XIV y XV que re refieren a los deberes de los funcionarios y empleados, la vigilancia judicial, el cumplimiento de los deberes de quienes administran justicia y el régimen disciplinario, por cuanto si al administrar justicia y el régimen disciplinario, por cuanto si al administrar justicia se omiten los términos o se retrasa injustificadamente, se produce una falta o falla en el servicio público, en razón a que el Estado actúa a través de ellos, y, por tanto, la responsabilidad no es solo del funcionario sino del ente público; 6o. Se violaron los artículos 235 y 236 del Código

de Régimen Político y Municipal debido a que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida y bienes y si estas autoridades violan y atenta contra claros principios legales debe responder por los daños causados; 7o.- Se violaron los artículos 2341 y 2356 del Código Civil al no proceder la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público dentro del marco de la Constitución y de la ley y dejar pasar los términos de manera escandalosa -cuando el Magistrado fue a fallar la acción -estaba prescrita-. El Estado a través de sus agentes cometió una culpa y por lo tanto está en la obligación de indemnizar a la demandante; 8o.- Se apoya en las sentencias del 28 de octubre de 1976 y en la del 27 de junio de 1995 -Expediente No. 3705-, en las cuales actuó como ponente el Consejero de Estado Doctor Jorge Valencia Arango, sobre la tesis de la responsabilidad del Estado por la falla del servicio, para reclamar la indemnización por los perjuicios, pues considera que existe la relación de causalidad entre esa falla y el daño causado a la demandante.

"La Nación estuvo representada en el proceso por intermedio de apoderado especial designado por el Ministro de Justicia. En la contestación de la demanda dicho apoderado se opuso a los hechos y a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos: 1o. Que los hechos enunciados bajo los numerales 1 al 16 corresponden a diversas actuaciones de carácter personal y administrativo, los cuales no son fundamento de acción ante el contencioso administrativo, como lo determina el artículo 82, inciso 3o., del C.C.A.; 2o.- Que los hechos descritos bajo los numerales 17 al 50 describen y enmarcan la actividad de funciones jurisdiccionales. Es la acción, ejecución y desarrollo de funciones eminentemente jurisdiccionales que como Jueces y Magistrados les impone la ley y una eventual responsabilidad con ocasión del ejercicio de funciones jurisdiccionales corresponde exclusivamente al propio funcionario y su trámite o proceso deberá adelantarse tal como lo determina el Código de Procedimiento Civil.

"En el mismo escrito de contestación de la demanda propone las excepciones de incompetencia e inexistencia de la obligación, en los siguientes téminos:

"Expresamente el Código de Procedimiento Civil consagra en sus artículos 40, 25 y 26 la competencia exclusiva, para los eventos en los cuales los Magistrados y Jueces sean responsables por los perjuicios ocasionados a las partes, en el ejercicio de sus actividades o función jurisdiccional.- Por ello se observa, que acciones en ejercicio de funciones jurisdiccionales como el dolo, el fraude o el abuso de autoridad, cuando se omitan o retarden injustificadamente providencia o se observen errores inexcusables causando perjuicio a las partes serán razones para iniciar el proceso ordinario por responsabilidad personal del (os) funcionario (os). En los hechos de la demanda y en las pretensiones, se enuncian solamente omisiones y retardos de los funcionarios en ejercicio de sus funciones y la tramitación y fallo del proceso penal. Es por ello que toda irregularidad del servicio y de parte de los funcionarios

judiciales bajo los criterios expuestos, debe ser responsabilidad personal, más no de la administración por estipulación legal".

"Dentro del término de traslado las partes presentaron alegatos de conclusión.

"El apoderado de la parte actora expone, en síntesis lo siguiente: 1o. Que en la contestación de la demanda se dice que los hechos de la demanda deben demostrarse y en el proceso contencioso administrativo obra el expediente penal en el que constan cada uno de los hechos enumerados; 2o. Que no se está demandando la providencia dictada en el juicio policivo de carácter civil; 3o. Que el Título VII del C.C.A., se refiere a la responsabilidad de los funcionarios, en los actos y hechos que dan lugar a la responsabilidad correcta. Que está demandando las demoras escandalosamente injustificadas por parte de la administración de justicia en el trámite y fallo sin fallo en un proceso penal. Que el artículo 77 del C.C.A. trata de la responsabilidad de la Nación o sus entes por la falla en el servicio cuando se causa perjuicio por culpa grave o dolo de alguno de sus funcionarios; 4o. Que no está discutiendo la soberanía del Estado ni la autoridad de cosa juzgada que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales, sino las demoras, los retardos escandalosamente injustificados cometidos por los jueces, por un Magistrado y por el Señor Fiscal del Tribunal Superior, para lo cual se pueden analizar dos jurisprudencias del Consejo de Estado anteriores en las setencias del 27 de octubre de 1972 y del 31 de julio de 1976, Sección Tercera, Expediente No. 1808 - Agrega que este Tribunal aprobó en Sala Plena una Sentencia con ponencia del Magistrado Jairo López Morales que tiene íntima relación con el tema Planteado; 5o. Que en cuanto a la excepción planteada por la parte demandada, denominada incompetencia o inexistencia de la obligación, se debe tener en cuenta que una cosa es la incompetencia y otra es la inexistencia. Y la competencia si está radicada en la jurisdicción contencioso administrativa; la llamada inexistencia de la obligación no está de acuerdo con lo que establecen las normas que citó como fundamentos de derecho de la demanda y, por tanto, la obligación si existe y la demanda fué presentada en tiempo.

"El apoderado de la Nación en lo fundamental reitera los planteamientos expuestos para sustentar las excepciones propuestas.

"La señora Fiscal Segundo de la Corporación en su concepto de fondo expresa lo siguiente: "Realizado el estudio del presente proceso encuentra la Fiscalía que ha de observarse el hecho de tratar de deducírsele responsabilidad por una función jurisdiccional a la Nación, por retardo en la tramitación del proceso penal, pero ha sido reiterativa la jurisprudencia en el sentido de afirmar que el Estado no es responsable por razón de la administración de justicia. Que los perjuicios que puedan causarse a los particulares los debe indemnizar el funcionario y no el Estado. Pero aún haciendo caso omiso puede intentarse acción contra el Estado, en este negocio serían nugatorias las pretensiones de demandante, pues, no se acusa el acto del funcionario que causó el perjuicio

de la demandante, ni se indica el perjuicio sufrido, ni tampoco se prueba dicho perjuicio dentro del proceso. De suerte que para ordenar una indemnización de perjuicios es necesario la declaratoria de nulidad del acto que los produjo, pero esto último, se repite no es procedente, en el caso objeto de estudio, por tratarse de una actuación jurisdiccional, - Además, es necesario recordar que, para tener derecho a la indemnización, por parte el Estado, por la falla del servicio, forzosamente es necesario que se presenten los siguientes requisitos: 1o. Una falta o falla en el servicio por parte de la Administración Pública, por acción u omisión.- 2o. Un daño o perjuicio, cierto, determinado o determinable, que consiste en la lesión de un bien jurídicamente protegido.- 3o. Una relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño. Como en la demanda se pretende que la Nación sea condenada a indemnizar los perjuicios que la demandante recibió por el retardo en la tramitación de un proceso penal, cabe esclarecer si están probados los hechos en que fundamenta la acción, y, más concretamente, los anteriores supuestos determinantes de la responsabilidad extracontractual del Estado. Aún cuando, ciertamente, se ha probado el retardo de la jurisdicción penal en la tramitación del proceso, a que se refiere la actora en su demanda, es necesario destacar la falta de prueba del perjuicio que se le ocasiono a la demandante por el retardo en el diligenciamiento del proceso penal; no se encuentra demostración alguna de este elemento en el expediente, en consecuencia y como corolario de lo anterior, no se puede afirmar la exsitencia o cumplimiento del tercer elemento o relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño, razón por la cual esta Fiscalía se permite solicitar al H. Tribunal negar las pretensiones de la demanda".

"Al proceso se le dio el trámite legal correspondiente y como no se observa causal alguna de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver, previas las siguientes

"CONSIDERACIONES:

"Se debe definir en este proceso si la Nación es responsable administrativamente por el retardo de la administración de justicia en adelantar el proceso penal iniciado con base en la denuncia formulada por la demandante el 4 de octubre de 1979 y en la cual figuraron como sindicados JEAN FRANCOIS RENE DE MONTOSON, MANUEL ANTONIO BURBANO MAYORGA Y ALFONSO BERMUDEZ RIVERA, por los delitos de falso testimonio y otros y especialmente en cuanto a que ello dio lugar a que encontrándose el expediente en el Tribunal Superior de Bogotá -Sala Penal- se declarara la prescripción de la acción penal.

"Como el apoderado de la Nación -Ministerio de Justicia- propuso las excepciones de incompetencia e inexistencia de la obligación, la Sala se pronuncia,

en primer término, sobre ese particular. Al respecto para desestimar la inexistencia de la obligación basta señalar que ésta en realidad no es una excepción sino un medio de defensa, pues no constituye un hecho impeditivo o extintivo de la obligación. Y en cuanto a la excepcion de incompetencia tampoco prospera por cuanto se apoya en la consideración de que los artículos 4º, 25 y 26 del Codigo de Procedimiento civil en forma expresa consagra la competencia exclusiva para los eventos en los cuales los Magistrados y los Jueces sean responsables por los perjuicios ocasionados a las partes en el ejercicio de sus actividades o función jurisdiccional, mediante la iniciacion de proceso ordinario por responsabilidad personal del funcionario. Este previsión normativa no incide en la competencia de este Tribunal para pronunciarse sobre las peticiones de la demanda, pues la demandante ejercita la acción de reparación directa y cumplimiento apoyada en el planteamiento de una falla del servicio de la administración de justicia, y, por tanto, debe emitir un pronunciamiento de fondo. Otra cosa distinta es que precisamente por los planteamientos del apoderado de la parte demandada se pueda llegar a la conclusión en el sentido de que las peticiones de la demanda no pueden prosperar.

"Al entrar en el fondo del asunto se advierte que evidentemente la narración cronológica que en la demanda se hizo de las distintas actuaciones adelantadas en el proceso que por competencia le correspondió al Juzgado 38 Penal del Circuito de Bogotá coincide con lo efectivamente ocurrido en el mismo. En efecto, al proceso se allegaron fotocopias autenticadas del expediente penal y mediante su examen se observa las siguientes principales actuaciones: a) El 4 de febrero de 1979 se presentó la denuncia por la señora Carmen Rosa Farfán; b) El 31 de enero de 1980 se dictó auto cabeza de proceso por el Juzgado Décimo Penal Municipal de Bogotá; c) El 5 de marzo de 1980 el Juzgado Décimo Penal Municipal ordenó enviar las diligencias por competencia al Juzgado 38 Penal del Círculo de esta ciudad; d) El 19 de abril de 1980 se señalaron fechas por el Juzgado 38 Penal del Circuito por las indagatorias de Jean de Montonson, Manuel Burbano y Héctor Bermúdez, quienes efectivamente las rinden, en su orden, los días 21, 23 y 24 del mismo mes y año; e) Mediante auto del 11 de julio de 1980 se ordenó la cesación de procedimiento respecto de Jean Rene de Montoson Frontier y no la ordena respecto de los otros sindicados; f) Por auto del 11 de marzo de 1983 se sobreseyó, temporalmente a los sindicados; g) Por auto del 8 de noviembre de 1983 el Juzgado 38 Penal del Circuito sobreseyó temporalmente por segunda vez a los sindicados; h) El Tribunal Superior de Bogotá en Sala de decisión penal y mediante auto del 23 de noviembre de 1984 se abstuvo de pronunciarse respecto del segundo sobreseimiento temporal y en su lugar declaró que la acción penal se encontraba prescrita, ordenando como consecuencia de lo anterior la cesación de procedimiento en favor de los sindicados.

"Así mismo es fácil establecer que ciertamente el vencimiento del término de prescripción ocurrió cuando el expediente se encontraba en el Tribunal

Superior de Bogotá, pues, según la mencionada providencia, los hechos ocurrieron en junio de 1979 y la prescripción se presentó en junio de 1984, es decir cuando el expediente se encontraba al Despacho del Magistrado Ponente, por cuanto había pasado en abril 3 de ese año con concepto fiscal.

"Se plantea, pues, un punto relacionado con la responsabilidad de la Nación por la falla en el servicio de la administración de Justicia. Sobre el particular se tiene la tesis predominante según la cual, por regla general, no existe la responsabilidad el Estado por razón de la administración de justicia, con el argumento de que los asociados deben asumir su riesgo, la carga pública, como una retribución por los servicios que el mismo les presta. Esta tesis tiene su plena operancia en relación con la falla de la administración de justicia por el error judicial, por cuanto en ese caso se considera que se encuentra de por medio el principio de la cosa juzgada que convierte determinadas providencias judiciales en definitivas e inmutables, con efectos en la eficacia y seguridad jurídicas. En este sentido el Consejo de Estado se ha pronunciado por intermedio de su Sección Tercera en varias oportunidades, entre otras en las sentencias de fechas 14 de febrero de 1980, -Expediente número 2367-, 5 de mayo de 1981 -Expediente No. 2462- y del 14 de junio de 1984 -Expediente No. 2584- las dos primeras con ponencia del doctor JORGE VALENCIA ARANGO y la tercera con la del Doctor JOSE ALEJANDRO BONIVENTO. En la primera providencia se expresó lo siguiente:

"5. En efecto, si bien la necesidad de obtener justicia en cada caso aconseja no limitar los recursos judiciales ni impedir que sucesivas inteligencias (apelaciones) o simultáneamente varias inteligencias (jueces, colegiados) examinen la justicia de la decisión jurisdiccional, todo ello sobre el supuesto sabio de que *humanae est errare*, tambien sea cierto que la seguridad juridica en el comercio de los hombres es presupuesto ineludible del orden jurídico y la paz social, primordial objetivo de la decisión jurisdiccional que justifica, por sí misma, la existencia y protección de la cosa juzgada, aún a riesgo de sacrificar algunas veces la justicia a cambio de la Seguridad Social y respaldada por el principio de que no es fatal que el primer juez se equivoque ni absolutamente cierto que el segundo acierte siempre.

"Lo anterior, hace que se tome el "error judicial común" el simple "error humano" del juez, como el sacrificio que hace el individuo a cambio de la seguridad jurídica, de la paz y de la tranquilidad que le ofrece el Estado como personero legal de la Nación".

"Por ello, el "error judicial", no compromete la responsabilidad del Estado, es un riesgo a cargo del administrado, es una carga pública a cargo de todos los asociados.

"6. Y es que otra conclusión distinta acabaría con la organización jurisdiccional, con la autonomía y especialidad de las jurisdicciones y crearía el caos al desquiciar la confianza pública depositada en la decisión judicial. Piénsese

lo grave que sería para esta Sala, por ejemplo, examinar la decisión de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para determinar si la afirmación sobre la modalidad de la violación legal y concepto de la misma, anduvo acertada la Corte, o, por el contrario al rechazar el acervo por defectos de técnica casacional, incurrió en la falla del servicio y comprometió la responsabilidad del Estado.

"7. Más, cuando tal error ya no es el común del Juez-Hombre sino que responde a la noción de "error inexcusable" "error grosero o implica dolo, fraude o abuso de autoridad, entonces es el Juez personalmente, quien debe responder por los perjuicios que cause a tenor de los artículos 25 y 40 del C. de P.C.

"La doctrina y la jurisprudencia si ha aceptado por excepción la responsabilidad de la administración por falla en el servicio de administración de justicia, más no por error judicial, sino en los eventos en que los organismos o funcionarios encargados de administrar justicia expiden actos administrativos en ejercicio de sus funciones o cuando incurren en hechos u omisiones no derivados propiamente de una decisión judicial, sino de la actividad administrativa de la justicia, como ocurrió, en un caso en que se extraviaron en un despacho judicial unos titulos de depósito, en el cual el Consejo de Estado por intermedio de su Sección Tercera expresó, precisamente en la sentencia de 31 de julio de 1976 -citada por el apoderado de la demandante- elaborada con ponencia del Dr. Alfonso Castilla Saiz y proferida en el proceso de que fue actora la Sociedad Samper Moscoso y Compañía Limitada, lo siguiente: "En un caso exactamente igual al presente, esta Corporación en sentencia de fecha 10 de noviembre de 1967, con ponencia del señor Consejero Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, expediente 867, dijo lo siguiente, aplicable al caso de autos: Indudablemente el título fue sustraído, y fue falsificado el oficio", pero como lo primero implica un mal servicio administrativo, que es en el caso el mal servicio de la administración de justicia, que dio a conocer así no solo la falta de seguridad en las oficinas sino también la despreocupación de los funcionarios, la Nación debe responder, porque es la persona que presta ese servicio. "La administración de justicia culmina en las decisiones jurisdiccionales, pero se ejercita a través de una sucesión de actos, varios de ellos de carácter administrativo, y simplemente de ese carácter, los que pueden aparejar la responsabilidad estatal. Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de las sociedades y también dogma político, y otra cosa son ciertos actos que cumplen los jueces en orden a definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente como en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad. La Sala desea agregar unas breves consideraciones al respecto. No es este el primer caso en que la Nación es condenada al pago de perjuicios por hechos de esta naturaleza, provenientes unas veces por la inseguridad en que se mantienen los despachos judiciales y otras por neg-ligencia de sus empleados.

"Otra modalidad de la falla del servicio de administración de justicia es la propuesta en este proceso. Aquí se trata de señalar la responsabilidad del Estado en razón del retardo en la administración de justicia. En principio, el Estado debe procurar que el servicio público, de la justicia sea eficaz, en el sentido de que la intervención judicial no solo constituya una garantía para los ciudadanos que acuden en busca de la solución de los conflictos sino que las decisiones se adopten con rapidez y agilidad. Pero ocurre que, por regla general, en nuestro medio la administración de justicia no es rápida, sino lenta y demorada, las más de las veces en razón a que el Estado no provee los mecanismos, los recursos y el personal suficiente para que se pueda cumplir ese laudable propósito. Es, pues, normal que asuntos sometidos a consideración de los jueces no tengan la solución dentro de los términos previstos en los respectivos Códigos de Procedimiento, mas ello no significa que el Estado deba entrar a responder en todos los casos en que por retardo en la prestación del servicio se cause un perjuicio al usuario, pues en esta situación también entra a operar la consideracion de que los ciudadanos deben asumir los riesgos, la carga pública, como una retribución por los servicios que el Estado les ofrece. Y cuando esa demora, el retardo en una decisión, rebasa los límites normales para la adopción de la misma y causa un daño, el ciudadano que ha solicitado el servicio de justicia tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria civil en demanda de responsabilidad contra el Magistrado o Juez que incurrió en la omisión o retardo injustificado. Así lo preve el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, no solo para esa omisión o retardo injustificado en dictar una providencia o en elaborar el correspondiente proyecto, sino también en los eventos, en que los funcionarios proceden con dolo, fraude o abuso de autoridad o "cuando obren con error inexcusable, salvó que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recursos que la parte dejó de interponer".

"De modo que el planteamiento expuesto por el apoderado de la parte actora en el sentido de que la responsabilidad por los perjuicios ocasionados en ejercicio de actividades o de la función jurisdiccional del funcionario que haya incurrido en la irregularidad para lo cual se debe acudir al proceso ordinario, resulta válido, aunque no -como ya se anotó- desde el punto de vista de la incompetencia de este Tribunal.

"Ahora, esta Corporación en oportunidades anterior no ha declarado la responsabilidad del Estado por demoras o retardos en la adopción de decisiones judiciales. Se pronunció sí esta Sala en sentencia de fecha julio 30 de 1985 -Expediente No. 84-D-1692-, elaborada con ponencia del Magistrado Doctor Jairo López, y a la cual parece referirse el apoderado de la actora en el alegato de conclusión, en relación con la denegación de justicia para aceptarla teóricamente y negarla en el caso concreto bajo la consideración de que no se reunieron los requisitos para acceder a las peticiones de la demanda.

"Como se ha procedido a demandar la responsabilidad de la Nación por las demoras ocurridas en el proceso penal y que dieron lugar a la declaratoria de prescripción de la acción penal, la conclusión es la de que resulta improcedente entrar a examinar si efectivamente hubo o no irregularidades, pues ni en uno ni en otro caso se puede configurar la falla del servicio para efectos de la reunicon de los tres elementos de la responsabiliad. En consecuencia, la Sala de acuerdo con la Señora Fiscal, se pronuncia en el sentido de que no se puede consagrar la responsabilidad de la Nación por falla en el servicio de administración de justicia originada en la demora o retardo para proferir providencias judiciales". (folio 65 a 86 Cdno No. 1).

-II-
SUSTENTACION DEL RECURSO

A folios 95 y ss.ss. del Cuaderno Nro. 1 aparece el escrito en que el procurador judicial de la parte demandante hace sus valoraciones jurídicas y fácticas orientadas a defender la perspectiva desde la cual él ha estudiado el caso. En él se detaca:

"*FUNDAMENTO*

"Debo aclarar, para empezar a desarrollar este recurso, que la señora CARMEN ROSA FARFAN no está demandando ante la Honorable Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo, *EL FALLO* que produjo la Jurisdicción Ordinaria, en caso, la Penal, *sino* que está demandando las *DEMORAS ESCANDALOSAMENTE INJUSTIFICADAS* en que incurrió la Jurisdicción Ordinaria lo mismo en las que incurrió el Ministerio Público.

"Reconozco plenamente que los fallos se deben respetar y es obligación, deber de todo el conglomerado social respetarlos. También, que el litigio es un riesgo que debe soportar el administrado como contraprestación al servicio que el Estado le presta, así no existan Compañías de Seguros, que amparen ese riesgo. Esto último también lo acepto pero sesgadamente, respetándolo, claro, integralmente.

"Si aceptáramos la hipótesis de que el administrado debe soportar el riesgo como contraprestación al servicio que el Estado le presta, también podíamos voltear la hipótesis y decir que el Estado debe soportar el riesgo del mal comportamiento del administrado como contraprestación a lo que el administrado paga para que el Estado lo administre. Sería, entonces, una serie de justificaciones mutuas, es decir, el Estado pide contraprestación por el servicio y el ciudadano contraprestación por la paga.

"Esto, desdibuja definitivamente el concepto, la idea de Estado, aniquila en una palabra la existencia del Estado, cayendo, por consiguiente en la anarquía, en el nihilismo total.

"También, el Estado existe, porque el administrado existe. Si no existe el administrado, el Estado no existe.

"Una contraprestación real y cierta es que el administrado existe para que el Estado actúe dentro de los límites que el administrado y el mismo Estado han fijado, para que el Estado cumpla los fines que justifiquen su existencia. El ciudadano fija los límites en la promulgación de las leyes. La Ley, dice es una manifestación de la voluntar popular. (Ley 153 de 1887). Aquí está haciendo parte activa del Estado el ciudadano. La contraprestación de la existencia activa del administrado debe ser la contraprestacion del Estado al ciudadano.

"El gran maestro Rousseau llama esto la delegación en cascada, es decir, cada ciudadano es poseedor de la soberanía que la delega al Estado para que el Estado lo administre. Pero para que el Estado lo administre bien, porque si no lo hace bien, para que, entonces delega?

"Claro que existen errores, yerros que pueden ser culpas, delitos. Pero como así el administrado responde por las culpas o los delitos, el Estado, y con una responsabilidad mayor, debe responder por los delitos o culpas que comete. El Estado como tal no puede arrogarse por si ante si una exculpación que lo eximan de responsabilidad. Si así es, se trata de un Estado irresponsable. Un Estado irresponsable no es justo que exista. Un Estado que dilapide, derroche la confianza que el administrado ha puesto en él, no un Estado que abuse, que haga uso indebido de la confianza que el administrado ha puesto en él, es un Estado que no merece existir, o si quiere existir debe ser castigado, sancionado por irresponsable. El Estado tiene mayoría de edad; si el Estado no tiene mayoría de edad no puede gobernar a ciudadanos mayores de edad.

"El Honorable Consejo de Estado, en numerísimas jurisprudencias ha definido muy bien lo que debe ser el Estado. Realmente, se está demandando por las demoras escandalosamente injustificadas en que cayó la Rama Jurisdiccional del Poder Público y del Ministerio Público en el trámite de un proceso Penal. No estoy demandando, vuelvo a decir el fallo. No.

"Resulta, Honorables Magistrados, que la Ley fija previamente unos términos dentro de los cuales se debe cumplir una actuación judicial. Dentro de esos términos debe existir un fallo, una decisión. En el caso que nos ocupa, cuando la decisión o el fallo se produjo, prescribió la acción penal. Y la acción penal prescribió en el Despacho del Honorable Magistrado de la Sala Penal del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Tanto el denuncio como la actuación de la parte civil dentro del proceso penal se cumplieron en tiempo, es decir, sobre la ocurrencia de los mismos hechos. Si la prescripción se da porque el denuncio se presenta tardíamente, pues vaya y venga. Aquí existió todo lo contrario.

"Es escandaloso lo que publican los medios de comunicación (Hablados, escritos, televisivos) sobre la prescripción de las acciones penales en nuestro

medio Colombiano. Es el momento en que el Honorable Consejo de Estado tome una posición al respecto. El Estado Colombiano se irá depurando paulatinamente si la justicia colombiana toma cartas concretas en este asunto de las prescripciones de las acciones penales. Cómo es posible que se denuncie a personas conocidas dentro del proceso, es decir, que no se pierda tiempo en buscarlas, que el Código de Procedimiento Penal establezca unos términos (que entre otras cosas los términos son de orden público) para que el proceso tenga su trámite normal y que las demoras escandalosamente injustificadas hagan prescribir la acción penal?

"Un riesgo, como su palabra lo indica, es algo incierto, algo sometido al azar, o lo que es lo mismo, puede suceder o no. Cómo puede ser azar, suceder o no lo que está dicho en un Código? Lo que está dicho en un Código es algo tangible, concreto que existe. Los términos que están en un Código no pertenecen al mundo de azar. No. Luego esos términos deben cumplirse.

"Bueno, pero se puede decir que la cantidad de proceso, que el trabajo excesivo, que el tiempo no alcanza, etc. Eso lo debe prever el Estado. Para qué, entonces, el concepto de planificación? Para qué la Reforma Constitucional, por ejemplo de 1968, que introdujo en Colombia el avance y desarrollo de la planeación? Es que la llamada élite tecno-burocrática no ha percibido que hacen falta jueces y magistrados y el Estado no los provee es porque el Estado está fallando. Si el Estado está fallando hay falta o falla en el servicio.

"Ya es el momento que la Honorable Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo se pronuncie de manera valerosa y audaz como en tantísimas ocasiones lo ha hecho, especialmente en materia de falta o falla en el servicio. Toda la Nación Colombiana espera muchísimo de sus jueces.

"Las normas que invoqué en la demanda. El concepto de la violación que en la demanda invoqué los repito en este recurso. Nuestra Constitución Nacional y el mismo Código Contencioso Administrativo dejan muchísimo campo de acción para la jurisprudencia. Justiniano en sus INSTITUTAS define la jurisprudencia como: *Divinarum atque humanorum rerum notitia, justiatque injusti scientia.* (Conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto).

"La jurisprudencia la produce el jurisconsulto. En la Antigua Roma se le daba este nombre al especialista, al conocer del Derecho, y viene del latín JURISPRUDENTES Y JURISCONSULTI.

"Espero que el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Tercera-, acceda a mi petición, despachando favorablemente las pretensiones de la demanda, REVOCANDO en todas sus partes la setencia de primer grado.".

-III-
VISTA FISCAL

La Fiscal Segundo de la Corporación, en su concepto de fondo, visible a folios 102 y siguientes del Cuaderno Nro. 1, bajo el rubro CONSIDERACIONES, anota:

"El inciso 3o. del artículo 58 de la C.N. preceptúa, que la justicia es un servicio público a cargo de la nación, servicio básico o primario. El artículo 40 del C.P.C. señala taxativamente las responsabilidades del juez, por los perjuicios que causen a las partes.

"En el numeral 2o. del artículo último mencionado, se tiene la siguiente causal" "Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto", caso en el cual debe comprobarse la conducta culposa del funcionario. Por el contrario en la falla del servicio, la falta de que se trata es la funcional y no la personal y en el caso de su comprobacion surge la responsabilidad contractual de la administración.

"Las fallas en la prestación del servicio judicial ha tenido un desarrollo legislativo conforme al cual la responsabiliad es personal del funcionario y no del Estado. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reiterativa al no admitir la responsabilidad del Estado por actuaciones de índole jurisdiccional.

"Dice el apelante que no está demandando ante esta jurisdicción el fallo producido por la jurisdicción ordinaria. En este aspecto tiene razón el memorialista, pues la decisión jurisdiccional que invoca como causante del daño, no puede ser objeto de revisión por esta jurisdicción.

"En cuanto a la demora en la actuación judicial, la misma está contemplada como causal de responsabilidad personal del Juez, en el artículo 40 numeral 2o. del C.P.C. Dicho artículo en su numeral 3o. inciso 2o. determina cuál es el procedimiento que debe seguirse para que se declare la responsabilidad del Juez y el término para presentarse la respectiva demanda.

"Al estar en presencia de una falta personal y no anónima o funcional de la Administración, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la Honorable Sala, se confirme la providencia apelada.

-IV-
CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La Sala procede a examinar el caso sometido a su estudio a la luz de la perspectiva que maneja el apoderado de la parte actora, esto es, por "...los retardos, omisiones, negligencias escandalosamente injustificadas por parte de la RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PUBLICO Y DEL MINISTERIO PUBLICO en la tramitación y fallo de un Proceso Penal", como se precisa por él en el inicio

de su demanda, problemática que los doctrinantes presentan en sus tratados bajo el rubro "ANORMAL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA". La Sala procede así porque tanto en la demanda, como en el alegato, presentado ante el *ad-quem*, el citado prodirador judicial es claro en fijar ese punto de vista. Así, en éste último escrito, destaca:

> "Debo aclarar, para empezar a desarrollar este recurso, que la Señora CARMEN ROSA FARFAN no esta demandando ante la Honorable Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo *EL FALLO* que produjo la jurisdicción Ordinario, en caso, la Penal, *sino* que está demandando las *DEMORAS ESCANDALOSAMENTE INJUSTIFICADAS* en que incurrió la Juris- dicción Ordinaria lo mismo en las que incurrió el Ministerio Público...la ley fija previamente unos términos dentro de los cuales se debe cumplir una actuación judicial. Dentro de esos términos debe existir un fallo, una decisión. En el caso que nos ocupa, cuando la decisión o el fallo se produjo, prescribió la acción penal. Y la acción penal prescribió en el Despacho del Honorable Magistrado de la Sala Penal del Honorable Tribunal del Distrito Judicial...Es escandaloso lo que publican los medios de comunicación (Hablados, escritos, televisivos) sobre la prescripción de las acciones penales en nuestro medio Colombiano. *Es el momento en que el Honorable Consejo de Estado tome una posición al respecto. El Estado Colombiano se irá depurando paulatinamente si la justicia colombiana toma cartas concretas en este asunto de las prescripciones de las acciones penales. Cómo es posible que se denuncie a personas conocidas dentro del proceso, es decir, que no se pierda tiempo en buscarlas (que entre otras cosas los términos son de orden público) para que el proceso tenga su trámite normal y que las demoras escandalosamene injusticadas hagan prescribir la acción penal...*" (Subrayas de la Sala).

B) Como lo destaca muy bien la Fiscalía, en su concepto de fondo, es verdad jurídica que en el derecho colombiano el Estado no responde en los casos en que el juez procede con dolo, fraude o abuso de autoridad, o cuando omite o retarda injustificadamente una providencia o en correspondiente proyecto, o cuando obra determinado por error inexcusable. Así se desprende de lo preceptuado en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, que está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 25 de la misma obra, en los cuales se lee:

> "ARTICULO 40. Responsabilidad del Juez. Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen las partes, en los siguientes casos:
>
> "1. Cuando proceden con dolo, fraude o abuso de autoridad.
>
> *"2. Cuando omitan o retarden injustificamente una providencia o el correspondiente proyecto.*
>
> "3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

"La responsabilidad de este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1 y 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron. "En caso de absolución del funcionario demandado, se impondra al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos.".

"Artículo 25. Competencia funcional de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala de Casación Civil 1...2...3...4...5...6. De los procesos de responsabilidad de que trata el artículo 40, contra los Magistrados de la Corte y de los Tribunales cualquiera que fuere la naturaleza de ellos".

También el Decreto 1888 de 23 de agosto de agosto de 1989, reafirma la anterior perspectiva al consagrar:

"Artículo 9º. Son faltas de los funcionarios y empleados contra la eficacia de la administración de justicia... b) Omitir o retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo o el trabajo que determine la ley o los reglamentos de la oficina, o dejar vencer sin justa causa los términos sin la actuación correspondiente".

Dentro del marco legal anterior fácil es concluír que el legislador optó por manejar la problemática que se recoge en el citado articulado con la filosofía que informa LA CULPA PERSONAL y no con la que inspira y orienta la FALTA O CULPA DEL SERVICIO. Esta realidad explica que corresponda al Juez responder con su propio patrimonio, y, por lo mismo, indemnizar el daño. No existe en Colombia un texto legal que a la manera de lo preceptuado en la ley francesa de 5 de febrero de 1972, manda:

"La responsabilidad de los jueces por razón de sus faltas personales está regulada por el estatuto de la magistratura en lo concerniente a los magistrados del cuerpo judicial ...*El Estado garantiza a las víctimas de los daños causados por las faltas personales de los jueces y otros magistrados, sin perjuicio de su acción contra éstos últimos*

Brilla también por su ausencia un texto constitucional que tenga el alcance del artículo 121 de la Constitución Española de 1978 que dispone:

"Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de justicia daran derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.".

La realidad normativa que se deja expuesta sería suficiente para confirmar el fallo impugnado, pero dada la importancia del asunto, la Sala desea hacer algunas

consideraciones marginales sobre el mismo, con el fin de darle fuerza de convicción a la sentencia.

C) Es verdad que el Consejo de Estado, en casos excepcionales, que se recogen en buena parte en la jurisprudencia citada por el *a-quo*, ha aceptado la responsabilidad de la administración por UN MAL SERVICIO ADMINISTRATIVO, como ocurre por ejemplo cuando de los despachos judiciales se sustraen títulos y se falsifican oficios, pues en tales circunstancias bien puede hablarse de una actividad no jurisdiccional imputable al servicio judicial. Esto explica que en el fallo de 10 de noviembre de 1967, dictado dentro del proceso No. 867, con ponencia del Dr. Gabriel Rojas Arbeláez, se precisara.

> "Una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada, presupuesto fundamental de las sociedades y también dogma político, *y otra cosa son ciertos actos que cumplen los jueces en orden de definir cada proceso, los que no requieren de más que de la prudencia administrativa*. Por eso cuando con esos actos se causan daños, haciéndose patente como en el caso en estudio, el mal funcionamiento del servicio público, es ineludible que surja la responsabilidad ...No es este el primer caso en que la Nación es condenada al pago de los perjuicios por hechos de esta naturaleza, *provenientes unas veces por la inseguridad en que se mantienen los despachos judiciales y otros por negligencia de sus empleados*". (Subrayas de la Sala).
>
> Queda, así bien en claro, que la responsabilidad por el mal funcionamiento judicial se ha venido aceptando en Colombia en forma excepcional.
>
> Es verdad que el derecho y en particular el administrativo, se ha formado, tanto en Francia como en Colombia, a golpes de jurisprudencia, llenando los jueces los espacios intersticiales que deja la normatividad. Infortunadamente, y en casos como el presente, es la misma ley la que no deja ir más allá de la llamada justicia legal, pues como bien lo enseña GMELIN, 'La voluntad del Estado, expresada en las decisiones y sentencias, es la de efectuar una determinación justa por medio del sentido subjetivo de Justicia inherente en el Juez, guiado por una efectiva valoración de los intereses de las partes, a la luz de las opiniones generalmente predominantes en la comunidad en lo tocante a las transacciones como las en cuestión. Tal determinación debe estar, en todas las circunstancias, en armonía con las exigencias de la buena fe en el intercambio comercial y las necesidades de la vida práctica. *A MENOS QUE UNA LEY POSITIVA LO IMPIDA*: y al valorar los intereses en conflicto, el interés que esté mejor fundado en la razón y que sea más digno de protección debe ser ayudado a conquistar la victoria' (Cita de Benjamín N. Cardozo. La naturaleza de la Función Judicial, Ediciones Arayú, pg. 56) (Subrayado de la Sala).

D) Podría pensarse que en el nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), el legislador dió el paso que la conciencia social demanda en el

sentido de hacer responsable al Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, pues en los artículos 77 y 78 del citado estatuto dispuso:

> "Artículo 77. De los actos y hechos que dan lugar a la responsabilidad. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones".
>
> Artículo 78. Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en los contencioso administrativo según las reglas generales a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, *la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad.* En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere".

Infortunadamente, lo preceptuado en los artículos 77 y 78 del I C.C.A. es aplicable sólo a los FUNCIONARIOS ADMINISTRATIVOS, no a los JUECES. La misma ubicación de tales preceptos dentro del Título VII, Responsabilidad de los funcionarios, así lo indica. Dentro de las causales de mala conducta de éstos se consagra, en el artículo 76 del mismo estatuto, numeral 5o. la de "Demorar en forma injustificada la producción del acto o comunicación o notificación". Esta perspectiva de manejo se afianza si se tiene en cuenta, como ya se precisó en antes, que es en el Decreto No. 1888 de 23 de agosto de 1989, artículo 9º donde se fija el régimen disciplinario para los ACTOS Y CONDUCTAS de los FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL. Por lo demás, y como lo enseña el Profesor Jean Rivero, ese distinto régimen se impone por razones de filosofía constitucional. Por ello el ilustre jurista, afirma:

> "Responsabilidad por el hecho de la actividad jurisdiccional 307. Evolución y soluciones actuales. Puede estar comprometida la responsabiliad del Estado en razón de los daños imputables a los servicios jurisdiccionales? *Hace falta para comenzar poner aparte aquellos que se refieren a la ORGANIZACION de esos servicios, que dependen solamente del Ejecutivo, y por ello, de la competencia administrativa (supra No. 153): el derecho común de la responsabilidad administrativa le es pues, aplicable.* El problema es más complejo en lo que concierne a los daños causados por el FUNCIONAMIENTO de la justicia" (Derecho Administrativo, Universidad Central de Venezuela, págs, 326).

Dentro de la misma línea discurre el tratadista LUIS MARTIN REBOLLO, quien anota:

> "En principio, como señalan J. Rivero y G. Vedel *hay que distinguir entre la responsabilidad derivada de la organización del servicio judicial, que sigue las reglas del derecho común de la responsabilidad administrativa,* y el pro-

blema relativo al funcionamiento de la Justicia, *a la responsabilidad derivada de la ACTIVIDAD JURISDICCIONAL*. Distinción que es muy importante retener, a mi juicio, porque va a implicar consecuencias notables también en nuestro caso de cara a la interpretación y desarrollo del artículo 121 de nuestra Constitución". (Jueces y Responsabilidad del Estado. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1983, páginas 28 y 29).

E) En su alegato ante el *a-quo* el procurador judicial de la parte demandante recuerda que en Francia el estado esta obligado a reparar el daño "...causado por el funcionario (sic) defectuoso del servicio de justicia "...pero olvida quien así razona que ella se ha venido consolidando, pero no por la vía jurisprudencial sino por la legislativa. (Ley 5a. de febrero de 1972).

F) La situación legislativa en ITALIA muestra que antes de 1947 se aceptó la indemnización al condenado absuelto posteriormente en juicio de revisión. El Código Procesal Penal de 1913, en sus artículos 551, 552 y 553, dispone que la reparación se establece no como un derecho, sino a título de socorro y queda supeditada a la situación económica personal del individuo, esto es, que sólo tiene lugar cuando la víctima se encuentra en condiciones económicas precarias. Por estas circunstancias el Juez podía, no debía otorgar la indemnización.

La Constitución Italiana de 27 de Diciembre de 1947, remitió a la ley la solución del problema al consagrar:

"La ley determinará las condiciones y las formas para la reparación de los errores judiciales".

La realidad anterior explica que por medio de la Ley No. 504, de 23 de Mayo de 1960 se determinarán las condiciones exigidas para la reparación de los errores judiciales, redactándose el artículo 571 del C.P.C. así:

"Quien haya sido absuelto en sede de revisión por efecto de la Sentencia de la Corte de Casación o del juez de reenvío, tiene derecho, si por dolo o culpa no ha contribuido a dar lugar al error judicial, a una reparación equitativa, en relación al eventual encarcelamiento o internamiento y a las consecuencias personales y familiares derivadas de la condena".

Como se puede apreciar, la normatividad anterior consagra ya un verdadero derecho al margen "del concepto trasnochado y humillante de beneficencia", como lo precisa bien el tratadista Luis Martín Rebollo.

Una Ley de 28 de mayo de 1965, complementa el aspecto relacionado con la indemnización al preceptuar que al condenado le corresponde una reparación en función de la mayor duración del encarcelamiento y las mayores cargas y consecuencias personales y familiares derivadas de la primitiva condena.

G) En España el artículo 121 de la Constitución dispone que los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley. Como se puede apreciar, la norma distingue dos supuestos relacionados entre sí pero completamente diferenciables, a saber: los daños causados por ERROR JUDICIAL y los producidos como consecuencia del FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. Sobre el alcance de éste concepto juridico indeterminado, la doctrina divaga con especial interés y seriedad.

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

FALLA:

1. CONFIRMASE la sentencia impugnada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día siete (7) de Abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), por las razones dadas en los considerandos de éste proveído.

2. Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, Aclaración de voto; *Gustavo de Greiff Restrepo,* Con aclaración de voto; *Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Con aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta.*

Arturo Mora Villate, Secretario.

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA/ FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL (Aclaración de voto)

No puede afirmarse en forma rotunda que en el derecho colombiano no se dé la responsabilidad del Estado por la falla del servicio judicial, porque se contempló la falta personal de los jueces.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia han sido tradicionalmente renuentes a hacer extensivos los principios de la responsabilidad administrativa al campo judicial, existen casos, sobre todo en la administración misma del servicio, que muestran su defectuoso funcionamiento y con él la posibilidad de responsabilizar a la administración.

El hecho de que en el derecho colombiano se haya regulado expresamente la responsabilidad del juez, no quiere decir que, por esa razón, esa responsabilidad no pueda coexistir con la de la administración.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente No. 5451. Actor: Carmen Rosa Farfán.

Ponente: *Dr. Julio César Uribe Acosta.*

Con todo respeto explico mi voto a la decisión mayoritaria. Hago una simple aclaración, que no un salvamento, porque comparto la resolutiva del fallo.

En este orden de ideas, expongo:

1. No puede afirmarse en forma rotunda que en el derecho colombiano no se dé la responsabilidad del Estado por la falla del servicio judicial, porque se contempló la falta personal de los jueces.

Si bien es cierto, en principio, esa responsabilidad se predica ordinariamente de la administración, no es menos cierto que los demás órganos del Estado, que también cumplen algunas funciones administrativas o de servicio público, pueden igualmente comprometer dicha responsabilidad. Pero, como es obvio, será de carácter excepcional, en razón de los cometidos que desarrollan.

Aunque la doctrina y la jurisprudencia han sido tradicionalmente renuentes a hacer extensivos los principios de la responsabilidad administrativa al campo judicial, existen casos, sobre todo en la administración misma del servicio, que muestren su defectuoso funcionamiento y con él la posibilidad de responsabilidad a la administración.

2. El hecho de que en el derecho colombiano se haya regulado expresamente la responsabilidad del juez, no quiere decir que, por esa razón, esa responsabilidad no puede coexistir con la de la administración.

Aceptar el punto de vista extremo que trae la sentencia equivaldría, en otras palabras, a afirmar en los eventos de falla del servicio por el hecho del funcionario, que como la conducta persona punible de éste debe someterse a las normas del derecho penal, no podrá subsumirse esa conducta en otra normatividad diferente para derivar otras consecuencias, como serían las que consagran la responsabilidad del Estado por la falla del servicio de sus funcionarios.

Así, si el juez puede ser responsable por su conducta, como tal, en relación con un proceso dado, no se ve porqué el Estado, quien es el responsable del servicio institucionalmente no puede también resultar comprometido, en especial cuando concurrió para que se diera esa situación perjudicial.

3. Claro está que la responsabilidad por el defectuoso servicio judicial no podrá mirarse ni con la generalidad ni con la extensión de la responsabilidad de la administración, *strictu sensu*. Sólo por excepción podrá darse, porque la Institución de la cosa juzgada en un escollo, entre otros, que en la mayoría de los casos impedirá hablar de falla del servicio.

4. El mismo funcionamiento moroso o tardío del servicio, tendrá que verse, dentro de esta perspectiva, con criterio restrictivo, porque no deberá predicarse esa posible falla, en relación con un Estado ideal, con un servicio de justicia dotado de todos los medios y auxilios científicos y técnicos que merece y requiere. La falla del servicio tiene así que estudiarse consultando la realidad; y si dentro de ésta la falla reviste especial y excepcional gravedad, nada impide que resulten comprometidos el juez y el Estado colombiano.

5. En el caso estudiado en la sentencia se puso en evidencia que tampoco se probó el perjuicio material sufrido por la parte demandante. Dicho perjuicio fue apenas afirmado. No cumplió así la parte actora con su carga probatoria. Pero aún aceptando que se hubiera probado, la relación causal entre este daño y la falla del servicio perjudicial que se alega, no aparece clara.

6. El fallo de la referencia, dentro de su perspectiva, es un interesante y ponderado estudio del punto materia de discusión.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá D.E., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990).

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA/ FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL (Aclaración de voto)

El hecho de que la causa del retardo sea justidicada respecto del funcionario, no genera ni puede generar como consecuencia, que la administración no pueda nunca ver comprometida su responsabilidad en este aspecto, como lo enuncia la sentencia. Bien puede ocurrir que la falta personal del juez encuentre su justificación precisamente en la deficiente organización del servicio público de la justicia.

No puede afirmarse que la limitante para que pueda hablarse de responsabilidad estatal por el funcionamiento defectuoso de la justicia, es la misma normatividad nacional, ya que, por fortuna, el artículo 16 de la C.N., es fundamento de la responsabilidad del Estado.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO

Referencia: Expediente No. 5451. Actora: CARMEN ROSA FARFAN.

A pesar de estar de acuerdo con la parte resolutiva del fallo, en cuanto confirma la sentencia impugnada, discrepo de los considerandos expresados en su parte motiva.

Mis puntos de discrepancia son básicamente los siguientes:

1o. Afirma la sentencia, siguiendo en ello a la Fiscalía, que "es verdad jurídica que en el derecho colombiano el Estado no responde en los casos en que el juez procede con dolo, fraude o abuso de autoridad, o cuando omite o retarda injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto, o cuando obra determinado por error inexcusable". Para afirmar lo expresado, se sustenta la sentencia en

las disposiciones normativas de los artículos 25 y 40 del C.P.C. así como del artículo 90 del Decreto 1888 de 1989, cuya interpretación la lleva a afirmar que, "dentro del marco legal anterior fácil es concluir que el legislador optó por manejar la problemática que se recoge en el citado articulado con la filosofía que informa LA CULPA PERSONAL y no con la que inspira y oriente a la FALTA O CULPA DEL SERVICIO. Esta realidad explica que corresponde al Juez responder con su propio patrimonio, y, por lo mismo, indemnizar el daño" (p. 47 de la sentencia).

Sin entrar a analizar las distintas hipótesis jurídicas planteadas en la sentencia (el juez procede con dolo, fraude, etc.), expreso mi desacuerdo con respecto a aquella que era objeto de la decisión, y que según el *petitum* de la demanda, consistía en la responsabilidad de la Nación "en razon de los *RETARDOS ESCANDALOSAMENTE INJUSTIFICADOS* en la tramitación y fallo de un proceso penal" (p. 2).

Sentar el principio que sienta el fallo, consistente en que en estas hipótesis no puede hablarse de falla del servicio sino de falla personal, no solamente no es tan "verdad jurídica" como se enuncia, sino que es francamente inexacto.

En efecto, bien puede ocurrir que un retardo en la tramitación y fallo de un proceso, no encuentre su causa en la conducta personal del funcionario, sino en la indebida organización del servicio público de la justicia. Ello se desprende de la normatividad citada en la sentencia, cuando se exige que para que se configure la falla personal del funcionario en la omisión o retardo de una providencia o el correspondiente proyecto, ésta debe ser *injustificada,* lo cual significa *"a contrario sensu"*, y sin necesidad de realizar grandes esfuerzos interpretativos, que la falta *justificada* del funcionario no puede constituir falta suya.

Pero, el hecho de que la causa del retardo sea justificada respecto del funcionario, no genera ni puede generar como consecuencia, que la administración no pueda nunca ver comprometida su responsabilidad en este aspecto, como lo enuncia la sentencia. No. Todo lo contrario. Bien puede ocurrir que la falta personal del juez encuentre su justificación precisamente en la deficiente organización del servicio público de la justicia. Piénsese por ejemplo, en los retardos debidos a la congestión de los despachos, o a la falta de medios para llevar a cabo la dignísima función jurisdiccional. En estos eventos, de encontrarse probada, bien podría deducirse una falla del servicio, y para ello deberá el juez simplemente aplicar la jurisprudencia existente sobre la falla del servicio por retardo administrativo.

Tomar la posición que toma la sentencia, equivale a sentar una sutil forma de denegación de justicia, ya que, incoando proceso contra el juez la persona afectada por el retardo, puede ver la responsabilidad de éste exculpada cuando su retardo se justifique por una falla del servicio; y si por la falla del servicio la persona afectada demanda a la Nación, se encontraría con la denegatoria de las súplicas de su demanda, con apoyo en las tesis sentada en esta sentencia.

A la ruptura de este tipo de círculos viciosos debe apuntar la función jurisdiccional.

2o. Afirma la sentencia que, "infortunadamente, y en casos como el presente, es la misma ley la que no deja ir más allá de la llamada 'justicia legal'" (p. 49), y que "la Corporación nunca ha admitido, por no permitírselo la legislación vigente, que se deduzca responsabilidad contra el Estado, por ejemplo, ...cuando se ha probado en juicio la acción personal culposa del juez, ni por el funcionamiento defectuoso de la justicia" (*ibídem*).

Dicha aseveración también es francamente incorrecta, pues no puede afirmarse que la limitante para que pueda hablarse de responsabilidad estatal por el funcionamiento defectuoso de la justicia, es la misma normatividad nacional, ya que, por fortuna, el artículo 16 de nuestro estatuto constitucional, es fundamento de la responsabilidad del Estado, como en innumerables ocasiones lo ha afirmado la jurisprudencia.

Desconocen pues los considerandos de los cuales me aparto, no solo normas de índole constitucional, sino, la noción misma de la falla del servicio que durante años ha forjado la jurisprudencia nacional. En efecto, al respecto expresó esta misma Sala en reciente sentencia de 30 de marzo del año en curso:

> "De conformidad con lo anterior, se puede, entonces, afirmar que la falla del servicio es la violación de una obligación a cargo del Estado, y que para lograr determinar cual es el contenido obligacional a que está sujeto el Estado frente a un caso concreto, debe el juez referirse en primer término, a las normas que regulan de manera concreta y específica la actividad pública causante del perjuicio. Y si se afirma que el juez debe referirse en primer término a la mencionada normatividad concreta y específica, es porque, como se afirma en la precitada sentencia, "los doctrinantes han ampliado la determinación de la obligación administrativa diciendo que esta existe no solo en los casos en que la ley o el reglamento lo consagra expresa y claramente, sino también en todos aquellos eventos en que de hecho la Administración asume un servicio o lo organiza; y lo mismo cuando la actividad cumplida está implícita en la función que el Estado debe cumplir.
>
> "Por ello, la falla del servicio es entonces la violación del contenido obligacional que se impone al Estado, y que puede ser infringido, ya sea porque así se deduce nítidamente de una norma que estatuye con precisión aquello a lo cual está obligado el Estado frente al caso concreto, ya sea porque así se deduce de la función genérica del Estado, que se encuentra plasmada en el artículo 16 de la Constitución Política" (Expediente No. 3510).

No se diga entonces que la limitante para aceptar este tipo de responabilidad es de índole legislativa, pues como queda demostrado, la normatividad nacional no solo no prohibe tal proceder, sino que lo prohija.

3o. Se desenfoca la sentencia al realizar explícitos comentarios sobre la forma como -la legislación extranjera ha resuelto el problema de los perjuicios ocasionados por errores derivados de la propia actividad jurisdiccional. No se trata, en la hipótesis que plantea el caso, de este tipo de responsabilidad, sino de aquella que se refiere a la organización del servicio público de justicia, que depende del ejecutivo, y que como se ha anotado, bien puede a través del retardo imputable a la organización del servicio, comprometer su responsabilidad.

4o. No sobra recordar que la Sala Plena de la Corporación se ha pronunciado sobre el punto que ahora ocupa la atención de la Sección. Así, en sentencia de 16 de diciembre de 1987, se expresó:

"No se puede confundir la responsabilidad por la falla del servicio de la administración pública, con la responsabilidad personal del Juez en los casos del artículo 40 del C.de P.C.

"La primera es generalmente anónima, sin perjuicio que pueda señalarse al agente que en uso de sus funciones públicas irrumpe con el daño. La responsabilidad del Juez, es siempre personal. En la responsabilidad por la falla del servicio público, es legitimada por pasiva la entidad de derecho publico encargada de aquel, y titular de la acción cualquier administrado que haya sido víctima del mal funcionamiento del servicio, En cambio en la responsabilidad personal del Juez, es éste el único responsable, no la administración pública, no el Estado, y exclusivamente titulares de la acción las partes en el proceso en que haya mediado el desmedro judicial.

"Resulta indiscutible que los jueces ejercen la altísima misión de administrar justicia, que la Constitución Nacional (art. 58) señala como un servicio público a cargo de la Nación; pero más que un servicio publico, es un cometido esencial del Estado, puesto que sin la existencia de ella no puede configurarse políticamente éste último.

"Por manera, pues, que cuando el Juez juzga o sentencia o decide con la autoridad de tal, y dentro de los carriles de lo que debe ser un debido proceso, puede causarle perjuicios a las partes dentro del mismo, por haber procedido con dolo, fraude o abuso de autoridad; por omitir y retardar injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto; por obrar con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo del recurso que la parte dejó de interponer. Pero otra cosa es cuando el Juez, aún dentro del ejercicio de sus funciones, acude a las vías de hecho o irregulares de todas maneras, y causa lesión a una de las partes, o a su apoderado, o a un auxiliar de la justicia, o a un tercero en general. No es ésta entonces, una simple responsabilidad personal del Juez, sino una manifestación evidente de que tan importante servicio público o cometido esencial ha fallado en su funcionamiento, que compromete indudablemente al Estado. Exigirle al administrado víctima del desborde público, que tenga que individualizar al protagonista mismo de la función mal prestada y enderezar y obtener de éste la

condigna reparación, implica regresar los avances del derecho público a los años de la franca irresponsabilidad estatal".

Por lo anterior, dejo expresado mi desacuerdo con los considerandos de la sentencia de la referencia.

Atentamente,

Antonio J. de Irisarri Restrepo, Consejero de Estado.

Fecha ut supra.

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA/ FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL *(Salvamento de voto)*

El ponente olvidó del todo la existencia del artículo 16 de la Constitución Política que entre nosotros constituye el fundamento básico de toda la construcción jurisprudencial sobre responsabilidad extracontractual del Estado, sin que pueda decirse que de su ámbito obligacional se excluya a alguna de las ramas u órganos del poder público.

Olvidó igualmente, que lo que se discutía no era un caso de error judicial sino de un retardo en la administración de justicia cuya falta de justificación necesariamente implica una falla en la prestación de un servicio, quizá el más sagrado, el más necesario, el más delicado en una sociedad que se precie de organizada.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Referencia: Expediente No. 5451. Actor: CARMEN ROSA FARFAN.

Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta.

Discrepo de la tesis que se sienta en el proyecto que devino en sentencia y que puede anunciarse así: En Colombia, en la actualidad, el Estado no puede ser declarado responsable por el anormal funcionamiento de la rama jurisdiccional del poder público.

Precisando un poco más, a quien fuera ponente de tan cuestionable tesis le pareció muy bien adherirse al concepto fiscal según el cual "es verdad jurídica que en el derecho colombiano el Estado no responde en los casos en que el juez procede con dolo, fraude o abuso de autoridad, o cuando omite o retarda injustificadamente

una providencia o el correspondiente proyecto, o cuando obra por error inexcusable".

I. Solo dos argumentos se dan, a cual más deleznables, para respaldar tales proposiciones, a saber:

1o. El artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, concordante con el 25 de la misma obra, hace responsable al juez, en forma personal de los perjuicios que causen a las partes en los casos que allí se indican, de donde "fácil es concluir que el legislador optó por manejar la problemática que se recoge en el citado artículo con la filosofía que informa LA CULPA PERSONAL...".

En otras palabras, el ponente usó del argumento a contrario: como el legislador en las dos normas dice que los jueces responderán por los perjuicios que causen en los casos allí enumerados, *a contrario* está disponiendo que el Estado no responde.

2o. En Colombia no existe un texto constitucional, como sí lo hay en España, en donde se establezca la responsabilidad del Estado por los daños causados por error judicial o por el funcionamiento anormal de la justicia ni textos legales como los que se pueden encontrar en la legislación francesa e italianas (en esta última con remisión constitucional al legislador).

En primer término, debemos anotar que la argumentación a contrario sólo es válida cuando la conclusión que de ella se obtiene es la única posible. Entonces, dentro de ella, el argumento debe formularse no como todo S es P, de donde ningún -S es P, sino como ningún no -P es S, o mejor todo P es S; si no es posible la última conclusión el argumento, en cada caso al cual se tratare de aplicar fallaría tanto desde el aspecto de la lógica formal como de la realidad, como ocurre en la sentencia de la cual nos apartamos.

O en segundo término qué decir del silencio del legislador?

En su uso sí que debe procederse con sumo cuidado pues en tratándose de él encontramos no en presencia de un razonamiento lógico sino de un argumento auxiliar en la interpretación de la ley. Su empleo solo es legítimo cuando el silencio, con vista a un texto oscuro, permite inferir la intención del legislador en sentido restrictivo al principio de la libertad civil, principio que evidentemente ningún papel juega en este caso, razón por la cual no compartimos tampoco el fundamento del fallo.

II. El ponente olvidó del todo la existencia del artículo 16 de la Constitución Política, que entre nosotros constituye el fundamento básico de toda la construcción jurisprudencial sobre responsabilidad extracontractual del Estado, sin que pueda decirse que de su ámbito obligacional se excluya o alguna de las ramas u órganos del poder público.

Como olvidó igualmente, que lo que se discutía no era un caso de error judicial sino de un retardo en la administración de justicia cuya falta de justificación necesariamente implica una falla en la prestación de un servicio, quizá el más sagrado, el más necesario, el más delicado en una sociedad que se precie de organizada.

III. Por último permítasenos una explicación sobre por qué salvamos el voto y no simplemente lo aclaramos.

Tradicionalmente cuando se está de acuerdo con la resolución que se toma en una sentencia, bien sea porque ella accede, no accede o simplemente se inhibe acerca de las pretensiones, pero se disiente de los motivos que llevaron a ella, lo conducente ha sido aclarar el sentido del voto afirmativo acerca de tal decisión. Sin embargo, en este caso, aun cuando pensamos que la decisión siempre hubiera tenido que ser denegatoria de las pretensiones (porque a nuestro parecer uno de los elementos axiológicos de la responsabilidad no se probó el perjuicio), como el sentido de la decisión efectivamente tomada en el proceso está indisolublemente ligada a la consideración, errónea según lo visto atrás, sobre la no responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la administración de justicia, nuestro voto tenía que ser, como lo fué, adverso y no simplemente afirmativo, con aclaración.

Respetuosamente,

Gustavo de Greiff Restrepo.

Bogotá, D.E., mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa (1990).

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

Es cierto que esta misma Sala ha venido hablando de la falla presunta del servicio cuando el agente público causa el daño con su arma de dotación oficial, pero no ha dicho que si ese mismo daño lo causa con arma o instrumento que no sea de dotación oficial, desaparece la falla. No, porque en este último evento, la responsabilidad se estudia y apoya sobre un supuesto diferente a la presunción aludida: la existencia probada de una real falla del servicio porque éste no funcionó, funcionó mal o tardíamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., mayo veinticinco (25) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5821. Indemnizaciones. Actor: MARCO ANTONIO LOPEZ Y OTROS.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 3 de abril de 1989, dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda presentada el 13 de febrero de 1987, en la que se pidió:

"Que la Nación Colombiana, el Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional son responsables de responsabilidad administrativa por los daños y perjuicios sufridos por los demandantes como consecuencia de la muerte violenta que sufrió el joven José Omar López Mora, hijo y hermano de los actores, a manos del agente de la Policía Nacional Didien Pulgarín Arboleda el día 21 de junio de 1986.

"Como consecuencia de la anterior declaración, las entidades demandadas serán condenadas a pagar en forma solidaria a favor de los demandantes las siguientes cantidades de dinero:

"a) El monto total de los perjuicios morales;

"b) La totalidad de los perjuicios materiales en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y

"c) Los intereses corrientes, comerciales y moratorios así:

Corrientes desde el momento de la ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria de la sentencia; comerciales, desde que la sentencia esté en firme hasta seis meses después, y moratorios, a partir del sexto mes de la ejecutoria de la sentencia y hasta cuando se cancele la obligación en su totalidad."

Como hechos se narraron en el mismo libelo, en síntesis, los siguientes:

1. Que a eso de la 1 y media de la mañana del 22 de junio de 1986 fue herido el señor José Omar López M. cuando departía con sus amigos en el bar El Mirador, del corregimiento de Doradal, municipio de Puerto Triunfo (Antioquia), por el agente de la Policía Nacional Didier Pulgarín A.

2. Que una vez cometido el delito el agente trató de huir pero fue aprehendido por la policía del lugar.

3. Que el herido fue trasladado a Medellín, donde falleció.

4. Que el agente homicida se encontraba de turno cuando cometió el ilícito.

5. Que al momento de su muerte el señor José Omar López M., quien contaba con 21 años, trabajaba como administrador de un bar de propiedad de su padre, en ese mismo corregimiento y se ganaba de 12 a 15.000.oo semanales, de los cuales dedicaba el 70% para sus padres y hermanos.

El *a-quo*, luego del trámite de rigor, profirió sentencia, denegando las súplicas de la demanda. Para el efecto estimó que el agente de policía había ultimado al señor López M. con un revólver que no era de su dotación oficial, porque ésta era una carabina M1; y que además, lo había hecho vestido de civil cuando se dedicaba a celebrar su cumpleaños número 23; luego de haber abandonado el cuartel contra la voluntad de sus superiores; circunstancias que evidenciaron, según ese organismo, una culpa personal del agente.

Para sacar las conclusiones precedentes y exonerar de responsabilidad a la Nación el Tribunal se basó fundamentalmente en las pruebas practicadas dentro del proceso y poca o ninguna importancia le dió al expediente disciplinario levantado al agente homicida.

Descontenta la parte actora con la denegación de las súplicas de la demanda, interpuso apelación. Cumplido el trámite de la instancia, se anota:

Para la señora fiscal la sentencia merece ser confirmada. Así en su vista de enero 29 del presente año (a folios 133 y siguientes) conceptúa:

"Al revisar las diligencias disciplinarias adelantandas en el Departamento de Policía de Antioquia contra el agente implicado, se observan las siguientes anotaciones: "LIBRO "MINUTA DE SERVICIO -V-21-86-04 Ag- PULGARIN ARBOLEDA DIDIER-Placa 25434-ARMA 6370- Libro "MINUTA DE GUARDIA" "El Sr. Agente PULGARIN ARBOLEDA DIDIER se cambió de civil a sabiendas de que los viernes no hay franquicia, se cambió después de terminar su DISPONIBILIDAD, que era hasta las 00:00 hrs".

"Se colige de la prueba analizada, que el agente PULGARIN había terminado su turno de DISPONIBILIDAD a las 00:00 horas del día 21 de junio de 1986 y que con posterioridad se cambió el uniforme por traje de civil y salió de las dependencias del Comando de la Policía con la intención, según él mismo lo afirmó en el curso de las diligencias investigativas, de celebrar sus 23 años de edad.

"Al leer la declaración del agente ORLANDO DE JESUS BEDOYA (folios 50-51), comandante de Guardia para la época en que sucedieron los hechos investigados, se estableció que el arma de dotación oficial del personal de la Policía que allí prestaba sus servicios, era una carabina M-1.

"De lo anterior concluye la Fiscalía, en un todo de acuerdo con el pronunciamiento del Tribunal de instancia, que resulta una realidad que el joven JOSE OMAR LOPEZ falleció a consecuencia del disparo que le hiciera el mencionado agente PULGARIN; también lo es que ésta ya había concluido su turno de disponibilidad y que el disparo mortal que le hiciera al joven JOSE OMAR no fue efectuado con su arma de dotación oficial, circunstancias que fueron plenamente comprobadas en desarrollo de la investigación; no existe duda probatoria al respecto, por lo tanto debe exonerarse de responsabilidad al Estado Colombiano, puesto que no hubo falla en el servicio sino culpa personal del agente, lo cual indefectiblemente genera responsabilidad exclusiva del mismo por la comisión del hecho dañoso".

La Nación, por conducto de su apoderado (a folios 127 y siguientes), insiste en la confirmación del fallo del *a-quo* y acoge los planteamientos expuestos por éste, en especial los relacionados con la utilización de un revólver que no era de dotación oficial; con la transgresión por parte del agente de la orden de no abandonar el cuartel, luego de la negativa del permiso que le dio su superior; y con el hecho de que el agente no actuó en función del servicio.

Para la Sala la sentencia deberá revocarse, no solo porque las pruebas que obran dentro del proceso así lo dan a entender, sino también porque el enfoque

hecho por el tribunal es un tanto simplista y recortado, ya que deja la impresión de haber omitido la lectura del expediente disciplinario que se le siguió al agente homicida.

De primer intento el fallo del Tribunal permite inferir algo que no es racional ni lógico. Que porque el agente mató al señor José Omar López M. con un revólver que no era de dotación oficial no se dió falla al servicio, sino la mera culpa personal de aquél.

De aceptarse esta tesis del Tribunal habría que concluír que le bastaría al agente para no comprometer la responsabilidad del Estado cumplir los actos del servicio, por irregularidades y anormales que fueran, con arma o instrumento no incluído en su dotación oficial.

Es cierto que esta misma Sala ha venido hablando de la falla presunta del servicio cuando al agente público causa el daño con su arma de dotación oficial, pero no ha dicho que si ese mismo daño lo causa con arma o instrumento que no sea de dotación oficial, desaparece la falla. No, porque en este último evento, la responsabilidad se estudia y apoya sobre un supuesto diferente a la presunción aludida: la existencia probada de una real falla del servicio, porque este no funcionó, funcionó mal o tardíamente.

Por eso los diferentes enfoques no admiten en todos los casos estas conclusiones simples y absolutas:

a) Que siempre que el daño se produzca con arma de dotación oficial, se dará realmente la falla del servicio; y b) Que cuando el daño lo produce un arma o artefacto que no sea de dotación oficial, no podra hablarse de esa falla.

Y no admiten esa conclusión extrema, porque, en el primer evento, sólo se presume la falla y por tanto quien pretende favorecerse con dicha presunción deberá probar no solo que el daño se produjo con esa arma de dotación, sino los otros supuestos en que se basa tal presunción, o sea que fue manipulada por quien era agente público, en función o en razón del servicio. Por eso mismo para que desaparezca esa presunción de falla, la parte demandada podrá desvirtuar, mediante pruebas en contrario, dichos supuestos. En otras palabras, los eventos de falla presunta admiten prueba en contrario.

En el segundo caso (daño producido por arma o artefacto que no sea de dotación oficial) tampoco podrá concluirse siempre que no se da la falla del servicio, porque si bien aquí no opera la presunción del evento anterior (vale decir, no puede hablarse de falla presunta) tienen aplicación las reglas generales de la falla del servicio, en las que la culpa administrativa *probada* es uno de los supuestos esenciales.

Mientras en el evento del literal a) existe una exención probatoria que podría calificarse de parcial *porque se supone que exitió la falla dado el supuesto, probado,*

en que se basa; en otros términos, el hecho amparado con la presunción (la existencia de la falla) no necesita prueba, pero el favorecido con ella siempre deberá probar el hecho en que la presunción se basa, o sea que el arma o el artefacto que produjo el daño era de dotación oficial, en el evento del literal b) (daño con arma o instumento que no sea de dotación) la carga de la prueba del actor será completa porque deberá demostrar que el servicio funcionó inadecuadamente y que ese defectuoso funcionamiento produjo daños a una persona determinada.

Hechas estas reflexiones se concluye que el asunto esta gobernado por las reglas de la falla probada del servicio o no por las de la presunta que parece ser las que aplicó el tribunal inadecuadamente.

La falla del servicio policial aparece bien probada dentro del presente expediente. Expediente que está conformado no sólo por el cuaderno principal sino también por el informativo disciplinario No. 318 adelantando por la Policía Nacional. No puede olvidarse que este informativo fue incorporado probatoriamente al proceso con la hoja de vida No. 148874 del agente Pulgarín Arboleda y como respuesta al exhorto No. 2773 JRG, tal como lo da a entender el oficio que obra a folios 65 emanado del Jefe de la Sección Archivo General de la Policía Nacional.

Muestra el acervo probatorio:

a) Que el agente Pulgarín Arboleda Didier Alberto fue el autor de la muerte del señor José Omar López M., en hechos ocurridos entre el 21 y el 22 de junio de 1986, en el corregimiento Doradal del municipio de Puerto Triunfo, Esta autoría resultó plenamente demostrada no sólo con el informativo disciplinario No. 318 sino con las pruebas documentales y testimoniales que obran en el cuaderno principal a folio 10 (certificado de defunción), 37 (levantamiento del cadáver) 42 (anotación de la hoja de guardia) y 44 vuelto y siguientes (testimonio de Hernando Arias Z. Jhon Jairo Botero, Orlando Molina, María Arias y Luz Carlina Valencia).

b) Que la muerte la produjo con un revólver que no era de dotación oficial.

c) Que cuando los hechos ocurrieron el agente no estaba en franquicia y había abandonado el cuartel sin autorización de su comandante y pese a habérsele negado el permiso de salida por tratarse de un fin de semana (Ver informe y ratificación del mismo rendidos por el agente Orlando Bedoya Zapata, comandante de la Subestación Doradal, a folios 3 y 4 del informativo No. 3187; asimismo constancia a folio 13 del mismo).

d) Que el agente Pulgarín Arboleda, en función del servicio y para imponer el orden llamó primero la atención a las personas que estaban haciendo bulla en el establecimiento El Mirador y luego dió muerte, sin justificación válida, al señor José Omar López M., una de las personas que estaban haciendo el desorden verbal (Ver testimonio a folio 44 y siguientes del cuaderno principal y a folios 106 y siguientes del informativo disciplinario).

e) Que fue tan excesivo y anormal su procedimiento, que el Departamento de Policía Antioquia le inició investigación diciplinaria al agente homicida, la que culminó con fallo de segunda instancia de febrero 6 de 1987, dictado por la Dirección General de la Policía (a folios 66,65,64 y 67 del informativo), en el que se resolvió:

> "Separar en forma absoluta de la Institución al AG. PULGARIN ARBOLEDA DIDIER ALBERTO, con C.C. No. 7542114 de Armenia por haberse demostrado que incurrió en faltas constitutivas de mala conducta al tenor del artículo 125 literal a) del Reglamento de Disciplina y Honor, en concordancia con el artículo 124 *ibídem,* consistente en: Estar sindicado como autor de las lesiones ocasionadas al particular OMAR LOPEZ MORA, quien falleciera posteriormente, hechos sucedidos el 21 de junio de 1986 siendo aproximadamente las 01:00 horas en el establecimiento público discoteca "El Mirador" de Puerto Triunfo Antioquia".

Estima la Sala que las pruebas ponen en evidencia la falla del servicio y que para el efecto hubiera bastado el expediente disciplinario, el que, como lo ha dicho esta Sala, ni siquiera requiere la ratificación de los testimonios por ser adelantada la investigación por la misma administración. Expediente que es de una elocuencia indiscutible al mostrar *que un agente de la policía, en servicio activo, que no estaba en franquicia* (por razones de orden público), que había abandonado el cuartel contra la voluntad de su superior, que luego de tratar de imponer el orden a unos borrachos en el bar donde estaba bebiendo, hizo uso de un arma de fuego en forma excesiva, imprudente, contrariando los reglamentos oficiales, y dió muerte a un ciudadano alicorado e inerme.

Para la Sala, si esto no configura una falla del servicio policivo, qué la configurá? Afirmar que no se dió esta por estar vestido de civil y por agredir con arma no oficial, es exagerado y fuera de toda lógica.

La actuación así cumplida comprometió la responsabilidad de la administración y produjo daños a los damnificados. Según la demanda el daño ascendió por concepto de perjuicios morales a 2.000 gramos oro para cada uno de sus padres y 4.000 gramos oro para los hermanos. Según la orientación de la Sala, a los padres se les reconocerá el máximo, o sea de a 1.000 gramos oro para cada uno, en su equivalente en pesos colombianos. Este reconocimiento se hace teniendo en cuenta que se presume ese daño por el sólo hecho del parentesco, relación que resultó bien acreditada con los certificados que obran a folios 2 y 9 del cuaderno principal y que muestra que José Omar López M., era hijo legítimo de los demandantes Marco Antonio López y María Heroína Mora.

En cuanto a los perjuicios materiales que se dice sufrieron los padres, la Sala no hará su reconocimiento porque las pruebas no evidencian este extremo. No se estableció cual era la ayuda que suminstraba José Omar a sus padres y por qué razón éstos, siendo los dueños del establecimiento de cantina en el que se afirma trabajaba como mesero, requerían de su apoyo. Los testigos a este respecto son

demasiado vagos e imprecisos y no permiten certeza sobre la realidad y el monto de esa colaboración.

A los hermanos mayores no se les hará reconocimiento alguno, ni por perjuicio morales ni materiales. Frente a los primeros porque no se demostraton las circunstancias que la jurisprudencia ha venido exigiendo para su reconocimiento o sea la convivencia, la mutua ayuda y la colaboración. Recuérdese que no basta para el efecto la simple prueba del parentesco. Los testimonios no hablan de vida en común y el porqué José Omar les venía ayudando a los mayores. Nada da a entender la dependencia económica de éstos con aquel.

La hermana del acciso, Martha Heroína Lopez M., quien era menor al momento de la tragedia, si será indemnizada porque los testigos son contestes en afirmar que José Omar le brindaba ayuda y le sostenía sus estudios en esta capital (Ver testimonios a folios 46, Hernando Arias Z.), 48 (John Jairo Botero), 49 (Orlando Molina C.) Por este concepto se le reconocerá una indemnización equivalente a 500 gramos oro.

La condena por perjuicios morales se entiende en concreto y a la cuenta de cobro deberá adjuntarse el certificado del Banco de la República para efecto de establecer su equivalencia.

Por lo expuesto y en desacuerdo con la fiscalía, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia de 3 de abril de 1989 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia. en su lugar:

1. Declárase responsable a la Nación (Ministerio de Defensa Policía Nacional) de la muerte del señor José Omar López Mora.

2. Condénase a la mencionada entidad a pagar perjuicios morales, así: a Marco Antonio López y Heroína Mora de López, de a 1.000 gramos oro para cada uno; a Heroína López Mora, 500 gramos oro.

Esta condena se hará en concreto y la equivalencia en pesos colombianos deberá certificarla el Banco de la República, con operancia a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

3. La indemnización deberá pagarse en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A. y con los intereses allí indicados a partir de su ejecutoria.

4. Deniéganse las demás súplicas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 24 de mayo de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Con salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Nota de Relatoría: El salvamento del Dr. De Irisarri, se refiere a la presunción de perjuicios morales entre hermanos, por el solo hecho del parentesco, posición que sostuvo en salvamento al fallo 5672, actor Uriel Mejía Ríos, de mayo 22 de 1990. Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, publicado en este mismo tomo de las páginas 839 a 844.

FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO/ CONSCRIPTO/ ACTIVIDAD PELIGROSA/ FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA/ INDEMNIZACION DE PERJUICIOS/ DAÑO EVENTUAL

Aunque se trate de responsabilidad por actividad peligrosa, en la cual se presume la responsabilidad estatal, la falla del servicio se configuró en el momento en que el superior inmediato tuvo conocimiento del mal estado en que se encontraba el soldado (el que disparó) y negligentemente no tomó ninguna medida para prever el hecho que dio lugar al presente proceso; como mínimo, una vez informado del mal estado físico y psíquico del soldado, debió proceder de inmediato a retirarlo de la actividad que venía desempeñando y someterlo a un tratamiento, por el peligro evidente que representaba tener en servicio a una persona con anomalías psíquicas como las que sufría el citado soldado.

El perjuicio que se reclama aquí por los demandantes no puede calificarse de daño futuro, sino eventual, puesto que el futuro indemnizador debe ser cierto y el eventual o probable se opone al elemento "certeza".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5847. Actor: JOSE MIGUEL ZAPATA Y OTRO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia del 15 de mayo de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se accedió a declarar la responsabilidad

administrativa de la Nación y a condenar a ésta al pago de 500 gramos oro para los padres demandantes. Las demás pretensiones fueron negadas.

I. ANTECEDENTES:

1. José Miguel Zapata y María Amparo Barrientos en sus propios nombres y en representación del menor Carlos Mario Zapata Barrientos y Miguel Hernando, Jaime Alberto, Jhon Jairo, María Cecilia, Willian Darío, Alvaro de Jesús, Beatriz Elena y Jorge Alveiro Zapata Barrientos, por intermedio de apoderado presentaron demanda contra la Nación -Ministerio de Defensa Nacional para que en ejercicio de la acción de reparación directa se le declarara responsable y se la condenara al pago de la totalidad de los daños y perjuicios que se les causó con la muerte de su hijo y hermano Elkin Alonso Zapata Barrientos, originada por las heridas que le fueron inferidos con arma de fuego accionado por uno de los soldados que prestaba guardia en el Club Militar de Suboficiales de la Primera Brigada, con sede en Melgar (Tolima) el 22 de septiembre de 1985.

2. Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

1) Que a eso de las 8 de la noche del domingo 22 de septiembre de 1985 uno de los soldados que hacía guardia en el Club Militar de Suboficiales de la Primera Brigada, con sede en Melgar -Tolima-, le dio un balazo a Elkin Alonso Zapata Barrientos, quien fue conducido a Girardot en afán de salvarle la vida y allí murió al día siguiente.

2) Que el hecho se debió a falta o falla del servicio ya que el soldado de guardia disparó sobre Elkin Alonso "con exceso o innecesariamente", "con ligereza y sin reflexión", y "desde luego, con manifiesta imprudencia".

3) Que el hecho, además, se cometió con arma y munición de dotación que se deben emplear siempre en provecho y nunca en detrimento de los residentes en el país, y en vez de protección y amparo se tradujo en daños materiales y morales para los reclamantes.

3. La demandada Nación -Ministerio de Defensa Nacional- por intermedio de apoderado dio contestación a la demanda dentro del término legal manifestando que la parte actora hasta ese momento no habia aportado prueba alguna sobre sus aseveraciones y además propone la excepción de INEPTA DEMANDA por cuanto el actor citó las normas violadas pero no expuso el concepto de violación, como tampoco hizo razonamiento de la cuantía; por tanto no cumplió con todos y cada uno de los requisitos formales exigidos por la ley (folios 41 a 46).

4. Vencida la etapa probatoria, presentado alegato de conclusión únicamente por la demandada y rendido el concepto por parte del agente del Ministerio Público, el Tribunal profirió sentencia mediante la cual declara a la Nación -Ministerio de

Defensa Nacional- responsable de los daños sufridos por José Miguel Zapata y María Amparo Barrientos por la muerte de su hijo Elkin Alonso Zapata Barrientos, y la condena a pagar a éstos el equivalente a 500 gramos oro a cada uno de ellos. Además, niega todas las demás pretensiones formuladas en el libelo demandatorio (folios 148 a 168, C.1).

Las razones en que se funda el fallo fueron:

1. En cuanto a la excepción de inepta demanda por omisión en el concepto de violación y por no expresar razonadamente la cuantía, manifiesta que el concepto de violación no es exigible sino para la impugnación de actos administrativos y lo que aquí se demanda es indemnización en acción de reparación directa por el hecho de la falla o falta del servicio y en lo relativo a la cuantía dice que el requisito se satisface suficientemente por cuanto se dieron por el demandante "los motivos por los que persigue el reclamo y los factores que deben cubrirse".

2. Sobre las pretensiones, considera que en el proceso estan acreditados los elementos constitutivos de la responsabilidad del Estado y no acepta la defensa expuesta por la demandada en cuanto alega la culpa de la víctima, ya que ello no resultó probado y se quedó en su mera información. La misma declaración del soldado López Ruíz demuestra que no era persona idónea para portar un arma como la que le entregó la fuerza militar.

3. En cuanto a los perjuicios reclamados expresa el fallo que: los demandantes los alegan por las dos clases de daños, las materiales y los morales. En los primeros "reclaman el valor de lo que cueste el pleito incluyendo lo que deben pagar a los abogados para hacer valer sus derechos y en subsidio a los padres lo resultante de la pérdida de crianza, educación y establicimiento en la vida de su hijo Elkin Alonso", así como la posibilidad de ayuda económica futura que él les hubiera podido deparar. Los morales los reclaman a razón de 1.000 gramos oro para cada uno de los padres y hermanos.

A este respecto expresó el a-quo que "el perjuicio debe ser actual y cierto o por lo menos que exista certeza de que va a sobrevenir" y en este caso, en cuanto al daño material se refiere lo que se reclama ni esta demostrado ni puede calificarse de perjuicio, ya que el costo del pleito ímplica vinculación entre demandante y abogado, pero no vincula al demandado, y además, dice el Tribunal que no es la oportunidad procesal ni la acción pertinente para conocer este tipo de litigios; en lo referente a los gastos de crianza y educación, manifiesta el a-quo que tampoco son materia de indemnización en razón a que ellos no son más que la obligación legal alimentaria de los padres, y, finalmente, sobre la pérdida de ayuda económica futura, los desecha por que no hay certeza de que ello fuera a ocurrir.

Los perjuicios morales los reconoce para los padres en el equivalente a 500 gramos oro para cada uno, y los niega a los hermanos en virtud de que afirma que si bien se demostró el parentesco, los actores no cumplieron con la carga probatoria

de las relaciones afectivas entre ellos y la víctima y las declaraciones rendidas en este aspecto no le indican al fallador tales circunstancias.

5. Los demandantes, interpusieron recurso de apleación contra la sentencia anterior por considerar exigua la indemnización por perjuicios morales a los padres y porque negó las demás pretensiones de los demandantes.

Los fundamentos principales del recurso, los expuso el apoderado de los demandantes, así:

En cuanto a los perjuicios materiales alega que la indemnización de los costos del proceso debe ser completa por tanto debe incluírse lo que tengan que gastar los demandantes para hacer valer sus derechos. Sobre los gastos que hicieron los padres en la crianza de Elkin Alonso argumentan que deben ser indemnizados por cuanto ello cuesta dinero y tiempo, y ello fue perdido en el momento en que prestando servicio militar lo mataron, además de que también perdieron el derecho a pedirle alimentos al hijo. Este es un daño probable que para los fines de la indemnización es cierto.

Y respecto de los perjuicios morales, relativos a los hermanos, basado en citas jurisprudenciales afirma que para probar que los hermanos han vivido bajo el mismo techo, la existencia de vínculo afectivo y que a la muerte de alguno de ellos se les vió tristes y apesadumbrados no se requiere un conjunto de testimonios pues para ello sería suficiente un único testimonio pues no fija una tarifa.

Afirma que las pruebas que reposan en el expediente llevarían a dar por establecida la existencia del derecho y la afección moral en sus hermanos y sobre los perjuicios morales a los padres, expresa que la jurisprudencia del Consejo de Estado (febrero 7 de 1989 - Sala Plena) presume la existencia de ellos en su mayor intensidad en los padres por la muerte de los hijos y en la de los hijos por la muerte de los padres y entre cónyuges.

Finalmente, observa que la conversión oro-pesos debe ordenarse para la fecha de ejecutoria de la sentencia.

6. El derecho a presentar alegatos solo lo ejerció la parte actora quien desarrolló el escrito de sustentación del recurso con citas de opiniones de diferentes juristas, para reafirmar la conclusión de su ***petitum,*** que repite en el memorial sustentatorio del recurso.

7. La agencia fiscal solicitó la modificación de la sentencia apelada, considerando que efectivmaente existió omisión por parte de la administración ya que no actuó diligentemente para velar por la integridad, eficacia e idoneridad de sus agentes cuando habiendo sido informado el superior inmediato de la afección mental del soldado López Ruiz no dispuso su relevo ni lo sometió al tratamiento médico requerido.

De otra parte dice que es de elemental lógica la indemnización por el daño moral causado con la muerte de Zapata Barrientos no solo a sus padres, sino también a quienes acreditaron dentro del proceso de su calidad de hermanos y como tales se constituyeron en parte dentro del mismo.

Y en cuanto a la indemnización por los perjuicios materiales pretendidos acoge lo expuesto por el a-quo en el fallo recurrido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La responsabilidad extracontractual de la administración, está estructurada sobre la existencia de los elementos no pocas veces mencionados cuales son:

1. La falla o falta del servicio público por retardo, irregularidad, ineficacia o por omisión o ausencia del mismo.

2. El daño o perjuicio que se traduce en la lesión o perturbación de un bien o derecho jurídicamente tutelado, y

3. La relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño.

Aplicando lo anterior al caso de autos y teniendo en cuenta el acervo probatorio se tiene:

1. La falta o falla del servicio. Se trata de la acción de una persona vinculada a las fuerzas militares; en efecto:

a) La calidad de soldado en servicio de Luis Gonzalo López Ruíz para el día de los hechos (septiembre 22 de 1985) se acreditó con la respectiva constancia expedida por el Jefe de Personal de la Escuela de Lanceros del Ejército Nacional (folio 13 C.2).

b) En este elemento, es de tenerse en cuenta el concepto de Psiquiatría del Instituto de Medicina Legal rendido el 4 de febrero de 1986 que concluye "El examinado para el día de los hechos y en la actualidad presente una Neurosis Obsesiva-compulsiva grave y rasgos paranoides grave, ameritando por tanto tratamiento psiquiátrico" (folio 18 C.2).

c) En la declaración injurada del soldado mencionado ante el juzgado 39 de instrucción penal militar, al relatar los hechos a folios 3 y ss. del cuaderno 2, describe su mal estado antes del insuceso del que trata el sub-lite en los siguientes términos: (...)

> "Pues todo sucedió desde el domingo en la mañana, 22 de septiembre de 1985, cuando al soldado MORALES y mi persona nos tocaba recibir el puesto No. 4 en los tanques, fue allí donde, los tanques queda subiendo una loma en el Club de suboficiales en Melgar, ese día cuando amaneció, amanecí como

psicosiado por una pesadilla que había tenido, la cual consistia en que yo estaba con un soldado del Batallón Colombia, que estabamos en guerra entre los compañeros que estabamos en el club y los del Batallón Colombia, en el sueño me encontraba detrás de un poste y empecé a disparar, los soldados me suplicaban que los acabara de matar porque estaban sufriendo mucho, fue donde salí corriendo impresionado y ahí desperte, yo le comenté a mis compañeros de la pesadilla y todo siguió normal, ese día amanecí indispuesto, tenía cólicos, cuando subimos al puesto le dije a mi compañero MORALES, que si venía mi sargento o mi cabo, le dijera que yo estaba mal, que estaba indispuesto, MORALES se quedó más abajo y yo me quedé dentro de la caseta de techo de zinc, fue ahí donde me senté y empecé a recordar la pesadilla, la mente me llevó a estar en ese instante dentro de los hechos, en ese momento estaba pues en el pensamiento mio, que se me había caido el fusil y había salido corriendo desesperado, fue ahí cuando mi Sargento BENITEZ subió por la parte de atrás y pensando que estaba dormino me tiró una piedra al techo de zinc, ahí fue donde salí corriendo desesperado y gritando, en ese momento estaban conmigo el Soldado MORALES y mi Sargento BENITEZ yo salí gritando desesperado y me iba a tirar a una caseta que quedaba más abajo, perdí el conocimiento de los hechos, pero al escuchar las risas de mi Sargento BENITEZ, volví en sí, ahí ya terminamos la guardia, esto fue en el servicio de 7 a 12 de la mañana y toda la tarde me la pasé pensando en la pesadilla" (folios 3 y 4 C.2).

2. El hecho dañoso. Corresponde este elemento a la muerte del soldado Elkin Alonso Zapata Barrientos, de lo cual dan fe los siguientes elementos probatorios:

a) Registro Civil de Defunciones que obra a folio 16 del C.1, en el cual consta que murió el 23 de septiembre de 1985.

b) Acta de levantamiento del cadáver de la misma fecha mencionada (folio 19 C.2).

c) Necropcia efectuada por la División de Medicina Legal en la que aparece como causa determinante de la muerte de Elkin Alonso Zapata Barrientos "Shock Hipovlemico debido a herida arma de fuego perforante abdomen" (folio 20 vlto. C.2).

d. Declaración indagatoria rendida por el soldado López Ruiz, quien se expresa así:

"... Luego nos tocaba turno nos vestimos, todo normal, comimos y salimos para el puesto de relevo, mi compañero ZAPATA y yo, él llevaba una toalla en el cuello, yo también para los moscos y salimos conversando, todo el camino nos fuimos conversando hasta arriba, él me decía que olvidara eso, que eso eran bobadas, bueno, seguimos, llegamos al puesto, relevamos, ahí estaba el soldado, relevamos al soldado CHADIS y al soldado VELASQUEZ hasta ahí estaba todo normal, había una fogata para ahuyentar los moscos por

tantos que había, yo cogí palos que habían por ahi para volverla a prender, la prendí y me senté junto a mi conpañero, él estaba a una distancia por lo menos de un metro más o menos, nuevamente empezamos a hablar de la pesadilla que yo había tenido, quedamos un rato callados, estaba elevado, cuando él cogió una tabla y pasó la tabla rozando el zinc de la caseta, es decir el techo, haciendo ruido, me levanté y como yo tenía el fusil, me levanté y me asuste todo, ahí fue donde él me dijo: Usted si tiene porque estar psicosiado, no me dí cuenta si fue donde desaseguré corrijo, no me dí cuenta si fue en ese transcurso se me desaguró el fúsil, después me senté más calmado y para disipar un poco ese problema empecé a preguntarle de comunicaciones, ya que a esa es la escuadra a que pertenezco, se estaba apagando la fogata, me quité el fúsil que lo tenía sobre las piernas le bajé el culatín, corrige el indagado, saque el culatín y lo recosté sobre una guadua, le eché más palos a la candela, cogí el fúsil, me senté y hundí el culatín, en ese momento estábamos conversando con ZAPATA, en ese momento, corrijo, de repente salió el tiro y fue ahí donde más me desesperé, lo cogí, él se estaba quejando, lo baje cargado unos treinta metros, gritando, pidiento auxilio, yo pensé que abajo ya sabían en los otros puestos, pero no fue así, me resbalé y ahí fue cuando ya lo cogí por la espalda, seguí bajando y no pude más con él, dos civiles se dieron cuenta y salieron a ayudarme, lo sacamos hasta una carretera pantanosa, no estaba pantanosa, pero el pantano así seco, ahí fue cuando llegó mi Sargento y me ayudó, yo corri desesperado gritando: Una ambulancia, no sabía que hacer, llegué hasta el puesto de muralla salí hacia afuera, allá había un compañero parando un taxi, lo hicimos devolver y ahí fue donde me mire la ropa y más fue el desespero, al verla llena de sangre, actué como un loco, por la desesperación, paramos el taxi, estaba ocupado, había un pasajero atrás, no me dí cuenta si adelante habían más pasajeros fue entonces cuando me quise subir con él, empecé a golpear todo lo que veía y me tiraron al suelo a tratar de calmarme, de ahí en adelante no me acuerdo muy bien que sudeció, solamente recuerdo un poco, ahí entré a la caseta de información y le dí un puño a unos vidrios y los quebré hasta ahí me acuerdo nada más, otra parte que me recuerdo es cuando estaba en el hospital que me bajaron y yo todavía desesperado sin saber que hacer, empecé a hacer repulsa, diciendo que queria ver al compañero, decía barbaridades, que si él se moría yo también me moriría, me llevaron en una camilla como entre unos 4 ó 5, me llevaban sujetado, luego me dí cuenta que ya estaba más calmado cuando me inyectaron eso fue todo. PREGUNTADO: Sírvase decirnos, cuando usted cogió el fusil en el momento en que le había echado los palos a la hoguera y que posteriormente el fúsil se disparó, en que posición le tenía, a qué distancia se encontraba del soldado ZAPATA y en que posición estaban ambos. CONTESTO: Tenía el fúsil sobre las piernas, encontrándome yo sentado al igual que ZAPATA, yo estaba al lado de él, a una distancia como de un metro aproximadamente, con la trompetilla hacia el lado de donde se encontraba sentado ZAPATA, por el motivo de que soy

zurdo y cuando lo puse sobre las piernas le metí el culatín y ahí fue cuando se disparó" (folios 4 y 5 C.2).

e) Testimonios de Vladimir de Jesús Correa Ramírez y Jean Berrouet Marimon, también soldados, quienes narran cómo tuvieron conocimiento de los hechos descritos por el soldado López Ruiz.

3. La relación de causalidad. A este respecto pueden observarse los mismos elementos probatorios anteriormente descritos.

De esta forma surge sin lugar a dudas la existencia de la responsabilidad de la administración puesto que tal como se vió aparece acreditado que el hecho dañoso, o sea la muerte del soldado Elkin Alonso Zapata Barrientos, ocurrió como consecuencia de un disparo que recibió con arma de fuego oficial asignada al soldado Luis Gonzalo López Ruiz quien estaba en servicio activo en la Compañia Anzoátegui de la Escuela de Lanceros del Ejército Nacional.

Aunque se trata de responsabilidad por actividad peligrosa, en la cual se presume la responsabilidad estatal, la falla del servicio se configuró en el momento en que el superior inmediato tuvo conocimiento del mal estado en que se encontraba el soldado López Ruiz y negligentemente no tomó ninguna medida para preveer el hecho que dio lugar al presente proceso; como mínimo, una vez informado el mal estado físico y psíquico del soldado, debió proceder de inmediato a retirarlo de la actividad que venía desempeñando y someterlo a un tratamiento, por el peligro evidente que representaba tener en servicio a una persona con anomalías psíquicas como las que sufría el citado soldado.

Debe recordarse a este respecto el principio constitucional de que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en el país; y en este caso, referido a los miembros de las fuerzas militares, debe tenerse el máximo de cuidado y diligencia en su comportamiento, pues sus funciones generalmente implican el porte de armas.

Así, para la Sala sobra agregar más disquisiciones al respecto y obviamente procederá a confirmar la sentencia del Tribunal en cuanto a la declaración de responsabilidad de la Nación -Ministerio de Defensa- por la muerte del soldado Zapata Barrientos.

El apoderado de los demandantes, en el recurso objeto de este estudio, manifiesta inconformidad respecto a la indemnización exigua a que condenó el Tribunal por perjuicios morales a los padres y por la negación de las restantes pretensiones de las demandantes. Para despachar las objeciones del recurrente se procederá al análisis de los perjuicios, tal como fueron solicitados en el libelo demandatorio:

CONSEJO DE ESTADO

PERJUICIOS MATERIALES, en los cuales los demandantes incluyen tres rubros: los gastos del presente proceso con honorarios de abogado,. gastos de crianza del occiso y pérdida del derecho a percibir una futura ayuda económica.

Se tiene en primer lugar, que el objetivo primordial que persigue quien intenta una acción de reparación directa por responsabilidad de la administración es la indemnización por los perjuicios que el hecho le ocasionó. Así, llámase perjuicio al quebrantamiento moral o económico que sufre la víctima, esto es el reclamante que resulta lesionado y en efecto, tal como lo afirma el recurrente, dichos perjuicios deben ser indemnizados en su integridad, sólo que para que ello tenga ocurrencia deben reunir ciertas características como que en tratándose de perjuicio material este debe ser directo, cierto y actual.

En el caso de autos, en cuanto se refiere a los gastos del presente litigio, incluidos los honorarios del abogado, se tiene que estos corresponden a los costos del proceso en los que, según lo dispuesto por los artículos 392 numeral 1o. del C.P.C. y 171 del C.C.A, la Nación no puede ser condenada por lo cual no prospera esta pretensión.

En lo referente al siguiente pedimento de perjuicios materiales sobre la pérdida por gastos de crianza y del derecho a una futura ayuda económica sobre el cual también apelan los padres demandantes por cuanto fueron negados por el *a-quo,* la Sala acoge los planteamientos expuestos en la sentencia, ya que los padres al decidir tener un hijo lo hacen voluntariamente y con conocimiento de la carga económica que ello implica, por lo cual no es acertado incluir este rubro como objeto de indemnización.

De otra parte, no está acreditado que el occiso en el momento de los hechos o antes de enfilarse en las fuerzas militares tuviera ingreso alguno y menos aún que éste lo destinará en todo o en parte a ayudar a sus padres como personas pobres y necesitadas, lo cual tampoco resulta probado.

El perjuicio que se reclama aquí por los demandantes no puede calificarse de daño futuro, sino eventual, puesto que el futuro indemnizable debe ser cierto y el eventual o probable se opone al elemento "certeza", lo cual impide que se les reconozca como perjuicio ocasionado por la responsabilidad administrativa por falla del servicio lo que aquellos hubieran podido recibir si el hijo no hubiera fallecido y por ello, más tarde hubiera tenido ingresos con los cuales pudiera haber decidido ayudar a sus progenitores.

Así pues, que en este aspecto de perjuicios materiales habrá de negarse la pretensión.

PERJUICIOS MORALES, se solicitaron por todos los demandantes (padres y hermanos) en el equivalente a 1.000 gramos oro para cada uno. La sentencia del Tribunal condenó a su reconocimiento y pago solamente para los padres de Elkin Alonso y en la cuantía de 500 gramos oro, y la negó para sus hermanos, por

lo cual aquellos y éstos apelaron para que se les reconociera en la suma inicialmente pretendida.

En este aspecto, le asiste razón a los recurrentes puesto que en lo que toca a los perjuicios morales para los padres, aparece probada tal calidad a folios 3 y 4 del C.1. del expediente; y una vez acreditado el parentesco, debe reconocerse en el máximo fijado jurisprudencialmente cual es el equivalente a 1.000 gramos oro para cada uno, pues quién podría sentir más dolor por la muerte de Elkin Alonso que sus propios padres, con quienes además convivía? Esto obliga a reformar la sentencia del *a-quo*, en el quantum demandado.

Y en lo que hace referencia a los perjuicios morales para los hermanos, también aparece acreditado el parentesco según puede verse de folios 6 al 14 del C.1., y en lo que tiene que ver con la prueba sobre la convivencia con el hermano muerto o los lazos de afecto entre ellos, la Sala disiente de la apreciación del Tribunal al considerar que no fue suficiente la prueba allegada a este respecto. En efecto, sobre estas circunstancias se recibieron las siguientes declaraciones:

"a) Pedro Luis Olarte Holguín: "PREGUNTADO: Por la época en que Elkin Alonso Zapata Barrientos terminó el bachillerato y tuvo que irse a prestar servicio militar, ¿cómo vivía esta familia? RESPONDIO: Todos han vivido siempre bajo el mismo techo, PREGUNTADO: ¿Cómo eran las relaciones entre los hermanos Zapata Barrientos, el trato entre ellos? RESPONDIO: Siempre ha sido muy buena, muy hermanados" (folio 124).

Y más adelante a la pregunta: "Ud. nos puede relatar la forma como ha afectado a los que sobreviven de la familia Zapata Barrientos la muerte de Elkin Alonso? RESPONDIO: Les ha afectado bastante porque el muchacho era muy de su casa, les ha dado a todos duro y no solo a la familia sino a todos los que estamos en la cuadra donde vivimos. PREGUNTADO: Por qué les ha dado duro a sus padres y hermanos la muerte de su hermano Elkin Alonso RESPONDIO: Tal vez por lo que han sido muy unidos; en su conversación y forma de hablarle a uno la cuadra lo sintió un poquito. La forma de conversar ellos sobre el hermano e hijo, que era muy buen hermano e hijo" (folios 125 y 125).

b) Lilian Cardona de Olarte, por su parte dijo:

"PREGUNTADO: Los Zapata Barrientos por la época en que Elkín Alonso tuvo que irse a prestar el servicio obligatorio militar, vivian bajo el mismo techo o ya habían empezado a desgranarse? RESPONDIO: Todos vivían bajo el mismo techo".

..."las relaciones entre padres y hermanos, era muy buena, muy unidos, el papá diario dialogaba con todos, todas las noches. Les daba consejos, les decía que les hacía daño o los perjudicaba, eso era todas las noches. PREGUNTADO: Qué impacto les causó la muerte de Elkin a la familia Zapata Barrientos.

RESPONDIO: un impacto horrible, no solamente en la familia sino en todos sus vecinos" (folio 126).

De manera que en las condiciones vistas debe modificarse la sentencia apelada, reconociendo a los hermanos por este concepto el equivalente a 500 gramos oro para cada uno.

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:

Modifícase la sentencia del 15 de mayo de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual quedará así:

PRIMERO. Declárase a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional-, responsable de los perjuicios morales ocasionados a José Miguel Zapata, María Amparo Barrientos, Carlos Mario, Miguel Hernando, Jaime Alberto, John Jairo, María Cecilia, William Darío, Alvaro de Jesús, Beatriz Elena y Jorge Alveiro Zapata Barrientos, con la muerte de Elkin Alonso Zapata Barrientos, ocurrida el 23 de septiembre de 1985 en Girardot.

SEGUNDO. Condénase a la Nación -Ministerio de Defensa- a pagar por concepto de indemnización de perjuicios morales el equivalente a un mil (1.000) gramos oro a favor de los señores José Miguel Zapata y María Amparo Barrientos, padres del occiso, y el equivalente a quinientos (500) gramos oro para cada uno de los hermanos Carlos Mario, Miguel Hernando, Jaime Alberto, John Jairo, María Cecilia, William Darío, Alvaro de Jesús, Beatriz Elena y Jorge Alveiro Zapata Barrientos.

Para determinar el precio del oro, se tendrá en cuenta la certificación que al efecto expida el Banco de la República sobre precio de dicho metal en la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO. Las sumas aquí reconocidas devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia y moratorios después de este término.

CUARTO. Niéganse las demás pretensiones de los demandantes.

Téngase como apoderado a los demandantes al doctor Jorge Valencia Arango según sustitución de poder que obra a folios 215 del expediente, en los términos y para los efectos del poder sustituido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha mayo 31 de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Juan de Dios Montes Hernández,* Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Improcedencia/ **PREJUDICIALIDAD**

En principio no existe ante la justicia administrativa una acción que sea presupuesto procesal de otra perteneciente a la misma jurisdicción o a otra diferente. No se le puede pedir a la jurisdicción administrativa que declare en primer término que un acto no es administrativo para poder instaurar una acción ante la justicia ordinaria, o pedirle a ésta lo contrario; tampoco se le puede pedir a aquella que declare, como se pretende en el caso *sub-judice*, que una relación jurídica no esté gobernada por un contrato administrativo o de prestación de servicios, para demandar luego, con base en esa declaración, con fundamento en una relación de trabajo ante la justicia laboral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., junio cinco (5) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente No. 5209. Contratos. Actor: GERMAN GONZALEZ CAJIAO.

En escrito presentado el 24 de septiembre de 1987, el Doctor Germán González Cajiao demanda a la nación (Superintendencia Bancaria) para que se "declare la ***inexistencia*** del llamado por la Superintendencia Bancaria "contrato administrativo de prestación de servicios" celebrado el 21 de junio de 1983 al 20 de mayo de 1987 con el Dr. Germán González Cajiao como agente especial del Superintendente Bancario a que se refieren el oficio DEI número 0497/020946 de mayo 15 de 1987 proferido por el doctor Andrés Ordóñez Ordóñez, Superintendente Bancario 2o. Delegado y la Resolución 1868 del 20 de mayo de 1987 proferida por el Superintendente Bancario que ejecutó el acto administrativo anterior por faltarle

el requisito *AD SOLEMNITATEM* de la forma escrita, re-quisito esencial del acto administrativo para este caso".

"*PRIMERA SUBSIDIARIA:* En subsidio solicito que se declare que el llamado por la Superintendencia "contrato tácito o escrito de prestación de servicios" de que trata este proceso, que rigió entre el 21 de junio de 1983 y el 20 de mayo de 1987, cuando terminó, es absolutamente nulo por tener objeto ilícito al contravenir el Derecho Público de la Nación (artículo 1519 del Código Civil) por no haber cumplido la administración los requisitos ordenados por la ley para la celebración de este tipo de contratos".

"*SEGUNDA SUBSIDIARIA:* Que se declare la invalidez del llamado por la Superintendencia contrato administrativo tácito o escrito de prestación de servicios de que trata este proceso, por ser absolutamente nulo, ya que no se dió la autorización legal previa necesaria para su celebración, por parte de la entidad o funcionario competente, en este caso, la Secretaría de la Administración Pública de la Presidencia de la República, o la entidad que hacía sus veces".

"Obtenidas tales declaraciones, el resarcimiento de mi derecho al pago de prestaciones sociales lo adelantaré como dije, ante la Justicia Ordinaria Laboral, (artículo 17 del Decreto 222 de 1983), por no ser lo contencioso administrativa competente para conocer de ello, ya que no formó, ni formé parte de los cuadros permanentes de la rama Ejecutiva del Poder Público, ni haberme vinculado a ella mediante un acto -condicion que me colocará en una situación jurídica legal y reglamentaria; ni tengo ni tuve, en consecuencia el carácter de empleado público, funcionario público o trabajador oficial. Lo que no quiere decir, desde luego, que deba renunciar al derecho que me corresponde de recibir el pago íntegro y total de mis prestaciones sociales, pues mi relación de trabajo fue estrictamente laboral".

Como hechos narra en síntesis:

a) Que se vinculó a la administración pública en su carácter de Agente Especial del Superintendente Bancario, mediante nombramiento hecho por Resolución número 2401 del 3 de junio de 1983, con efectos a partir del 21 de junio de 1983, nombramiento protocolizado por escritura pública número 3277 de 13 de julio de ese año, de la notaría séptima de esta ciudad.

b) Que mediante Resolución 2802 de 27 de junio de ese año se le fijaron como honorarios $170.000.oo mensuales, con cargo a las entidades intervenidas, con reajuste posterior a $235.200.oo.

c) Que las labores se cumplieron desde el 21 de junio de 1983 hasta el 20 de mayo de 1987, para adelantar la toma de posesión de 3 entidades intervenidas de la Superbancaria: Seguros Colombia S.A., Seguros de Vida Colombia S.A. y Capitalizadora Colombia S.A.

d) Que el día 6 de abril se dirigió la Superintendente Bancario para que se determinara si su vinculación era laboral.

e) Que el Superintendente 2º Delegado contestó que el Agente Especial es un asistente del Superintendente Delegado cuyo régimen es el de auxiliares de la justicia, con vinculación mediante un contrato tácito o escrito de prestación de servicio.

f) Que el 20 de mayo de 1987, mediante Resolución No. 1868, se designó un nuevo agente especial en su reemplazo; y que en el acta de notificación se reservó el derecho a reclamar prestaciones sociales.

g) Que pese a la solicitud, la Superintendencia se negó a pagarle el valor de las prestaciones sociales, con el argumento de que el vínculo provenía de un contrato administrativo de prestación de servicios y no de uno de índole laboral.

h) Que para efectos de competencia estima el valor de la demanda por prestaciones sociales en más de $2'000.000.oo, "cuyo derecho hara efectivo ante la justicia ordinaria laboral, una vez se falle por la contencioso administrativa sobre las peticiones que efectuaré más adelante, para desvirtuar la presunción de legalidad que ampara la expedición de los mencionados actos administrativos".

i) Que no existió contrato administrativo alguno durante el tiempo de ejercicio como agente especial; y que tampoco me dió autorización escrita de la Secretaría de la Administración Pública de la Presidencia de la República para la celebración del llamado por la Superintendencia "contrato de prestación de servicios".

El actor en su demanda, en el capítulo "Consideraciones Previas" analiza las distintas formas de vinculación a la administración pública para concluir que su vinculación estuvo regulada por el artículo 4º del Decreto 1950 de 1973 o sea como mero auxiliar de la administración pública, no comprendido en el servicio civil; o sea que no puede considerarse ni como funcionario ni como trabajador oficial.

En el capítulo IV de la demanda analiza el actor la vinculación de los agentes especiales de la administración, para concluír que con él no se suscribió contrato alguno de prestación de servicios.

En el capítulo V "Impugnación de los actos administrativos, normas violadas, concepto de violación, el actor analiza la vinculación que tuvo con la administración y las irregularidades notorias que se dieron frente al mal llamado contrato de prestación de servicios, el que no existió en forma alguna.

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno decidir, para ello se considera:

Para el señor Fiscal 8º de la Corporación la demanda es inepta. En uno de los apartes de su vista de 24 de noviembre del año pasado, anota:

"Como puede apreciarse, la norma transcrita anteriormente, al ejercitarse esta acción contractual por el interesado, contempla la posibilidad de pedir a la Justicia Contencioso Administrativa una declaración sobre la existencia o validez de dicho contrato, la revisión del mismo, la declaratoria de incumplimiento del contrato y la correspondiente responsabilidad, la nulidad absoluta del mismo, pero no consagra tal disposición la declaratoria de inexistencia del contrato, ni la nulidad o invalidez del mismo, como se ha solicitado en el presente proceso, con el fin de instaurar la acción pertinente ante la Justicia Ordinaria para obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que considera tener derecho el demandante.

"Si el actor estima que estuvo vinculado por contrato de trabajo con la administración, pues debe dirigirse a la Justicia Ordinaria Laboral, impetrando el derecho a las citadas prestaciones sociales y se considera que tuvo la calidad de empleado oficial, ejercitar la acción correspondiente ante la Justicia Contencioso Administrativo, en una forma directa. Pero, considera esta Agencia del Ministerio Público que es improcedente hacer uso de la acción contractual para que la Justicia Contencioso Administrativa decida sobre la inexistencia de un contrato administrativo, o declare la nulidad o invalidez del presunto contrato, con el fin de iniciar la acción pertinente para obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que considera tener derecho".

Para la Sala la demanda no está llamada a prosperar porque se observa una clara ineptitud en ella.

La justicia administrativa en Colombia es autónoma. Ella define las controversias de conocimiento asignadas por la ley en forma definitiva, con efecto, como es obvio, de cosa juzgada. Sólo por excepción sus fallos tienen alcance prejudicial, en la hipótesis del numeral 2 del artículo 160 del C. de P.C. La autonomía de las jurisdicciones administrativas y ordinaria se infiere de las reglas de competencia que delimitan las órbitas de acción de una y otra.

Por eso ante la jurisdicción administrativa se convierten los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos de la administración en cuanto sean administrativos o privados con cláusula de caducidad (artículo 83 del C.C.A., 13 del Decreto 2304 de 1989).

Y ante la ordinaria, por exclusión, se definen los contenciosos de mero derecho privado de la administración (artículos 16 numeral 1 y 23 numerales 17 y 18 del C. de P.C.).

En principio no existe ante la justicia administrativa una acción que sea presupuesto procesal de otra perteneciente a la misma jurisdicción o a otra diferente.

Las acciones son autónomas e independientes, vale decir que no están supeditadas o condicionadas al ejercicio de otra. Basta que frente a cada una de ellas se den los presupuestos para su instauración, los que en términos generales no son

sino: la capacidad jurídica y procesal para actuar en cabeza del demandante; que no se haya extinguido por caducidad; y que se haya agotado la vía gubernativa. Como es obvio, este último presupuesto se refiere a las acciones de impugnación de actos administrativos de contenido particular.

Y lo que se predica de las acciones contencioso administrativas, se puede decir de las que se tramitan ante la justicia ordinaria, las que tampoco tienen supeditado su ejercicio a la presentación de otra. No contradice este aserto la posibilidad de la prejudicialidad, la que en el código de procedimiento civil se presenta como un simple fenómeno de suspensión del proceso, ante la existencia de otro que debe tener decisión prevalente. La prejudicialidad se presenta así en relación con procesos en curso y no como impedimento para la iniciación de uno de ellos.

Las acciones previas o cautelares están señaladas en la ley en forma expresa y como excepciones que son, imponen la interpretación restrictiva de las normas que las contemplan e impiden su aplicación analógica o extensiva a otras situaciones no contempladas.

Y así como no se le puede pedir a la jurisdicción administrativa que declare en primer término que un acto no es administrativo para poder instaurar una acción ante la justicia ordinaria, o pedirle a esta lo contrario; tampoco se le puede pedir a aquella que declare, como se pretende en el caso *sub-judice*, que una relación jurídica no está gobernada por un contrato administrativo o de prestación de servicios, para demandar luego, con base en esta delcaración, con fundamento en una declaración de trabajo ante la justicia laboral. La demanda así concebida parece estar orientada a solucionar de entrada y antes de que se produzca, un posible conflicto de jurisdicción.

No se entiende la Sala porqué si el demandante tiene el convencimiento de que la relación que tuvo con la administración fué de carácter laboral y no estatutaria o legal ni contractual administrativa, pretenda por este medio obtener un pronunciamiento previo sobre lo que no es, según sus palabras, la relación que tuvo con la Superintendencia, para poder demandar luego ante quien, según su misma opinión, si puede calificarla y hacerle producir consecuencias.

El convencimiento aludido expuesto de la demanda debió llevarlo, como es obvio a demandar ante la justicia ordinaria laboral, porque por la vía utilizada y con la causa *petendi* alegada, lo único que se produce es un derroche de jurisdicción sin ningún efecto práctico, ya que aún en el evento de que este fallo fuera favorable a las súplicas de la demanda, no sería obligatorio para el juez del trabajo y ni siquiera constituiría cosa juzgada sobre la índole de la relación laboral, cuya calificación y efectos cae dentro de la órbita exclusiva de su competencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase inhibido para decidir por ineptitud en la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el 31 de mayo de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES-Procedencia (Salvamento de voto)

Si la ley vigente al momento de la presentación de la demanda (C.C.A. de 1984) habilitaba en su artículo 87 para pedir de la jurisdicción contencioso administrativa un pronunciamiento sobre la existencia de un contrato administrativo, interadministrativo o de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, es obvio que puede pedirse un pronunciamiento respecto de la existencia de uno de tales contratos, como es igualmente obvio que si se podía solicitar a la jurisdicción que se pronunciara respecto de la validez de un contrato, bien podíase, *"a contrario sensu"*, solicitar un pronunciamiento sobre la invalidez del mismo.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO

Referencia: Expediente No. 5209. Actor: GERMAN GONZALEZ CAJIAO.

Me separa radical y rotundamente de la providencia que antecede. Las razones de mi discrepancia se resumen así:

1. No comparto al parecer mayoritario según el caso "se observa una clara inaptitud" en la demanda. Y no lo comparto pues nada impide, porque la ley no lo prohibe, que se demande en la forma en que el actor lo hizo.

El, con honestidad mental y lealtad procesal que lo enaltecen, expone claramente las razones de su proceder. La sentencia olvida, imperdonablemente a mi juicio, que el artículo 20 de la Constitución Política es muy claro al disponer que los particulares (el actor lo es) pueden hacer cuanto la ley no *prohiba expresamente, y no conozco norma legal alguna* que le prohiba al actor demandar como lo hizo. Me agradaría conocer esa expresa prohibición legal para retractarme de lo dicho.

2. Si la ley vigente al tiempo de la presentación de la demanda del doctor González Cajiao (Código Contencioso Administrativo de 1984) habilitaba en su artículo 87 para pedir de la jurisdicción contencioso administrativa un pronunciamiento sobre la *existencia* de un contrato administrativo, interadministrativo o de derecho privado de la administración en que se haya incluído la cláusula exorbitante de caducidad, es obvio por elemental lógica, que puede pedirse un pronunciamiento respecto de la inexistencia de uno de tales contratos, como lo hizo el actor, como es igualmente obvio que si se podía solicitar a la jurisdicción que se pronunciara respecto de la *validez* de un contrato, bien podíase, "a contrario sensu", solicitar un pronunciamiento sobre la *invalidez* del mismo.

3. Es deplorable que la jurisdicción continúe enmarañada en tecnicismos pseudoprocesales, que la conducen a inmolar los derechos sustanciales de los ciudadanos, con desmedro de su imagen y sacrificio innecesario de su reputación.

Dejo así suscintamente expuestos los motivos de mi voto disidente.

Atentamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Fecha ut supra.

FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO

En el proceso que ahora debe resolverse, la falla del servicio administrativo se predica no por no haberse cumplido por parte de la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con una obligación de construcción, mantenimiento y conservación de una vía pública sino por no haberse impedido la circulación de vehículos por ella en momentos en que representaba un peligro hacerlo y por no haberse también colocado señales adecuadas que alertaran sobre el mismo y contribuyeran a evitar un daño como el que aquí acaeció y esa obligación de impedir y alertar si correspondía exactamente al demandado.

INDEMNIZACION LABORAL/ PRESTACIONES SOCIALES/ INDEMNIZACION A FORFAIT

Iría contra la equidad aceptar el descuento de las pensiones de jubilación que reconoció a las viudas e hijos el Instituto de Seguros Sociales porque con ellos se beneficiaría la administración responsable que por razón de un pago con causa en disposiciones legales laborales se eximiría de indemnizar el daño causado por su omisión en cumplir los deberes de previsión que la ley le impone.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., ocho (8) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5814. Actor: PILAR ALICIA FERNANDEZ DE ARCE Y OTROS.

Agotada la tramitación de ley, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por los demandantes y demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, el 13 de abril de 1989, que acogió parcialmente las súplicas de la demanda (folios 207 a 237, C. 1).

I. ANTECEDENTES

1o. Pilar Alicia Fernández de Arce, en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad Juan Pablo, Oscar Hernán y Carlos Alberto Arce Fernández, así como así como Elizabeth Murillo Ayala, también en su propio nombre y en el de su hijo menor Daniel Felipe Castaño Murillo, solicitaron que por vía del proceso de reparación directa y cumplimiento se declarara que "la NACION COLOMBIANA - MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES, es civil y administrativamente responsable por el fallecimiento de los señores OSCAR MARINO ARCE BECERRA Y JAIRO CASTAÑO AGUILERA, acaecido el 22 de febrero de 1986, a consecuencia de un hecho o falla de la administración" y que en consencuencia, se la condenare al pago de los perjuicios morales y materiales, ocasionados a los demandantes, actualizados para la época de la sentencia o su posterior liquidación, de los cuales hicieron una estimación razonada.

2o. Los hechos de la demanda se pueden sintetizar así: El día 22 de febrero de 1986, Oscar Marino Arce Becerra y Jairo Castaño Aguilera regresaban al lugar de sus respectivas residencias, después de haber efectuado una correría, en el desempeño de sus empleos, por los Municipios del Huila y transitaban en automóvil por la carretera que de Campoalegre conduce a Hubo. En el kilómetro 37 de esta vía el río Neiva se había desbordado y destruido el puente que allí existia y aproximadamente a las once (11) de la noche cuando pasaban dichos señores por el lugar, se precipitaron al abismo, por la ausencia del puente y la falta de señales convenientes que indicaran peligro, perdiendo la vida.

En el Ministerio de Obras Públicas, por intermedio de apoderado especial, dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones "por considerar que la NACION no tiene ninguna responsabilidad frente a la situación narrada", manifestando que en cuanto a los hechos se estaría a lo que se probara y proponiendo "la excepción de inexistencia de la posible obligación ni responsabilidad alguna en el caso expuesto en el proceso y por lo tanto presento dicha excepción".

3o. Rituada la primera instancia el Tribunal Administrativo del Huila le puso fin con su sentencia apelada, en la cual accedió a la declaración de responsabilidad solicitada (numeral 1º de su parte resolutiva) y en consencuencia condenó a la Nación-Ministerio de Obras Públicas a pagar, por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente en pesos de 500 gramos oro, en favor de cada una de las demandantes señoras de Arce y de Castaño y de 250 gramos oro a cada uno de los hijos de la primera Oscar Hernán, Carlos Alberto y Juan Pablo Arce Fernández, y lo mismo al hijo de la segunda, Daniel Felipe Castaño Murillo No. 2) y por perjuicios materiales, $3.331.000.oo en favor de la señora Pilar Alicia Fernández vda.

de Arce, $252.424.oo a Oscar Hernán Arce Fernández, la misma cantidad a Carlos Alberto Arce Fernández, $628.519 a Juan Pablo Arce Fernández, $4.317.140.oo a Elizabeth Murillo de Castaño y $2.642.521.oo a Daniel Felipe Castaño (No. 3).

4o. Para llegar a la decisión anterior, el Tribunal consideró en síntesis que:

a) En el proceso se acreditó una falla del servicio por parte de la entidad demandanda porque en su concepto, ocurrida la caída del puente sobre el río Neiva, debido a una avalancha de este, no se colocaron en la carretera las señales de peligro adecuadas para prevenir a quienes transitaran por la carretera del riesgo que corrían ni obstáculos para impedir ese tránsito. Las medidas que en ese sentido se tomaron no fueron las adecuadas al fin buscado.

A la anterior conclusión llegó el ***a-quo*** mediante el estudio de la prueba testimonial y documental allegada.

b) La caída del vehículo, la muerte de los señores Oscar Marino Arce Becerra y Jairo Castaño Aguilera, el parentesco de estos con los demandantes y las respectivas dependencias económicas, las tuvo el a-quo por bien acreditadas, tanto con las pruebas documentales sobre autopsia y registros civiles recogidas, como, lo primero, con las declaraciones de testigos recibidas en el curso del proceso.

c) El monto de los perjuicios materiales los dedujo el Tribunal de la prueba testimonial que se practicó acerca de los ingresos recibidos por las víctimas por razón de su trabajo como empleados y de la participación que con ellos daban a sus esposas e hijos; habiendo aplicado las fórmulas matemáticas del caso para deducir los conceptos de indemnización consolidada y futura, que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado como apropiadas par este efecto, teniendo en cuenta las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria, Además aplicó la fórmula de apropiada actualización con base en los índices de precios al consumidor del Departamento Nacional de Estadistica que aportaron al proceso.

Para estimar la suma mensual de ingresos de cada una de las víctimas y deducir la indemnización futura o anticipada, el a-quo dedujo el monto de la pensión vitalicia que se acreditó que el Instituto de Seguros Sociales reconoció a las viudas e hijos de las víctimas, quien por su trabajo estaban afiliados a dicho Instituto (folio 19, C. 2).

d) Encontró el ***a-quo*** que la imprudencia de las víctimas, al no haber atendido las inadecuadas señales de peligro y los deficientes obstáculos puestos en la vía, contribuyó a la caída del vehículo y a la muerte de los señores Arce y Castaño, por lo cual consideró que tanto los perjuicios materiales como los morales debían disminuirse en un 50%, por culpa concurrente de aquellos.

La conducta negligente de los accidentados la dedujo el juzgador de la declaración de la señora Emilia Tovar, quien trabajaba en un "puesto" de venta de bebidas en la plaza de Hobo, en donde aquéllos compraron cuatro cervezas y a quienes un

contertulio les dijo que no había paso por la carretera porque el puente se había caido a lo que ellos respondieron que pasarían por "un ladito" y que además, observó que habían continuado su camino circulando "Por un lado del sitio donde estaban las guaduas y las canecas" en la calle del pueblo (folios 42 vlto. a 44 vlto., C.2) así como del hecho de no haber atendido las señales de pare que con una linterna les hizo el señor Alirio Murcia, algunos kilómetros antes del puente, celador de la maquinaria de la firma de ingenieros que estaba efectuando trabajos en la carretera (folios 12 a 14 C.2).

e) Como el apoderado judicial de la parte demandada, en su alegato de conslusión hubiera sostenido que ha debido demandarse al Fondo Vial Nacional y no al Ministerio de Obras Públicas y Transportes por ser el primero quien, por la ley (Ley 64 de 1967 y decreto 2862 de 1968), está encargado de la construcción, conservación y mantenimiento de las carreteras nacionales, lo que dijo, se relacionaba con la excepción de la demanda, el Tribunal a-quo dijo: "Al respecto observamos que en la demanda se indicó como demandada a la Nación y a esta entidad corresponde tanto el Ministerio de obras Públicas como el Fondo Vial Nacional. De tal manera que como la imputación recae sobre la totalidad del ente abstracto denominado Nación, se considera, tal como lo ha considerado el H. Consejo de Estado (sentencia del 25 de abril de 1988, Expediente 3882) que con la citación de uno solo de los organismos que le (sic) representan, es suficiente para establecer en debida forma la relación procesal".

5o. Inconformes tanto demandantes como demandada con la decisión de primera instancia, interpusieron recurso de apelación.

A) La Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transportes fundamenta su recurso, así (folios 239 a 248, C. 1).

a) En la contestación de demanda propuso la excepción de inexistencia de la obligación "por considerar que efectivamente ella no tiene ninguna responsabilidad, vínculo con el asunto investigado" y, entonces, agrega en su alegato: "En efecto la persona jurídica denominada Fondo Vial Nacional ente de derecho público, la encargada de la construcción, conservación y mantenimiento de las carreteras nacionales, y no la Nación" y para probarlo transcribe el artículo 1º de la Ley 64 de 1967 y los artículos 1º y 3º del Decreto 2862 de 1968 y parte del 4º de este mismo Decreto, para enseguida agregar, repitiendo lo dicho en el libelo de conclusión de instancia: "Es que, se repite, la función de construir, conservar y mantener las carreteras nacionales, según la ley, es propia y exclusiva del Fondo Vial Nacional. Esta persona jurídica ejecuta su labor, entre otras cosas por conducto de los Distritos de Obras Públicas con base al Artículo 3 del citado Decreto 2862/68.

"El Fondo Vial Nacional es una persona jurídica de las definidas en el Artículo 5 del Decreto 1050 de 1968 y por lo tanto es un sujeto que responde de sus actos como cualquier persona, sin diferencia de ninguna naturaleza.

"Como la demanda se dirige contra la Nación y según la demanda la base tomada para buscar la responsabilidad extracontractual del estado está relacionada con la conservación de una carretera se concluye entonces, que se (sic) llegare a existir una responsabilidad por ese motivo, la persona a quien debió demandarse es al Fondo Vial Nacional y no a la Nación, porque ésta nada tiene que ver con el asunto.

"En los hechos 10 y 11 de la demanda se habla de que el mantenimiento de la carretera y puentes corresponde a la Nación por intermedio del Distrito No. 11 de carreteras con sede en Neiva.

"De acuerdo con la Ley 64 de 1967 y Decreto 2862 de 1968 ya mencionados, el mantenimiento, conservación y construcción de las carreteras nacionales le corresponde a la persona juridica 'Fondo Vial Nacional' y por lo tanto no es cierto lo que se dice en los hechos 10 y 11 de la demanda en cuanto a aquella función corresponde a la Nación.

"Es procedente entonces señores Magistrados declarar probada la excepción propuesta, negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la actora".

Cita luego el señor apoderado de la demandada la consideración, atras transcrita, del Tribunal ***a-quo*** en relación con la imputación que "recae sobre la totalidad del ente abstracto denominado nación" y manifiesta que no está de acuerdo con la teoría expuesta allí "por que con ella se desconoce la identidad de las personas jurídicas individualmente consideradas" para lo cual se extiende en comentarios acerca de la personalidad jurídica diciendo que una es la de la nación y otra la del Fondo Vial Nacional quien posee su representante legal por mandato de la Ley 64 de 1967" y desde este ángulo no puede asegurarse y menos decirse que el representante legal de dicho Fondo sea el representante de la Nación".

Afirma que los actos del Fondo Vial Nacional no pueden efectuar jamás los intereses de la Nación, que el Fondo, tiene las características dadas por el Decreto 1050 de 1968 a los establecimientos públicos y por consiguiente es persona juridica distinta de la Nación con patrimonio independiente, por lo cual "si la Nación como persona jurídica celebra un contrato, no puede afectar ni comprometer para el efecto el patrimonio del Fondo Vial Nacional" y "si el Fondo Vial Nacional celebra un contrato, no puede comprometer para este convenio el patrimonio de la nación, siendo el Fondo una persona jurídica totalmente diferente a lo que es la Nación misma", si el Fondo falla en el servicio que le corresponde, "será el llamado a responder ante los jueces de la Republica, pero si no otra persona, porque en principio y salvo las excepciones de orden legal, cada quien responde de sus actos". Termina diciendo que "como la ley dice que la conservación y mantenimiento de las carreteras nacionales, estan a cargo del Fondo Vial Nacional, si hubiese existido la falta o falla del servicio en el caso que ahora se investiga y que ha recibido falla (sic) de primera instancia, el llamado a responder era ese Fondo y no la Nación. Como no se la demandó fuerza es concluír, que la Nación no puede ser condenada

en este caso y por lo tanto la sentencia debe ser revocada y como consecuencia (sic) todas las pretensiones de tal demanda".

b) Critica el examen que hizo el ***a-quo*** sobre el acervo probatorio en cuanto a las señales de peligro y obstáculo que se colocaron para impedir el tránsito por la carretera en dirección al lugar donde se produjo la caída del puentes, para sostener que ellas fueron adecuadas al fin perseguido, sin que por el hecho de que el automóvil de las víctimas hubiera pasado por un lado de dicho obstáculo puede considerarse que era ineficaz para prevenir o controlar el paso vehícular, como no lo es la existencia de un semáforo que estando en rojo sin embargo no es obedecido por el automotor que no atiende la señal.

Este ejemplo vale la pena traerlo a colación porque la situación narrada con el semáforo viene a considerarse prácticamente igual a la que sucedió con los ocupantes del vehículo accidentado, ya que éstos, tal como esta demostrado, no pasaron en Hobo por la carretera pavimentada o central porque este sector estaba cubierto por las guaduas y las canecas allí colocadas, sino por un lado de éstas, lo que implicó una burla y un desconocimieto a lo que indicaba el impedimento de pasar por la vía central comentada".

Otra consideración que demuestra la efectividad de las señales colocadas en la población es que por la carretera donde se derrumbó el puente circulaban diariamente 1568 vehículos para 1985 y 1525 para 1986 y solo uno fue el accidentado.

La sentencia se refiere a la distancia donde se colocaron las señales y obstáculo en relación con el puente destruído pero también indica que en ese tramo vial no existen otras vías de importancia aparte de accesos a fincas de la región.

c) La culpa exclusiva de las víctimas exonera de responsabilidad y según las pruebas que obran en el proceso a aquellos se les advirtió que la vía estaba cerrada por la caída del puente y no hicieron caso de la advertencia, como tampoco respetaron el obstáculo colocado en Hobo, el cual eludieron, pasando por un lado del mismo.

d) En cuanto a los perjuicios liquidados critica que habiéndose determinado que las víctimas destinaban el 25% de sus ingresos para su subsistencia y el 75% para el de sus familias, se hubiera restado del ingreso total de las pensiones reconcidas, cuando la resta ha debido ser del 75% de los ingresos laborales.

B) La parte actora, fundamenta su recurso así (folios 251 a 255, C.1):

a) "No surge la concurrencia de culpas, porque el Estado no demostró que en el sitio del derrumbamiento (sic) del puente hubieran (sic) colocando las señales indispensables y necesarias para advertir a los transeúntes el peligro que ofrecía el abismo que allí se presentaba, Tampoco demostró el Estado que hubiera destacado agentes suyos para advertir a las personas el peligro que se presentaba en el sitio donde antes estaba el puente".

El propio apoderado del Estado aportó el memorando que aparece al folio 69 del Expediente (se refiere a un informe dirigido por el señor Jenaro Murillo quien firma como Inspector, al Jefe División Técnica Distrito No. 11, del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, que aparece en el citado folio del Cuaderno 2, con la referencia "Informe sobre colocación señales)", del cual resulta que habiendo ocurrido la avalancha del río Neiva el dia viernes 21 de febrero, solo treinta y dos horas más tarde, "los funcionarios del Estado se pusieron en actividad para señalizar el peligro" y acordar con los agentes del puesto de policía de Hobo que indicaran a los vehículos mediante el uso de pitos que debían tomar otra vía.

El mismo Memorando, en su parte final indica que solo el día domingo se reforzó el taponamiento de la via tanto en Hobo como en el Kilómetro 37.

El testimonio del señor Alirio Murcia, "tambien aportado por el Estado" ratifica que en el momento del accidente no se habían puesto señales.

"No puede afirmarse que la guarda que parece se había instalado en el Hobo, a CATORCE KILOMETROS de distancia del peligro, constituía un medio eficaz de prevención del peligro. Una guadua, sin leyenda de peligro, sin señal escrita de desvío, no dice nada. No puede tomarse como suficiente para prevenir el peligro, porque no obstaculizaba la totalidad de la vía y estaba ubicada en sitio indebido que permitía el tránsito hacia Campoalegre. Tal como lo dice el Tribunal lo ideal hubiera sido colocar la barrera, la guadua o las señales un poco antes de llegar a la esquina de la Iglesia".

b) Un testigo declaró que las víctimas estaban embriagadas antes de continuar su camino por la carretera en donde se produjo el accidente fatal pero este punto ni siquiera lo planteó el apoderado del Ministrio de Obras Públicas y Transportes y "está más que descartado con la autopsia (sic) médico legal que dio resultado negativo para licores...".

6o. En sus respectivos alegatos de conclusión durante la segunda instancia, cada una de las partes repitió en lo fundamental la argumentación de su respectivo recurso y la actora rebatió la conclusión del Tribunal sobre concurrencia de culpa de las víctimas, porque en su concepto la causa única del accidente fue la inadecuada señalización del derrumbe del puente, para lo cual se auxilia con los testimonios rendidos por la Inspectora de Policía que llevó a cabo el levantamiento de los cadáveres y su secretario; también arguye que no se debió haber descontado lo pagado por el seguro social, al calcular las indemnizaciones por obedecer a causa distinta de la responsabilidad cuya declaración se persiguió en este proceso (folios 259 a 275 y 276 a 282, C.1).

Cerrada la oportunidad para alegar, el señor apoderado judicial de los actores presentó memorial en donde rebate la argumentación de la parte demandada y de la fiscalía acerca de haberse debido demandar al Fondo Vial Nacional. Por su inoportunidad, no es del caso reseñar ni tener en cuenta este libelo (folios 287 a 293, C. 1).

7o. Por su parte, el señor Fiscal 8º de la Corporación, en su vista de rigor, conceptúa que en este proceso "se ha configurado la falta de legitimación en causa pasiva, o sea que no es la Nación la responsable por las pretensiones de la demanda, sino el Fondo...", por lo cual solicita que se revoque el fallo de primera instancia y se proceda a negar tales pretensiones (folios 284 a 286, C.1).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o. Es fundamental destacar, en primer término, que al hecho por el que se demanda consiste en que la Administración concretamente el Ministrio de Obras y Transportes no cerró una vía, ni tomo las medidas necesarias para prevenir a quienes por ella transitaran en los peligros que podían correr.

En el hecho 10º, expone el demandante: "Las muertes de OSCAR MARINO BECERRA y de JAIRO CASTAÑO AGUILERA tuvieron como factor determinante y causa eficiente, un hecho o falla o falta de la administración. En efecto, una vez producido el arrancamiento del puente sobre la quebrada la Chatera, que era de propiedad de LA NACION, en el kilómetro 37 de la carretera que de Campoalegre conduce al Hobo, carretera y puente cuyo mantenimiento corresponde a la NACION por intermedio del MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTES, por ser una carretera nacional, se debieron instalar por parte del Distrito II de Carreteras con sede en Neiva, las señales luminosas correspondientes, las barreras a las distancias indicadas por el Codigo de Transportes, en el trayecto necesario, destacar al sitio donde se ofrecía el peligro, personal a sus órdenes para de esta forma avisar a los conductores de la trampa mortal que ofrecía el suministro causado por la furia de las aguas, y haber tomado las medidas de seguridad que el buen juicio y la experiencia indican para evitar cualquier riesgo en situaciones como las que se describe y no como se hizo en el presente caso, poner en guadua en la localidad de HOBO, A MUCHOS KILOMETROS DE DISTANCIA DEL SITIO DE LOS HECHOS, guadua que por otra parte no indicaba nada diferente a un desvío equívoco que no constituía señal indubitable del peligro que acechaba kilómetros adelante. Prueba de ello es la muy importante constancia dejada por la funcionaria qué practicó el levantamiento de los cadáveres al escribir: También dejo constancia que al llegar al sitio del accidente por el lado sur, no se encontró ninguna señal de tránsito que previniera sobre la peligrocidad (sic) que presentaba la carretera debido al desbordamiento (sic) del Río Neiva, más exactamente quebrada denominada la chatera (sic)".

Lo anterior pone de presente que se trata de acciones indemnizatorias por falla del servicio de tránsito y de previsión que la Administración tenía que cumplir en la carretera en donde ocurrieron los hechos.

Esta precisión es importante por cuanto que si bien en el hecho 11º los actores expresan que "La conservación y mantenimiento de la carretera que de Neiva conduce a Hobo le corresponde hacerlo al Ministerio de Obras Públicas y Transportes por intermedio del Distrito 11 de carreteras con sede en Neiva... tomado

dentro del contexto general de la demanda, se observa que no se trata de deducir responsabilidad a la entidad demandada (la Nación) no por no haber reparado el puente destruido por la creciente inmoderada que se presentó en el río Neiva o en quebrada tributaria, ni tampoco por deficiente mantenimiento o conservación de aquél o de la carretera a la que servía de unión, sino, se repite, porque ocurrido el derrumbe no se tomaron las precauciones necesarias para impedir el tránsito de vehículos al lugar o para avisar a los usuarios de la vía sobre el peligro que corrían por lo ocurrido al puente.

Al contestar la demanda, según se dejó relatado (No. 4º capítulo I, Antecedentes) el señor apoderado judicial de la entidad demandante propuso la excepción que denominó "de inexistencia de la posible obligación en la parte demandada", sobre la cual se limitó a decir "Desde ahora considero que la Nación no tiene obligación ni responsabilidad alguna en el caso expuesto en el proceso y por lo tanto presento dicho excepción (folio 72, C.1).

Aparte de que la excepción en cuestión estrictamente no tiene tal calidad exceptiva "porque no es excepción perentoria la simple negación del derecho afirmado por el actor o de la obligación correlativa del demandado, agrega la Sala], sino un hecho impeditivo o extintivo que excluya sus efectos jurídicos", como ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (G.J. Tomo LVIII, 109), la demandada, en sus alegatos de conclusión de primera y segunda instancia, así como en la fundamentación del recurso de apelación, se limitó a exponer que de acuerdo con la ley orgánica del Fondo Vial Nacional a este le corresponde la construcción, conservación y mantenimiento de las carreteras nacionales y no a la Nación, por lo cual en su concepto dicho Fondo ha debido ser la entidad demandada; el que el Fondo tenga, como en efecto lo tiene, tales funciones, no constituye hecho impeditivo o extintivo del derecho pretendido, pues, se repite, no se alega ni que la tragedia de la cual se pretende deducir la responsabilidad contractual de la Nación se debió a que debiéndose haber construído una via no se hizo, o se hizo deficientemente, o a que ésta no se mantuvo, en forma adecuada, ni, en fin a que no se previno su destrucción habiéndose podido hacerlo, sino a que ocurrido un siniestro en una carretera no se tomaron las precauciones que hubieran evitado las muertes que ocurrieron.

No es ahora la oportunidad de adentrarse en el estudio de la responsabilidad exclusiva o no de los entes descentralizados y en la definición de las consecuencias juridicas y concretamente procesales que de dicho estudio puedan resultar, porque en el proceso que ahora debe resolverse la falla del servicio administrativo se predica no por haberse cumplido por parte de la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transportes, con una obligación de construcción, mantenimiento y conservación de una vía pública sino por no haberse impedido la circulación de vehículos por ella en momentos en que representaba un peligro hacerlo y por no haberse también colocado señales adecuadas que alertaran sobre el mismo y contribuyeran a evitar un daño como el que aquí acaeció y esa obligación de impedir y de alertar

si correspondía exactamene al ente demandado, es por esto que la defensa alegada no puede prosperar.

De acuerdo con el artículo 3º del Decreto Ley 1344 de 1970, por el cual se expidió el Código Nacional de Tránsito Terrestre, tal como fue modificado por el artículo 2º del Decreto 2169 de 1970, el ministro de obras públicas es autoridad de tránsito; según el artículo 6º "El Ministerio de Obras Públicas dictará las resoluciones sobre utilización y señalamiento de carreteras nacionales, en los términos y para los fines contemplados en este estatuto" luego el artículo 11 del mismo estatuto estableció que "El Ministerio de Obras Públicas determinará las señales, convenciones y demarcaciones de tránsito por las vías del país y dará instrucciones sobre su interpretación y uso". Y ya pasando de un nivel que podría alegarse que es de función puramente de planeación o de regulación, a uno operativo, el legislador, en el artículo 113 del citado Código, dijo: "Las autoridades municipales de tránsito colocarán en las vías urbanas las marcas y señales para estacionamiento, paraderos, cruce de peatones, zonas escolares, zonas de taxis, zonas de cargue y descargue, y demás a que hay lugar, de acuerdo con las pautas *del Ministerio de Obras Públicas quien tendrá a su cargo la colocación de las señales en las autopistas y carreteras*" (Subraya de la Sala). Por último, el artículo 116 reza: "No podrán colocarse en las vías señales o avisos sin permiso del Ministerio de Obras Púlbicas en las zonas rurales, o de las autoridades municipales de tránsito en las vías urbanas".

2o. Lo anterior es lo que explica seguramente, que hubiera sido el Jefe de la División Técnica del Distrito No. 11 del Ministerio de Obras Públicas y Transportes quien hubiera instruido, el día sabado 22 de febrero de 1986, en las horas de la tarde, al Inspector de Puentes y Señales del mismo Ministerio y Distrito, sobre la destrucción de la banca de la carretera en el sector K-31 de la vía Neiva-Campoalegre-Hobo-Garzón, el día anterior, en las horas de la mañana, para que adquiriera y colocara los materiales necesarios "para cerrar el paso en el tramo afectado por la abalancha (sic) del Rioneiva (sic)..." (folio 9, C. 2), según lo expresa en informe rendido a su superior inmediato.

3o. El citado inspector en el mismo informe dice que en esa tarde "la solución no se pudo dar completa ese día, debido a que era sábado y no fue posible (sic) conseguir los trabajadores; razón por la cual se perdió tiempo y fue así como a las 16:30 horas me trasladé al sitio de los acontecimientos para enterarme personalmente de la situación siendo las 18:00 horas y después de coordinar con los agentes del puesto de policía de Hobo, la labor de vigilancia y control de los vehículos indicándoles el desvío por la vía Yaguará -El Juncal- Neiva, para lo cual se acordó que los agentes que prestaban el servicio tanto de día como de noche, hicieran uso de los pitos para garantizar el cumplimiento de las órdenes por parte de los conductores".

Luego informa el mismo funcionario que "El día domingo 23 en las primeras horas ya con el personal de obreros se precedió a reforzar el taponamiento de la

vía, tanto el Hobo como en el K-37 COLOCANDO más señales y obstáculos que garantizaran alguna seguridad".

En informe posterior, del 6 de marzo siguiente (folio 67, C.2), que firma el mismo inspector, en compañía del señor Pedro Armando Belálcazar, dice que el señor Alirio Murcia, celador de la Compañía Murillo Lobo Guerrero (que era la firma de ingenieros que estaba realizando trabajos de mantenimiento en la vía) les relató que desde temprano, el día sábado 22, llegaban al lugar del alud "toda clase de vehículos pequeños y la gente se arrimaba a pie a observar los daños y regresaban" y que entre las 11 y 11:30 p.m. vio un carro Renault 4 color blanco que cruzó el puente metálico de Río Neiva "que venia despacio orillado por la berma evitando los obstáculos del centro de la vía, que como aumentaban los obstáculos cruzó la calzada y siguió por la berma izquierda" y siguió orillándose más cayendo al río por sobre el extremo del muro de Gaviotas "y agregó el autor del relato, según el Inspector: "No me explico como ese señor ni siquiera frenó, pues no quedó ninguna clase de rastro de frenada.

El automóvil al cual se refiere el informe, fue precisamente el que ocupaban los señores Arce y Castaño, quienes perecieron ahogados.

4o. Volviendo al informe del Inspector, señor Jenaro Trujillo, resulta que "la solución que no pudo dar completa" en la tarde del 22 de febrero consistió en la colocación de unas guaduas y unos burros de madera "que decían peligro" en la esquina de la iglesia y la esquina diagonal, "con el objeto de desviar todo el tránsito por la vía de Yaguará, según declaración del señor Pedro Armando Belalcazar. Esta persona, cuando se le preguntó por qué le constaba "la existencia o mejor la colocación de las señales preventivas" contesto: "Me consta porque yo manejo un grupo que se llama puentes y señales que pertenece al Ministerio de Obras Públicas y se envió al señor Jenaro Trujillo inspector del Grupo de Puentes y señales a colocar dichas señales. Yo se las entregué en el Taller y él se las llevó" (folios 93 a 97, C.1). El mismo declarante dijo que otras señales se colocaron en el "cruce de Algeciras", "a una distancia aproximada de 50 metros en el centro de la vía cerrando la vía; las otras se colocaron en el Puente de Río Neiva también cerrando la vía, fuera del cierre que se había hecho en el Hobo. Las señales consistían en unos burritos de madera que en el atravesaño (sic) decía Peligra, También se colocaron guaduas".

Aparentemente las señales fueron colocadas solo hasta el día domingo, porque el mencionado celador de la firma Murillo Lobo Guerrero, señor Alirio Murcia, según se vio, informó al inspector que el día sábado "desde temprano" y por la noche llegaron al lugar donde se produjo la avalancha que destruyó la bancada de la carretera en el kilómetro 37 "toda clase de vehículos pequeños...".

5o. El señor Arcadio Murcia, empleado del mismo Ministerio en el mismo "grupo de Puentes y Señales" declaró que las señales de peligro en la carretera y cerca del puente, las puso él con los otros trabajadores "El mismo día que se cayó el puente el día y la hora no recuerdo, pero ya era de día eran las dos de la tarde", pero esto no es creíble en vista del informe del Inspector, al que atrás se ha hecho

referencia. En el mismo sentido rindió testimonio otro trabajador del Ministerio, el señor Pablo Emilio Campos, quien dice que las señales en la población de Hobo, colocadas en la esquina de la iglesia, lo fueron por la Policía de ese lugar y que "el Ministerio colocó otra allá en el puente, los burritos de madera" (folios 98 a 100, C.1), pero esta declaración tampoco es exacta en cuanto a la fecha de instalación de "los burritos", teniendo en cuenta lo informado por el Inspector, quien era el Jefe tanto de los señores Campos como del señor Arcadio Murcia, aparte de que los testigos señores Ricardo Alvarez Toledo, empleado de la Alcaldía de Campoalegre (folios 16 a 17 C.2) y Néstor Rojas Plazas, "comerciante independiente" (folios 17 a 18 vlto, C. 2), afirman no haber visto ninguna señal en la carretera, en cercanías del lugar donde ocurrió el accidente.

Además, el señor Alirio Murcia, quien era el celador a que hace referencia el mismo Inspector en su segundo informe, declaró dentro del proceso, cuando se le preguntó si "se dio cuenta que el Ministrio de Obras Públicas, por intermedio del Distrito Once de carreteras con sede en Neiva, hubiera procedido [a colocar] a ambos lados del abismo que quedó señales que advirtiera el peligro que presentaba el lugar donde había estado el puente", contesto: "En ese momento del accidente (se refiere el testigo al del automóvil que ocupaban los señores Arce y Castaño) no habían puesto señales ninguna, pusieron señales pero al otro día del accidente". A este mismo declarante se le preguntó "Usted ha dicho en esta diligencia que en el Hobo se había colocado una señal. Sírvase decirle al juzgado si usted personalmente vió esa señal y en caso afirmativo descríbala" y contestó: "Sí la ví, estaba ubicada en la esquina de la iglesia, al frente de la carretera que va para Yaguará, no recuerdo que señales eran, pero en todo caso ahí habían señales y como hubiera dicho en la misma declaración que en la noche del accidente, del automóvil, cuando perecieron los señores Arce y Castaño, había llegado a cercanías del lugar en donde ocurrió a cumplir sus funciones de celador de una máquina de la firma ingeniros, como se había transportado y hubiera informado que en una camioneta, se le preguntó "Dígale al juzgado si la camioneta que lo trajo a usted a cumplir el turno de la celaduría tuvo algún inconveniente con la señal que usted dice que existía en el Hobo hacia la carretera que existía para Yaguará, es decir si usted tuvieron (sic) que bajarsen (sic) a mover algún obstáculo o por el contrario pudieron transitar libremente", el testigo contentó: "No tuvimos ningún inconveniente, pasamos por un lado donde estaba la señal" (folios 12 a 14, C.2).

6o. De todo el acervo probatorio citado, la Sala concluye que:

a) El Ministerio de Obras Públicas y Transportes, a través de empleados suyos en el Distrito de Obras No. 11, dio instrucciones el día 22 de febrero de 1986 para que se colocaran señales de peligro que alertaran sobre la avalancha del río Neiva o una quebrada tributaria de este, que había ocasionado la caída de un puente en el kilómetro 37 de la carretera.

b) En el municipio de Hobo se colocaron algunas guaduas sobre dos canecas para que el tráfico no siguiera por dicha carretera hacia Neiva, sino por otra carretera hacia Yaguará.

c) El puente quedaba, desde Hobo, a una distancia aproximada de 14 kilómetros.

d) Cerca del lugar del accidente, donde el puente se derrumbó, no se colocaron señales sino hasta el día domingo siguiente a la tragedia.

e) La señal u obstáculo colocada en Hobo no puede estimarse que fue suficiente o adecuada para impedir el paso de vehículos, pues el mismo inspector de Señales y Puentes del Ministerio da cuenta de habérsele relatado que el día sábado, cuando acaeció el accidente de los señores Arce y Castaño llegaron al kilómetro 37 numerosos vehículos.

f) En cuanto a la señalización de los peligros que presentaba la carretera, en el lugar mismo de los hechos y la colocación de obstáculos para que no existiera la posiblidad de tráfico, el acervo probatorio conduce a la conclusión de la inactividad de la administración desde cuando ocurrió el alud y hasta después del accidente motivo del presente proceso.

7o. Por lo anterior, para la Sala se está pues en presencia de una evidente falla del servicio, es decir, de uno de los elementos que estructuran la responsabilidad de la administración.

8o. El Tribunal *a-quo* consideró que las víctimas se expusieron al daño por su conducta imprudente al pretender circular por la carretera afectada por el alud del río eludiendo la señal colocada en la población, no obstante reconocer que era inadecuada, por lo cual la responsabilidad de la entidad demandada debía ser compartida por ella en un cincuenta por ciento (50%). La Sala está de acuerdo con esta apreciación, que se conforma con el acervo probatorio y la tendrán en cuenta al efectuar la liquidación de los perjuicios cuyo pago condenará.

9o. Otro de los dichos elementos está constituido por el perjuicio que en el *sub-lite* consistió en la muerte de los señores Arce y Castaño, quienes proveían con su trabajo al sostenimiento de sus respectivas familias, de acuerdo con las pruebas recogidas y bien estimadas por el sentenciador de primer grado.

En lo que no está de acuerdo la Sala con lo decidido a este respecto en el fallo de primera instancia es en la disminución que hace en la indemnización a que condena en favor de los perjuicios por el monto de la pensión reconocida por el Instituto de Seguros Sociales a la viuda e hijos de los fallecidos.

Los dictrinantes, al tratar el problema relativo a la determinación del contenido del daño indemnizable hablan de la *compensatio lucri cum damno,* para de-

signar con esta expresión la reducción que pueda sufrir el daño por la concurrencia del lucro que reciba el perjudicado.

Si una persona simultáneamente con el daño percibe una ventaja, hasta donde dicha ventaja debe disminuirse del monto del perjuicio, dado que lo resarcible es tan sólo el efectivo detrimento patrimonial sufrido?

El caso lo enuncia así, el tratadista uruguayo Jorge Peirano Facio, en su obra intitulada "Responsabilidad Extracontractual" (Ed. Temis, Bogotá, 1981, No. 208): "Parece innecesario -escribe- señalar que para que se configure el daño a los efectos de la responsabilidad contractual, es preciso que él no ha sido reparado. Esto que aparece como ociosa tautología cuando se encara el problema pensando en que el ofensor ha indemnizado a la víctima del daño sufrido, cobra interés cuando en virtud de una circunstancia cualquiera el perjuicio ha sido reparado sin la intervención del ofensor, puede la víctima accionar contra éste? se entiende que en tal caso subsiste el daño como elemento integrante de la responsabilidad extracontractual?, o por el contrario, ha desaparecido ya dicho extremo de la responsabilidad?".

El autor en cita dice que en tres hipótesis fundamentales se puede plantear el problema: el caso de la reparación del daño respecto del cual se ha contratado un seguro; el caso de que se pague una pensión con motivo del mismo y el caso en el cual la víctima recibe socorros de caridad, con ocasión del mismo daño.

En el primer evento, se pregunta el escritor si puede pretender iniciar la acción de resarcimiento del daño contra el ofensor no obstante el seguro que lo indemniza o si por el contrario se argüiría que el daño reclamado ya no existe porque ha sido indemnizado y, adentrándose en el caso dice que la doctrina y la jurisprudencia francesa han debatido el problema y que en un principio se inclinaron por pensar que no procedía en favor del damnificado la acumulación de la acción responsabilidad extracontractual con aquella que le da derecho al cobro de la indemnización emergente de la póliza de seguro, para sostener lo cual se fundaron "en que habiendo sido ya reparado el perjuicio sufrido por la víctina no era posible concebir que pudiera prosperar en su favor una acción de responsabilidad; eliminando el daño, qué derecho tendría la víctima para reclamar algo ante la justicia?". Añade que sinembargo, esta argumentación bien que aparentemente sólida ha sido superada por las mismas doctrina y jurisprudencia en la actualidad porque la evolución del derecho y la divulgación de los seguros sobre la vida y contra accidentes de las personas han demostrado que la naturaleza indemnizatoria del seguro de cosas, el intérprete lejos de encontrarse frente a un negocio indemnizatorio, se halla frente a una figura jurídica muy distinta de la indemnización, tanto en aquélla como en esta circunstancia, la suma vertida por el asegurador en caso de accidente no es pagada a título de reparación de daños; por el contrario, es la contrapartida de las sumas recibidas, constituye sólo la ejecución de una obligación condicional, en la cual el evento del que depende la condición es el acaecimiento de determinado riesgo" y anota luego que el hecho de no poder convenir el asegurado con el asegurador, o a su arbitrio, el importe del seguro por encima del valor de la cosa

asegurada, no es porque la naturaleza del seguro sea indemnizatoria sino para evitar posibles fraudes por parte del asegurador.

El caso de la pensión en favor de la víctima y a cargo de una tercera persona distinta del ofensor, que el autor dice ser muy excepcional en nuestro medio pero relativamente frecuente en los países europeos a causa de las pensiones llamadas de guerra, lo resuelve de manera diferente porque para él en este evento la pensión tiene carácter puramente indemnizatorio y "El Estado, el municipio, o el que daba servir la pensión en razón del evento dañoso, sufren por este mismo hecho, una merma en su patrimonio, merma que no está compensada por ninguna contraprestación concreta que anteriormente hayan recibido" de donde concluye que respecto del pensionado, la pensión constituye indemnización y que quien paga la pensión puede repetir contra el ofensor.

Y en cuanto a la tercer hipótesis que "se da en aquellos casos en que a consecuencia del evento dañoso la víctima ve compensado el daño que ha sufrido, no por el seguro ni por una pensión servida por el Estado o por el Municipio, sino por los socorros voluntarios que recibe de terceros, y que como es natural, pueden, incluso superar el monto del daño que se ha inferido", lo resuelve en el sentido de que ofendido naturalmente puede reclamar del ofensor la indemnización por cuanto la caridad que aquél recibe tiene un sentido de beneficiencia, esta es su causa y no tiene el carácter de indemnización, aparte que desde el punto de vista de la equidad abocaría que la víctima no tuviera en tal evento una acción de indemnización contra el responsable del daño, porque entonces resultaría favorecido con aquella caridad si en razón de ella "se exonera de la obligación de reparar el daño causado por su dolo o culpa".

A lo expuesto y su aplicación al medio jurídico colombiano solo habría que anotar que aun cuando en nuestro país los seguros de daños a las cosas o al patrimonio, respecto del asegurado, son contratos de mera indemnización y jamás pueden constituir para él fuente de enriquecimiento (artículo 1088 del C.de Co.) el problema lo resuelve la legislación en el sentido de no denegarle al asegurado acción indemnizatoria contra quien le ocasionó el perjuicio sino en el de decretar que el asegurador que pague la indemnización asegurada, se subroga en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro (artículo 1096 C. de Co.) en cuyo caso sí el responsable podría discutir la legitimación en la causa del asegurado pero nunca la del asegurador y en cuanto al primero tampoco podría hacerlo en relación con la parte de perjuicios no cubierta por el valor asegurado que se hubiere pagado. Pero en relación con los seguros de personas, el Código de Comercio solo da carácter indemnizatorio a los amparos de gastos que tengan carácter de daño patrimonial, como los médicos, quirúrgicos o farmacéuticos (artículo 1140) y dispone que para aquella especie de seguros no tiene cabida la subrogación.

En el *sub-lite*, además, sí que iría contra la equidad aceptar el descuento de las pensiones de jubilación que reconoció a viudas e hijos el Instituto de Seguros

Sociales porque con ello se beneficiaría a la administración responsable que por razón de un pago con causa en disposiciones legales laborales se eximiría de indemnizar el daño causado por su omisión en cumplir los deberes de previsión que la ley impone.

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que en el caso de pensiones de que trata Peirano Facio, del contexto de lo escrito por él se está en presencia de un evento en que las pensiones se otorgan graciosamente por municipalidades o gobiernos nacionales a título de recompensa por servicios prestados al país y no como consecuencia de haber ocurrido la muerte o las incapacidades siendo trabajador de alguna empresa particular y habiendo contribuido con aportes patronales y personales del empleado al sistema de seguridad social implantado por el legislador, que es el caso en Colombia con las pensiones del seguro social y como ocurre en el *sub-lite*.

Adriano de Cupis, en su obra "El Daño - Teoría General de la Responsabilidad Civil" (Ed. Bosch, Barcelona, 1975, No. 41) al tratar de la *compensatio lucri cum damno*, anota que el responsable "no puede pretender que del daño resarcible se deduzca aquello que el perjudicado ha obtenido por la caridad del filántropo" o del asegurardor a "quien [la víctima] ha satisfecho regularmente las primas como correspectivo de la suma asegurada: porque, adicionalmente, si se diera la *compensatio*, la víctima "en esencia, no obtendría la compensación debida- o dicho con más propiedad, la obtendría, pero disminuida en la cantidad que del daño debe resarcir el culpable-, es decir, que en definitiva se encontraría en peores condiciones respecto a aquel que no ha tenido la previsión de asegurarse, y ello por razón de las primas pagadas. En contraposición el autor del daño quedaría beneficiado (liberado respecto al montaje de su responsabilidad) en absoluta oposición con el fin natural del seguro.

"Para que en el ámbito de la responsabilidad se produzca una reducción del daño resarcible, es necesario que con el daño producido por el acto ilícito concurra un auténtico *lucro* producido por el acto ilícito, es decir, una *ventaja gratuita*, y así es de justicia que el beneficio obtenido, al par del perjuicio por un individuo, se compute para la fijación del resarcimiento que corresponde al mismo sujeto. Pero cuando el culpable simplemente da vida, con su hecho, a una atribución patrimonial que encuentra su propia justificación en el precedente y correspondiente sacrificio, al no aparecer el lucro, no puede compensarse el daño y reducirse la responsabilidad cómo podría reducirse la responsabilidad de un tercero por el mero hecho de haber nacido a favor del perjudicado un derecho que ha encontrado un simple sustento en el sacrificio experimentado por el mismo perjudicado?" (Subrayas dentro del texto).

Lo dicho por De Cupis, naturalmente, no se opone a que opere el instituto de la subrogación, cuando de seguros de daños se trate (por oposición a lo que sucede con los seguros de personas, como es el caso de las pensiones, en los que aquella no opera).

De otro lado, debe ponerse de presente que esta Sala en caso reciente (fallo de abril 5 de 1990), Expediente No. 5060 (191), Actor: Rosa Helena Brito Orozco Vda. de Baleta y otros) se pronunció en el sentido de que aún en los eventos de indemnización en favor de perjudicados cuando fallecen los funcionarios o trabajadores oficiales, estando vinculados a la administración, no opera, el descuento de las prestaciones sociales y las indemnizaciones de tipo laboral, porque teniendo en cuenta las causalidades propias de unas y otras, las dos indemnizaciones (la proveniente de los perjuicios por falla del servicio y la que se origina en la relación laboral) son compatibles y reafirmó en consecuencia esta posición doctrinaria, enunciada en sentencia de octubre 30 de 1989, proferida dentro del proceso en que fue actor el señor Edelberto Portilla (Expediente No. 5275).

El *a-quo*, no obstante que para la fecha en que ocurrieron los hechos, los hijos del señor Arce, el nombre Oscar Hernán y Carlos Alberto Arce Fernández, eran mayores de edad (el primero nació el 1º de julio de 1964 y el segundo el 5 de noviembre de 1967, folios 5 y 6 C.1), condenó a la entidad demandada al pago de la indemnización llamada consolidada o vencida.

Oscar Hernán Arce Fernández era estudiante de odontología en la Universidad Javeriana, en donde cursaba el séptimo semestre, según certificado que se acompañó con la demanda, pero el cual no fue reconocido por su signatario (folio 11, C.1).

Carlos Alberto Arce Fernández, era estudiante en el Colegio Barchmans, en donde cursaba el grado undécimo de bachillerato, tambien de acuerdo con certificado que se anexó a la demanda, pero que no fue reconocido por su signatario (folio 12, C.1).

Por todo lo anterior (mayoría de edad y falta de prueba acerca de la dependencia económica con su padre), no será del caso reconocer perjuicios materiales en favor de estos actores.

Sentado lo anterior y partiendo de las sumas de ingresos que el *a-quo* encontró bien acreditadas, (deducido el 25% que las víctimas dedicaban a sus propias necesidades) como fue también correcta la fórmula de actualización empleada, se tiene que el monto de las condenas será el siguiente:

A) En favor de la señora Pilar Alicia Fernández de Arce:

Proporción del ingreso mensual,

$$\textit{Valor presente}\ \$31.750\ \frac{782.89}{440.66} = \$56.408.02$$

Indemnización consolidada o vencida:

$$S = \$56.408.02 \frac{(1+0.004867)^{36} - 1}{0.004867} = \$2'213.583,166 - 50\% = \$1'106.701,58$$

Indemnización futura:

La vida probable del cónyuge Oscar Marino Arce Becerra, cuando ocurrió el accidente era de 252 meses, a los cuales se le restan los 36 meses de la indemnización consolidada, quedando un total de 216 meses, los que se tomarán en cuenta para la futura, dado que aquél, según las Tablas de mortalidad (folios 30 a 38, C. 2), era mayor que la señora Fernández de Arce.

En consecuencia, el valor del perjuicio material sufrido por la señora de Arce, por este concepto de indemnización futura o consolidada, será el resultado de la siguiente operación:

$$S = \$56.408,02 \frac{(1+0.004867)^{216} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{69}} =$$

$7'528.996,82 - 50% = $3'764.483,41

B) En favor del menor Juan Pablo Arce Fernández:

Proporción del ingreso a Valor presente: El mismo monto de $56.408.02, correspondiente al 50% del 75% de los ingresos actualizados del padre:

Indemnización consolidada o vencida: $1'106.791.58

Indemnización futura:

El joven Juan Pablo Arce contaba en la fecha de la muerte del padre (febrero de 1986) con 9 años y 3 meses, faltándole entonces, 8 años y 9 meses para cumplir la mayoría de edad, o sea un total de 105 meses, a los cuales se le restan los 36 meses de la indemnización consolidada.

$$S = \$56.408,02 \frac{(1 + 0.004867)^{69} - 1}{0.004867\ (1 = 0.004867)^{69}} =$$

$3'299.271,53 - 50% = $1'649.635,76

C) En favor de la señora Elizabeth Murillo de Castaño:

Proporción del ingreso mensual, valor presente:

$$\$36.148,20 = \frac{782,89}{440,66} = \$64.221.99$$

Indemnización consolidada o vencida:

$$S = \$64.221.99 \frac{(1 + 0.004867)^{36} - 1}{0.004867} =$$

$2'520.221,87 - 50% = $1'260.110,94

Indemnización futura:

El señor Jairo Castaño Aguilera tenía una edad de 30 años en el momento de fallecer (folio 17, C. 1) y por consiguiente su vida probable era de 39 años o 468 meses, menos 36 meses de la indemnización consolidada, 432 meses, cifra ésta que se tomará para el cálculo, pues era mayor que su cónyuge por lo cual se presume que naturalmente moriría antes que ella.

$$S = \$64.221.99 \frac{(1 + 0.004867)^{432} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{432}} =$$

$11'575.399,09 - 50% = $5'787.699,56

D) En favor de Daniel Felipe Castaño (hijo):

Proporción del ingreso a valor presente: El mismo monto de $64.221.99, correspondiente al 50% del 75% de los ingresos actualizados del padre.

Indemnización consolidada o vencida: $1'260.110.94

Indemnización futura:

Este menor nació el 20 de octubre de 1981 (folio 20, C.1) y, por consiguiente tenía a la fecha de la muerte accidental del padre 4 años y 4 meses, faltándole para cumplir 18 años, 164 meses, a los cuales se le restaran los 36 meses que se tuvieron en cuenta para la indemnización consolidada, lo cual da un total de 128 meses.

$$S = \$64.221.99 \frac{(1 + 0.004867)^{128} - 1}{0.004867\ (1 + 0.004867)^{128}} =$$

$6'107.396,64 - 50% = $3'053.698,32

En cuanto a perjuicios morales se confirmará la sentencia de primer grado pues se conformó con las pautas jurisprudenciales aceptadas por este concepto.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: Confírmanse los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia pronunciada el 13 de abril de 1989 por el Tribunal Administrativo del Huila, dentro del proceso de la referencia.

Segundo: Modifícase el numeral cuarto de la providencia en mención el cual quedará así:

"Condénase a la Nación-Ministerio de Obras Públicas y Transportes a pagar a título de indemnización por perjuicios materiales, a las siguientes personas, las cantidades que se indican a continuación:

A la señora Pilar Alicia Fernández vda. de Arce: $4'871.185.oo

Al menor Juan Pablo Arce Fernández: $2'756.427.33

A la señora Elizabeth Murillo de Castaño: $7'047.810.50

Al menor Daniel Felipe Castaño: $4'313.809.26

Tercero: Las cantidad reconocidas tanto por perjuicios morales como materiales devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de este fallo y moratorios después de este término y hasta cuando se efectúe su pago.

Cuarto: Absuélvese a la entidad demandada de los cargos pretendidos en la demanda en cuanto a los actores Oscar Hernán y Carlos Alberto Arce Fernández por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha 7 de junio de 1990.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Gustavo de Greiff Restrepo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ SEGUNDA INSTANCIA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO/ *REFORMATIO IN PEJUS*

Cuando, como en caso presente, "ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido el recurso, el superior resolverá sin limitaciones" (art. 357 C.P.C.) sobre la providencia así cuestionada, adquiriendo por tanto competencia total e íntegra para revisar el fallo del *a- quo,* sin encontrar limitaciones derivadas del principio de la *reformatio in pejus.* Sin embargo, en el caso que ocupa la atención de la Corporación, esa conclusión no es de recibo toda vez que el señor apoderado de la parte actora recurrente, en el escrito mediante el cual se interpuso la alzada, al propio tiempo que manifestó su desacuerdo con el fallo recurrido únicamente sobre dos puntos específicos, pidió expresamente que la condena impuesta por el *a-quo* en favor de su representada "se confirme en lo demás".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá D.E., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Colaboró: *Dr. Juan Carlos Henao Pérez.*

Referencia: Expediente No. 5519. Actora: ANA BERTHA MORENO DE QUINTERO Y O.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia del 25 de agosto de 1988, proferida por le Tribunal Administrativo del Tolima, y en la cual se accedió parcialmente a las peticiones de la demanda.

I. EL FALLO RECURRIDO

Expresó en su parte resolutiva la sentencia apelada:

"*PRIMERO*.- Declarar que la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional, es administrativamente responsable, por falla del servicio, de la muerte del Técnico Primero Miguel Angel Quintero Portillo, ocurrida el 26 de mayo de 1983.

"*SEGUNDO*.- Condenar a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa, a pagar a Ana Bertha Moreno Vda. de Quintero, esposa del extinto, en su propio nombre, por concepto de perjuicios morales subjetivos, el equivalente a un mil (1.000) gramos de oro, conforme al precio que tenga dicho metal a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, según certificación del Banco de la República.

"*TERCERO*.- Condenar a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional a pagar a Ana Bertha Moreno Vda. de Quintero, en su condición de madre legítima y representante legal de su hija Claudia Elena Quintero Moreno, por concepto de perjuicios morales subjetivos, el equivalente a quinientos (500) gramos oro, conforme al precio que tenga dicho metal a la fecha de ejecutoria de este sentencia, según certificado del Banco de la República.

"*CUARTO*.- Condenar a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa nacional a pagar a Ciro Alfonso Quintero y Carmen Portillo de Quintero, padres del extinto, a cada uno, el equivalente a trescientos (300) gramos oro y a los hermanos Ciro de Jesús, Javier, Victoria Elena, Roberto y Benjamín Quintero Portillo, el equivalente a cien (100) gramos oro y a los hermanos Ciro de Jesús, Javier, Victoria Elena, Roberto y Benjamín Quintero Portillo, el equivalente a cien (100) gramos oro, por concepto de perjuicios morales subjetivos, conforme al precio que tenga dicho metal a la fecha de ejecutoria de esta sentencia según certificado expedido por el Banco de la República.

"*QUINTO*.- Condenar a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional a pagar a Ana Bertha Moreno Vda. de Quintero, esposa del extinto, en su propio nombre, por concepto de perjuicios materiales, de conformidad con la liquidación hecha en la parte motiva, la suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS ($6'853.842.oo) MONEDA CORRIENTE.

"*SEXTO*. Condenar a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional a pagar a Ana Bertha Moreno Vda. de Quintero, en su condición de madre legítima y representante legal de sus menores hijos Claudia Elena, Miguel Angel y Jorge Humberto Quintero Moreno, por concepto de perjuicios materiales, de conformidad con la liquidación hecha en la parte motiva, la suma de CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL

CIENTO TREINTA Y DOS PESOS ($4'349.132.oo) MONEDA CORRIENTE.

"*SEPTIMO.*- La Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional, deberá dar cumplimiento a esta sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. y reconocerá intereses comerciales durante los seis meses siguientes a la ejecutoria y moratorios despues de este término según lo establece el artículo 177 ibídem.

"*OCTAVO.*- Envíese copia de esta sentencia a las autoridades respectivas de conformidad con lo establecido por el artículo 177 del C.A.A.

"*NOVENO.- Deniéganse las demás peticiones de la demanda" (fl. 386 C.1).*

Como fundamento de las anteriores declaraciaones y condenas y luego de hacer un recuento de los antecedentes del proceso así como de descartar el fenómeno de la caducidad invocado por la demanda, expresó básicamente el *a-quo*:

1o. Se presentó en el *sub-lite* la falla del servicio:

"De acuerdo con lo anterior, en el lugar de trabajo donde falleció el Señor Miguel Angel Quintero Portillo no se tuvieron las previsiones del reglamento de Seguridad Industrial, lo que obviamente implicó un riesgo tal, que se confunde con la falla del servicio, es decir, la imprevisión de ofrecer mínimas condiciones de seguridad en el manejo peligroso de aire comprimido, al no tener manómetro indicativo de la alta presión de las botellas o pipetas, cuyas reglas no pueden ser omitidas por el Ministerio de Defensa, muy por el contrario aplicarlas al máximo.

"La omisión del uso del manómetro en estos menesteres fue la causa determinante del siniestro en el cual murió trágicamente el técnico primero Miguel Angel Quintero Portillo" (fl. 379 C.1).

2o. Consideró bien acreditada en autos la falla del servicio, no obstante las pruebas que tienden a desvirtuarla, toda vez que:

"Si bien es cierto que los declarantes Capitán Israel Torres Moreno; Técnico Sub-Jefe Oscar Soto Laverde; Brigadier General (R) Ciro Alberto Leal Herrera, y Capitán Gerardo Rodríguez Cortés visibles a folios 125 a 133, 329 a 333 y 351 a 353, están acordes en afirmar que en la Base o lugar de trabajo donde perdió la vida el Sub-Oficial Quintero Portillo se tienen previstas muchas normas de seguridad, dando a entender que el accidente por culpa de la víctima, estos dichos contrastan con lo afirmado por el Brigadier General Ciro Alberto Leal Barrera -Comandante del Comando Aéreo de Apoyo Táctico, en providencia del 20 de junio de 1983, en los numerales 7º, 8º y 9º, así:

"7o. Declaración del Sub-Oficial Técnico Primero Jairo Zuluaga Navarro, en la cual da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvo ocurrencia la muerte del Sub-Oficial Quintero Portillo, al llenar una aceitera con aire a presión contenido en una botella metálica, por lo cual se produjo la explosión de dicha aceitera que fue a herirlo en el pecho. Agrega el deponente que el accidente ocurrió por falta de seguridad especialmente y por falta de conocimiento de la forma como se debería de realizar dicho trabajo, anotando que la aceitera no tenía el manómetro correspondiente ni la válvula de seguridad ya que todo compresor de presión debe poseerla.

"8o. Declaración del Técnico Primero Hugo Millán Díaz, diligencia que está de acuerdo en todos sus términos con la declaración anterior.

"9o. Diligencia de ratificación y ampliación del Señor Mayor Nicolas Barragán Yate, quien una vez ratificado de su informe agrega que lo sucedido se debió a una sobrepresión en una aceitera cuando la estaba cargando con aire comprimido y por tal motivo estalló la aceitera pegándole en el pecho con la parte superior de la misma, ocasionándole lesiones que finalmente le produjeron la muerte.

"El Tribunal, le da mayor credibilidad a lo sostenido por los técnicos primeros Jairo Zuluaga Navarro y Hugo Millán Diaz, quienes no obstante ser empleados del Comando Aéreo de Apoyo Táctico, tuvieron la suficiente entereza de carácter para informar las causas por las cuales se presentó el insuceso; versión que está corroborada por el dictamen pericial" (fl. 379).

3o. La relación de causalidad es clara en sentir del *a-quo:*

"Es pues, apreciable la relación de causalidad entre la falla del servicio (falta del manómetro correspondiente y la válvula de seguridad) con el estallido de la aceitera, porque si la aceitera o pipa se aire hubiera tenido el manómetro y la válvula de seguridad, no se hubiera presentado el insuceso" (Ibídem).

4o. A pesar de existir un peritaje en relación con los perjuicios materiales alegados, se desecha por no ajustarse a las pautas jurisprudenciales, y por ello, procede a tasarlos teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el proceso.

5o. Se tasan los perjuicios morales en la forma ya indicada pues la afección se presenta en su mayor grado para la viuda del finado, aunque respecto de los hijos hace la siguiente diferenciación:

"Tenemos que al producirse el deceso de Miguel Angel Quintero Portillo el 26 de mayo de 1983, su hijo Jorge Humberto que nació el 8 de septiembre de 1982, apenas tenía 8 meses de edad; su hijo Miguel Angel nacido el 9 de febrero de 1981, apenas alcanzaba la edad de dos años y tres meses y en consecuencia carecían de una consciente capacidad afectiva que no impulsará indemnización por el concepto analizado, pues no eran capaces de sufrir

ningún daño moral y en cuanto a Claudia Elena, ésta ya sobrepasaba los cinco años de vida, motivo por el cual se graduará a su favor una indemnización correspondiente a quinientos (500) gramos oro" (fl. 385 C.1).

En lo que toca a los padres y hermanos del difunto considera la sentencia recurrida que la indemnización del perjuicio moral en la forma anotada es correcta, ya que el occiso y su familia vivían en lugar diferente, "por lo cual puede afirmarse que los lazos afectivos que los unían no eran tan fuertes como si hubieran vivido en una misma casa o en un mismo municipio" (*ibídem*).

II. LOS ALEGATOS DE LAS PARTES

Habida consideración de que la apelación fue admitida respecto de ambas partes (fls. 399, 404-405 C.1), procederá la Sala a estudiar separadamente sus alegaciones, así:

A) ***La entidad demandada***

La parte demandada, por no acptar "las condenas proferidad en la sentencia" (fl. 388 C.1), apela expresando en sus escritos (fls. 401-403 y 413-416 C.1) los motivos que la llevaron a interponer el recurso, que son básicamente los siguientes:

1o. "Manifiesto al H. Consejero Ponente mi conformidad (sic) con la liquidación de perjuicios realizada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, puesto que esta Corporación no tomó en cuenta el memorial de objeción a la liquidación de perjuicios, presentado por el apoderado de la Nación Ministerio Defensa Nacional, HUMBERTO DE JESUS PINEDA PEÑA, y del cual recibí (sic) sustitución de poder dentro del presente proceso" (fl. 401 C.1).

2o. "Reitero la inconformidad con la liquidación de perjuicios realizada por el H. Tribunal Administrativo del Tolima, la cual fue debidamente sustentada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 25 de agosto de 1988, presentado por la apoderada de la Nación Ministerio de Defensa Nacional, Claudia Helena Saldarriaga Henao y de la cual recibí sustitución de poder dentro del presente proceso" (fl. 413 C.1).

3o. Ambos escritos, teniendo en cuenta lo ya transcrito, proponen a continuación la liquidación que a su juicio debío haberse realizado (fls. 401-403 y 413-416 C.1).

B) ***La parte actora***

Solicita el apoderado judicial de los actores revocatoria parcial de la sentencia, para que en su lugar se disponga:

"1. CONDENAR POR PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS OMITIDOS:

"1.1. A favor de los menores Miguel Angel y Jorge Humberto Quintero Moreno, en valor equivalente a 500 gramos oro, y se confirme en lo demás de la condena.

"2. PERJUICIOS MATERIALES POR CORRECCION DE ERROR ARITMETICO DE LIQUIDACION:

"2.1. Salario con valor de $12.961.oo que corresponde al 26 de mayo de 1983, y que la sentencia no actualizó a la fecha de la sentencia" (folio 392 C.1).

Para ello expresa, en lo tocante a perjuicios materiales, y luego de presentar su liquidación de éstos, que "la sentencia recurrida no actualizó el salario de la cuota de la esposa ni de los hijos menores que era de $12.961.oo debiendo ser $35.513.14 a la fecha de la sentencia para doña Bertha Moreno Vda. de Quintero y para los hijos de $4.320.33 a $11.837.70, tanto para la indemnización presente como por la indemnización futura, ya que la liquidación de la sentencia recurrida tomó el salario a la fecha de la muerte sin actualizar" (folio 395 C.1).

En lo que respecta a los perjuicios morales, expresa el recurrente que la sentencia apelada "se limita a afirmar que no se liquidan porque dada su edad no sufren padecimientos sicofísicos por la muerte del padre ni tienen tampoco sentimiento de dolor que sigue a la perdida de los bienes de la personalidad por muerte del padre. Pero esta jurisprudencia está superada por el H. Consejo de Estado en el sentido de que es un (sic) ficción juridica de dolor del dolor apreciable aún en los menores que por su edad no pueden sentir la sensación física y moral por la pérdida del familiar que en este caso es el padre, como puede verse en la sentencia del 24 de octubre de 1985, Sección Tercera con ponencia del doctor Julio César Uribe Acosta, en el expediente No. 3976 de María Mercedes Morales de Trujillo que en lo pertinente dice:

"Se reconocen con la mera demostración del vínculo del parentesco que une a los reclamantes con la víctima, por entenderse que esas personas se hallan unidad por un lazo afectivo especial, por un sentimiento que debe ser respectado. Cualquier hecho de otra persona que vulnere esa afección legítima, hacen nacer en el actor la obligación de resarcir el daño moral producido. Si se aceptara la tesis recurrida seria aceptar el absurdo de la docimetría del dolor (folio 296 C.1).

III. LA VISTA FISCAL

En completo y serio concepto rendido por el Fiscal Séptimo de la Corporación (folios 418-432 C.1), se concluye que "los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia recurrida deben ser confirmados. En cuanto se refiere al señalamiento del valor de los perjuicios morales para los padres y hermanos del señor Miguel Angel Quinero Portillo debe ser aumentado, e igualmente reconocido a los menores Jorge Humberto y Miguel Angel Quintero Moreno en la misma proporción

que a su hermana Claudia Elena. Y en relación con los perjuicios materiales, este despacho elaboró una liquidación que corrige la del *a-quo,* para lo cual se tomaron como base las fórmulas de valores futuros señalados por las matemáticas financieras y que vienen siendo aplicadas por el Consejo de Estado" (folio 432 C.1).

Llega la Fiscalía a dicha conclusión, luego de analizar los antecedentes del proceso así como el fallo del *a-quo*, y luego de considerar básicamente lo siguiente:

1o. Se presentó en el *sub- lite* una falla del servicio: "La Fuerza Aérea tenia la obligación de cumplir con las medidas de protección y seguridad ya mencionadas, pero con su conducta negligente y omisiva falló, pues dejó de proteger a un miembro de la comunidad que a la vez se desempeñaba como uno de sus servidores. con esto ocasionó un daño que origina una responsabilidad, la cual amerita la consecuente condena al pago de los perjuicios demandados" (folio 426 C.1).

2o. Los perjuicios materiales se liquidaron incorrectamente. Por ello, propone una liquidación.

3o. "En relación con los perjuicios morales, este despacho considera que la medida utilizada por el *a-quo* para tasarlos, cual fue la distancia fisica de quienes lo reclamaban en relación con el domicilio de la víctima, no es la más apropiada, toda vez que los lazos afectivos a que se refiere la providencia recurrida no los delimita la distancia. No es posible señalar, entonces, que a mayor distancia menor afecto o viceversa. Creemos que las precisas leyes de las matemáticas no operan ni puden operar en conceptos tan maleables y subjetivos como la parte afectivo-emocional, ya que ellos pueden cambiar por innumerables circunstancias. Tampoco la edad los determina, pues contra lo que afirma la sentencia de primera instancia, la capacidad afectiva de los hijos menores no aumenta o disminuye con la edad. Antes bien, en esos primeros años o meses las impresiones son definitivas, y si bie, en dichas etapas de la infancia la idea de la muerte no está claramente definida, la ausencia sorpresiva y permanente de la figura paterna, genera sentimientos y traumas que posteriormente se proyectan en desajustes en cualesquiera de los muchos rasgos que forman el caracter y moldean la personalidad. Esos sentimientos, aunque no sean de tristeza o aflicción directa afecta de todos modos el equilibrio emocional de quienes lo padecen, y para lo cual obviamente no se requiere un mínimo de edad. Por el contratio; a menor edad e igual probabilidad de vida, la ausencia del padre muerto afectará durante mayor tiempo y más profundamente" (folio 432 C. 1).

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) *Planteamiento preliminar*

Por el hecho de haber apelado ambas partes, una de ellas en forma adhesiva (folio 405 C.1), y ambas sobre puntos específicos de la parte resolutiva de la sentencia del *a-quo* debe resolver la Sala de antemano el siguiente interrogante: Dispone el *ad-quem* de la facultad de revisar íntegramente el fallo cuestionado, o, por el contrario, la revisión de que de él haga esta limitada por los puntos expuestos en la sustentación del recurso?

La respuesta que se dé a este interrogante incide en principio, en la decisión que haya de tomarse. En efecto, como se ha anotado, la parte demandada sustentó la apelación solo respecto de la liquidación de perjuicios materiales realizada por el Tribunal, y la actora sustentó la suya en relación con el mismo punto, así como respecto de la negativa del *a-quo* a indemnizar los perjuicios materiales a los menores Miguel Angel y Jorge Humberto Quintero Moreno. Así las cosas, la pregunta planteada es la siguiente: Tiene la facultad el *ad-quem* de pronunciarse sobre la declaratoria de responsabilidad por falla del servicio resuelta las sustentaciones de sus recursos? Tiene facultad el *ad-quem* para pronunciarse sobre las condenas proferidas por el *a-quo,* así no hayan sido cuestionadas en la sustentación de los recursos?

La respuesta a los anteriores interrogantes debe ser positiva, en el sentido de entenderse que el superior dispone de la facultad de revisar integramente y sin limitaciones la decisión del inferior. Ello por las siguientes razones:

1o. Disponía el artículo 357 del C. de P.C. de 1970 lo siguiente:

> "Artículo 357. Competencia del superior, La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. *Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido el recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*
>
> "En la apelación de autos, el superior solo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, liquidar costas y decretar copias y desglose". (El subrayado es de la Sala).

Indica la anterior disposición en la parte destacada, que cuando como en el caso presente, "ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones" sobre la providencia así cuestionada, adquiriendo por tanto competencia total e íntegra para revisar el fallo del *a-quo,* sin encontrar limitaciones derivadas del principio de la "*reformatio in pejus*".

2o. Es tan claro el artículo citado que, como bien lo anuncia el artículo 27 del Código Civil, "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu", y por ello mal podría el juez administrativo desatender el tenor literal de la parte subrayada del artículo citado, el cual enuncia en forma meridiana que, en el evento en que la parte que no apeló hubiere adherido al recurso interpuesto por la otra parte, debe el superior resolver la apelación sin limitación alguna.

3o. El citado precepto del Código de Procedimiento Civil de 1970 tiene que ser aplicado en los procesos que se siguen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, puesto que así lo ordena el artículo 267 del C.C.A., que enuncia:

> "Artículo 267.- Aspectos no regulados.
>
> "En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los proceso y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo".

La situación jurídica planteada cuando "ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso", no está contemplada en el Código Contencioso Administrativo. Lo anterior lleva a afirmar a tratadistas autorizados como el Dr. Devis Echandía, que el artículo 357 del citado C.P.C. es aplicable a lo contencioso administrativo. Afirma este autor:

> "Otro efecto peculiar de la apelación, que también comparte la casación, es en materia civil, que el superior no puede agravar la situación del apelante único, porque se entiende que la interpuso solo en lo desfavorable de la providencia. Esto se conoce como *reformatio in pejus* y significa una especie de limitación de la competencia del superior en la revisión de la providencia apelada. Cuando ambas partes apelan, el superior puede reformar la providencia en cualquier sentido. Este sistema está consagrado en nuestro C. de P.C. (artículo 357) y rige para lo laboral y contencioso administrativo, en virtud de la referencia que en los respectivos Códigos hace a aquel para llenar todos sus vacíos" ("Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso", Décima edición, p. 565).

4o. No puede siquiera pensarse que la aplicabilidad del tantas veces citado artículo 357 del estatuto procesal civil no pudiere operar, u operar restrictivamente, ante la exigencia enunciada en el artículo 212 del C.C.A., y consistente en la necesidad de sustentar el recurso, so pena de declararlo desierto y ejecutoriada por tanto la sentencia objeto de la apelación.

Lo anterior, porque en primer término, como ya se ha dicho, el artículo 357 del C.P.C. contempla una situación jurídica no regulada por el C.C.A., siendo por tanto aplicable al procedimiento contencioso administrativo; en segundo término, porque uno y otro artículos contemplan hipótesis diferentes ya que el de procedi-

miento civil se refiere a *la competencia* del superior para resolver cuando conoce de un proceso por vía de apelación, mientras que el del C.C.A. regula el *procedimiento* que deberá surtirse cuando el Consejo de Estado conoce por apelación de sentencias dictadas en primera instancia; en tercer término, porque el artículo 212 del C.C.A. establece nítidamente las consecuencias que se siguen de la no sustentación del recurso de apelación, pero no habla de la limitación de la competencia del juez de segunda instancia; en último término, porque en parte alguna de nuestro ordenamiento jurídico se afirma que los puntos expresados en la sustentación del recurso limiten al juez de segunda instancia, cuando, como en el caso concreto, "ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso". Por el contrario, el artículo 357 del C.P.C. ya estudiado, preveía que ante la situación jurídica planteada, "el superior resolverá sin limitaciones".

Los motivos anteriormente expresados habilitarían, pues a la Sala, para desatar sin limitación alguna, distinta a la que fluya del "*petitum*" de la demanda, la apelación en cuya virtud conoce de este proceso. Sin embargo, en el caso concreto que ocupa la atención de la Corporación, esa conclusión no es de recibo, toda vez que el señor apoderado de la parte actora recurrente, en el escrito mediante el cual interpuso su alzada, al propio tiempo que manifestó su desacuerdo con el fallo recurrido únicamene sobre dos puntos específicos según se vió atrás (Capítulo II, letra B), pidio *expresamente* que la condena impuesta por el *a-quo* en favor de su representada "*se confirme en lo demás*". Al proceder así, hizo explícita su aceptación a las demás condenas, con lo cual excluyó del ámbito del recurso y, por ende, de la competencia del *ad-quem*, el resto de decisiones adoptadas por el *a-quo* que, a su juicio, le eran favorables y ameritaban ser ratificadas por la instancia superior.

B. ***La responsabilidad de la administración***

Para la Sala se encuentran debidamente ameritados los siguientes hechos:

1o. El señor MIGUEL ANGEL QUINTERO PORTILLO nació el 17 de diciembre de 1955 y murió el 26 de mayo de 1983 (folios 7 y 19 C.1);

2o. El mencionado señor murió por shock hipovolémico, hemorragia masiva y ruptura de la aurícula derecha (folios 41 y 90 C.1);

3o. En el día de su muerte el señor QUINTERO era miembro activo de la Fuerza Aérea Colombiana, y se desempeñaba como técnico en helicópteros (folios 31, 32 y 80 C.1);

4o. Las heridas que causaron su muerte se produjeron cuando el acciso se hallaba laborando en el hangar de mantenimiento el comando Aéreo de Apoyo Táctico de Melgar, estallando una pipeta de aire o aceitera, al aplicársele aire comprimido (folios 22- 24, 106- 108 y 110- 112 C.1).

Ahora, respecto de la prueba de la falla del servicio, entendida esta como violación de una obligación a cargo del Estado, encuentra la Sala ajustados a la

razón de los planteamientos realizados por el *a-quo*, así como por el Fiscal 8º de la Corporación, que ya han sido reseñados.

En efecto, al origen del perjuicio se encuentra una falla del servicio de la entidad demandada, consistente, en primer término, en la violación, en el lugar de trabajo, de las obligaciones mínimas contenidas en el reglamento de seguridad industrial y, en segundo término, en el hecho de no tener manómetro lá pipeta como bien lo señala el *a-quo*. Estas apreciaciones están seriamente fundamentadas en el "Informe de peritazgo realizado a los talleres de mantenimiento de la Base Aérea de Melgar", en el cual se afirma, entre otras, que "la seguridad industrial existente en los talleres de la Base de Melgar no reune los requisitos mínimos para sitios de trabajo donde se realizan las labores descritas" (folio 289 C.1). También se encuentran seriamente fundamentdas en el análisis del conjunto de los testimonios obrantes en el proceso, que ya fue realizado por el Tribunal, y al cual se suma esta Sala.

Por lo anterior, la responsabilidad de la Nación por falla del servicio deberá ser declarada en el presente evento.

C) ***El perjuicio***

Habida consideración de que dos son los rubros del perjuicio cuya indemnización se pretende, los estudiará la Sala separadamente, así:

1. ***El perjuicio moral***

Con incidencia sobre este rubro del perjuicio, se encuentran debidamente ameritados los siguientes hechos:

1o. Que el occiso MIGUEL ANGEL QUINTERO PORTILLO fue hijo legítimo de CIRO A. QUINTERO LIDUEÑEZ y CARMEN P. DE QUINTERO (folio 7 C.1);

2o. Que los padres legítimos del señor QUINTERO PORTILLO contrajeron matrimonio católico el 3 de marzo de 1953 (folio 18 C.1), y que de dicha unión nacieron, además de MIGUEL A. los siguientes hijos:

a) JAVIER QUINTERO PORTILLO, el 1 de julio de 1954 (folio 12 C.1),

b) CIRO DE JESUS QUINTERO PORTILLO, el 2 de febrero de 1957 (folio 13 C.1),

c) BENJAMIN QUINTERO PORTILLO, el 20 de mayo de 1959 (folio 15 C.1),

d) VICTORIA ELENA QUINTERO PORTILLO, el 20 de mayo de 1959 (folio 15 C.1) y,

e) ROBERTO QUINTERO PORTILLO, el 17 de octubre de 1964 (folio 16 C.1).

3o. Que MIGUEL A. QUINTERO PORTILLO había contraído matrimonio católico con ANA BERTHA MORENO, el 6 de noviembre de 1976 (folio 17 C.1), y que de dicha unión nacieron los siguientes hijos:

a) JORGE HUMBERTO QUINTERO MORENO, el 8 de septiembre de 1982 (folio 11 C.1)

b) MIGUEL ANGEL QUINTERO MORENO, el 9 de febrero de 1981 (folio 10. C.1),

c) CLAUDIA ELENA QUINTERO MORENO, el 27 de enero de 1978 (folio 9 C.1).

Teniendo en cuenta, en primer término, que el *a-quo,* como se ha anotado, condenó a pagar a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional, el euivalente a mil (1.000) gramor oro a favor de la esposa del extinto, quinientos (500) gramos a favor de la hija CLAUDIA ELENA, 300 a favor de cada uno de los padres, y cien (100) a favor de cada uno de los hermanos y, habida cuenta en segundo término, de ue en el *petitum* de la demanda (folios 42 y 43 C.1) se solicitan 100 gramos oros a favor de la esposa, 750 gramos a favor de cada uno de los hijos, 500 a favor de cada uno de los padres y 350 a favor de cada uno de los hermanos, la Sala considera pertinentes las siguientes consideraciones par- ticulares:

***a)* El perjuicio moral para los hijos del difunto**

Consideró el a-quo que como los hijos JORGE HUMBERTO y MIGUEL ANGEL tenían al momento de la muerte de su padre la edad de 8 y 27 meses respectivamente, "carecían de una conciente capacidad afectiva que no impulsará indemnización por el concepto ya analizado, pues no eran capaces de sufrir ningún daño" (folio 384 C.1). Por el contrario, la hija CLAUDIA ELENA, que sobrepasaba los 5 años de edad, se hizo acreedora a una indemnización equivalente de 500 gramos oro.

En efecto, existe pronunciamiento jurisprudencial en el sentido de que los hijos menores de un padre fallecido, también son acreedores de indemnización por el perjuicio moral sufrido, sin consideración alguna a la edad del infante. Así, en sentencia de 16 de noviembre de 1989, expresó:

> "Diversos problemas plantea el problema de la responsabilidad por daño moral subjetivo, a saber: cuál es su naturaleza, cuando se presenta, cuál es su medida, quiénes lo sufren o pueden sufrirlo y, en consecuencia, quiénes están legitimados para exigir su reparación y finalmente qué pruebas debe darse de ellos.

"En un principio se concibió el daño moral como aquél que al afectar bienes patrimoniales, es decir no estimables en dinero (el honor, la familia, la vida, la integridad corporal, etc.) causaban en el interresado dolor o angustia. Y se pensó que esos bienes eran tan dignos de protección -y en ocasiones aún más- que los patrimoniales y por ello cuando fueran desconocidos o de alguna manera afectados, el daño consecuencial debería poder ser reparado.

"La doctrina ha venido evolucionando y de esa concepción restrictiva, consistente en pensar que el daño moral (o patrimonio, como con mejor propiedad lo denominan los juristas italianos) solo consiste en el dolor o la aflicción ocasionados por la afección de bienes no estimables en dinero, se ha ido más alla, para considerar que si buen se produce por dicha afección, su manifestación no se traduce únicamente en dolor o aflicción sino en otros sentimientos no menos dignos de protección (solidaridad, alegría, apoyo mutuo, protección, etc.).

"Cuando se lo miró solo como aquel que por afectar bienes no patrimoniales causaba dolor, se sostuvo que, entonces, no tenía derecho a indemnización sino quienes tuvieran capacidad de sentir dolor y aflicción y por ello, esta Sala, en una ocasión dijo: "Su indemnización corresponde a la aflicción o quebranto moral sufrido por la persona como consecuencia del daño recibido. Este dolor moral está proporcionando a una consciente capacidad afectiva en quien lo recibe y es por tanto natural que, quien carece de ella está es imposibilidad de experimentarlo y consecuencialmente de pretender ninguna indemnización por este aspecto (sentencia de julio 2, 1968, Actor: María Elena Parra vda, de Vásquez, Anales, Segundo Semestre 1968, páginas 317 y ss). Y de aquí que se haya negado a hijos póstumos o menores de edad, por ejemplo, por considerarlos incapaces o de comprender el significado de la pérdida de un ser querido o de sentir aflicción por la misma.

"Y dentro del mismo orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, se negó a reconocer indemnización a la hija impúber del padre fallecido al transporte benévolo, en avión oficial, porque dijo: "El niño sin uso de razón, como es el caso de la menor Esperanza Varela Lasso, que para la muerte de su padre sólo contaba un año, nueve meses y dos días de edad, puede como es obvio, hasta advertir en el acto mismo en que se produce, la ausencia física del ser querido que le deja, para olvidarla en seguida ante el menor halago; pero no tiene capacidad ninguna de discernir sobre la razón de ella, ni sobre las consecuencias que en el orden afectivo pueda producirle" (Gaceta Judicial, Tomo LXIII, página 670).

"Y más recientemente, expresó el Consejo de Estado: "Para el hijo póstumo, nada puede reconocerse por perjuicios morales subjetivos, pues dada su naturaleza, ellos están en relación directa con el dolor sufrido y obviamente con la capacidad de percibirlo, nada de lo cual puede predicarse del hijo póstumo al momento el deceso de su padre" (Sala de lo contencioso Administrativio,

Sección Tercera, febrero 11 de 1982, Actor: Luz Marina Hidalgo Torres, libro copiador, Tomo 41, folios 248 y ss).

"Pero, como se advirtió atrás, la doctrina ha evolucionado y ha llegado, con acierto, en sentir de la Sala, a admitir que basta la afectación injusta, o mejor contraria a derecho, de un bien no patrimonial para que se produzca el daño moral, con independencia de la *capacidad actual* de quien lo sufre, para sentir o no dolor por dicha afectación, siendo, entonces suficiente, la presencia del solo daño a alguno de esos bienes que constituyen el patrimonio moral de una persona.

"Si el hijo tiene derecho a aspirar a una vida armoniosa, al lado de sus padres, por el tiempo que la naturaleza misma indique y si ese derecho se contraría por el acto injurídico de cualquiera (una persona natural o jurídica está bien de derecho público privado) por qué no admitir su reparación? Y lo mismo puede preguntarse -y quizá con mayor razón- ya no sólo del póstumo sino del nacido pero aún de corta edad, que ya ha experimentado, así no sea en forma plenamente consciente, el cariño y la solicitud de la madre o el padre que de pronto desaparece por la acción o inacción de aquellas personas?

"Por la verdad que subyace en las preguntas anteriores es por lo que doctrina y jurisprudencia aceptan que en tales casos exite un verdadero daño moral.

"Lo dicho tiene una sólida base científica.

"En efecto, la moderna psiquiatria ha estudiado los efectos de la pérdida del padre o la madre y en general de los familiares allegados en los niños, comprendido dentro de esta acepción desde los recien nacidos hasta los adolecentes, es decir quienes en el Código Civil se denomina como infantes, impúberes y adultos (artículo 34) y ha llegado a la conclusión de que a todos ellos los afecta y que en elos infantes y en los impúberes por tener menos mecanismos defensivos tales efectos (tristeza, sensación de desamparo, inquietud y hasta melancolía) son mayores y pueden conducir más tarde a específicos estados depresivos que lleguen a requerir tratamiento especializado.

"Para destacar la importancia de los afectos del niño, el doctor León Eisenberg, profesor de psiquiatría en la Escuela de Medicina de la Universidad de Harvard, escribe: "El último trimestre del embazaro y el primero y segundo año de vida es una época de multiplicación extraordinaria de neuronas, crecimiento del cerebro y nivelación de los procesos nerviosos. Esta fase o etapa del crecimiento es peculiarmente vulnerable a la privación nutricional. Informaciones longitudinales estadísticas de infantes sujetos a "malnutrición" neonatal, infecciones y pobreza, revela atormentadores efectos en el crecimiento intelectual y físico. Una dieta apropiada constituye ina prevención específica contra los efectos de desnutrición.

"La vulnerabilidad del sistema nervioso central joven a la ineficiencia nutricional ha sido ampliamente comprobada; lo que ha sido menor reconocido y admitido es que el desarrollo del cerebro requiere tanbien nutrientes congnoscitivos y afectivos. El elegante trabajo de Hubel y Wiesel ("El período de susceptibilidad a los efectos fisiológicos del cerramiento de un ojo en los gatos", Journal of Physyilogy, página 206, No. 419-436, año 1970) ha demostrado que aun cuando en el momento del nacimiento existen ya interconexiones entre la retina, la corteza del cuerpo geniculado y la corteza occipital, ellas requieren estímulos vitales para su preservación; si un ojo se ocluye por un cierto lapso, perderá su habilidad (sic) para estimular células occipitales previamente sometidas a una inervación bilateral...Ilustraciones dramáticas sobre la importancia de suministros afectivos y congnoscitivos están indicando indicando los fracasos subsiguientes, impersonales y la reversibilidad de estos efectos en familias adoptantes". (*Basic Hand- bool of Child Psychiatry Development: Need for Cognitive and Affective Nutrients, Ed. Basic Books, Inc., New York,* 1979, página 6).

En cuanto a los efectos psicológicos en el menor por el alojamiento físico de la madre, el Dr. Irving N. Berlin, profesor de psiquiatría y pediatría y director de la División de Psiquiatría de niños y adolecentes, en la Escuela de Medicina de la Universidad de New México, expone: "Durante el período neonatal, la separación del infante de quien represente a su madre, que dure aun por períodos de apenas algunos días, puede afectar el desarrollo mental del niño. A medida que su crecimiento se desenvuelve, la separación del infante de su medio de estímulos necesarios y la interrelación con las personas allegadas parece que impide el proceso de desarrollo mental y puede hasta pasarlo por completo. Investigaciones recientes muestran claramente que si el desarrollo se quiere impulsar, el cuidado hospitalario de los prematuros y de recien nacidos requiere no sólo intervención médica sino también estímulos interpersonales.

"Se tiene información que indica que en el recién nacido y en el infante la combinación de la buena nutrición y bajos estímulos afectivos, es más desvastadora en el desarrollo que la mala nutrición y un ambiente rico en estímulos".

"Y para abundar en autorizados respaldos científicos, se cita en seguida al profesor de psicología infantil, del Instituto de Psiquiatría de Londres Michael Rutter, quien enseña "en el momento en que cumplen el primer año de vida, los niños suelen haber desarrollado ya fuertes y definidos vínculos con sus padres y sienten un malestar profundo si son separados de ellos. Desde antiguo la gente ha sido consciente de este fenómeno, pero no se le prestó atención seria hasta que Bowlby (1951, Maternal Care and Mental Health, Genova: World Health Organization) destacó la importancia de las relaciones madre-hijo en su principal foco de atención fueron las reacciones del niño a

la separación y a la necesidad de evitar las separaciones durante los años preescolares.

"Sin embargo, fue a partir de los escritos de Bowlby (1969, *Attachment and Loss, Vol. 1o. Attachment, London: Hogarth Press*) y los estudios empíricos de Schaffer y Emerson (1964, *The development of social attachments in infancy, Monogr Soc. Res. Child Develop, 29 Serial No. 94*) y de Ainsworth (*The development of infant-mother attachment; en B.M. Cal-dwell et otr, Eds Review of Child Development Research, Vol. 3 Chicago: University of Chicago Press*) cuando se empezó a cobrar conciencia del vínculo y la unión como rasgos de desarrollo importantes por derecho propio. La noción del vínculo ha dado lugar a una considerable cantidad de investigación... y los teóricos han sugerido que el vínculo inicial de un niño con sus padres puede constituir la base de todas sus relaciones sociales posteriores (Bowlby, 1929, *ob. cit*)...".

"*Los primeros meses de vida*. Aunque los vínculos no se desarrolla en si hasta algo más tarde, las relaciones sociales tienen sus orígenes en las primeras semanas y meses de vida. La capacidad del niño para percibir a las personas y discriminar entre ellas madura progresivamente; aunque su repertorio de respuestas sociales e imitaciones sociales; y crece en complejidad el diálogo social entre las padres y el hijo.

"*Discriminaciones perceptivas*. En el momento de nacer, las facultades sensibles del niño están ya intactas y en funcionamiento aunque sus capacidades de discriminación e integración sensorial son bastante limitadas en comparación con las facultades que tendrá unos meses más tarde..."

"La capacidad del niño para reconocer a su madre como a alguien diferente a otros adultos ha sido estudiada de diversas formas utlizando el ritmo cardíaco (Banks y Wolfson, 1967, Differential Cardiac Response of Infants to Mother ant Stranger. Paper to the Eastern Eastern Psychological Association Philadelphia), la dilatión pupilar (Fitzgerald. 1968, *Autonomic pupillary reflex activity during early infancy and its relation to social and nonsocial visual stimuli, J. exp. Child Develop, 38, 1079 - 1088*), la atención visual (Caldwell, 1965, *Visual ant emotional reactions of an infant to his mother ant other adult females, Paper to the Tavistock Study Group of Mother - Infant Interaction, London*) y los cambios de conducta (Yarrow, 1967, *The development of focused relationshipsduring infancy, en J. Hell-muth, (Ed.), Exceptional Infant, Vol. 1, Seattle Special Child Publications*) como indicadores de respuesta. Está claro que a los 3 meses de edad y muchas veces antes, el niño puede diferenciar a us madre de otras personas. Obviamente esto constituye un requisito previo esencial para el desarrollo de un vínculo selectivo". (Fundamentos Científicos de Psiquiatría del Desarrollo, Ed. Salvat, barcelona, 1985, pag. 289).

"Y más adelante anota el mismo autor: "La interacción entre padre e hijos, incluso en le período neonatal, es en gran medida un doble proceso en el que ambos responden y se influyen mutuamente..." Y refiriéndose a la importancia de estos primeros neonatal, escribe: "En algún momento el penúltimo tercio del primer año de vida (con considerables variaciones individuales, que van de los 3 a los 15 meses) aparece una nueva etapa en las ralaciones sociales. Los niños empiezan a desarrollar *vínculos* específicos a determinadas personas. Esta etapa, que se expresa con el dicho del niño de 'quiero a mamá' es conocida por todos los padres. El niño se ha vuelto más discriminatorio en sus relaciones sociales y tiene preferencia por algunas personas por encima de otras. Incluso antes el niño había variado su integración social en función de las respuestas de la gente hacia él. Pero la diferencia de ésta nueva etapa consiste en que la selectividad en sus relaciones perdura en el tiempo y no depende ya de la respuesta de los adultos hacia él. El niño buscará a su madre, incluso cuando ésta le sea indiferente o lo ignore..." (Ob. cit. pág. 291).

"Y, finalmente, aun cuando las citas científicas podrían prolongarse casi que indefinidamente, se transcribe lo expuesto por Williard W. Hartup (profesor de Psiquiatría Infantil, de la Universidad de Minnesota, en los Estados Unidos) quien como conclusión de estudio sobre "Relaciones de Amistad y Familiares: Dos Mundos Sociales", anota: "Las relaciones familiares y las relaciones con amigos son dos sistemas sociales muy diferentes. Si bien la integración social entre ambos sistemas se vuelve más compleja y diferenciada a medida que el niño crece, la naturaleza de la integra- ción social difiere considerablemente entre ambos sistemas.

"Las relaciones padres (sic) - hijo, sobre toda la relación madre-hijo, crean la base afectiva e instrumental a partir de la cual el joven primate (y el niño pequeño) pueden explorar el mundo social sin malestar ni ansiedad..." (Ob. cit. pág. 313).

"En cuanto a quiénes pueden sufrir el perjuicio moral, existe unanimidad en considerar que no solo quien detenta el bien no patrimonial afectado sino que, como sucede en el caso de resarcimiento de los daños patrimoniales, todo aquél que legítimamente esté interesado en la conversión de tal bien gozará de la protección que implica su resarcimiento; pero también existe uniformidad en cuanto a que debiendo reunir esta clase de daño las mismas calidades que se predican del patrimonio (certeza, extensión, relación directa, etc.) el número de personas legitimadas para exigir su reconocimiento está naturalmente limitado al sujeto en cuyo patrimonio moral puede considerarse incorporado el bien afectado (vida, integridad física, honor, fama, prestigio, etc.) y a su núcleo familiar inmediato, pues de lo contrario, como expresa el tratadista de Cupís "Se corre el riesgo de agravar la responsabilidad por una serie infinita de pretensiones basadas en alegaciones morales más o menos sinceras, propagando la legitimación activa al resarcimiento en favor de personas que permaneciendo extrañas a tales bienes, harían mejor en no pretender

traducir en dinero el eventual perjuicio moral que indirectamente pueden haber sufrido". (El Daño - Teoría General de la responsabilidad Civil, No. 120. Ed. Bosch, Barcelona, 1975).

"Ese núcleo familiar debe ser, se repite, el inmediato, es decir el constituido por los padres, los hijos y los cónyuges y la misma doctrina y jurisprudencia han llegado hasta comprender en él a los hermanos menores de la persona cuyo patrimonio moral fuere dañado y en cuanto a los mayores siempre que convivan bajo el mismo techo o se demuestre que los unen especiales lazos de afecto y ayuda o colaboracíon mutua.

"Para tales personas su legitimación se funda en el vínculo familiar y no en calidad hereditaria, igual a como sucede en el caso del derecho que harían valer cuando se trata del daño patrimonial y de ahí que, por este aspecto, pueda reclamar resarcimiento aun el hijo por nacer de la víctima.

"Un arduo problema se presenta en relación con la medida del daño moral subjetivo, es decir del que no trasciende a la órbita patrimonial, pues, como ha dicho la Corte, no existe un "dolirimetro" que permita su evaluación en dinero u otros bienes tangibles, por lo que en Colombia se deja al *arbitrium iudicis* bien que con ciertos límites, en un principio impuestos por aplicación analógica de lo dispuesto para estos casos por el Código Penal (art. 95 del Código de 1936 y art. 106 del que rige en la actualidad) y hoy los estima la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, en una cantidad que no debe sobrepasar de quinientos mil pesos ($500.000,oo) (ver sentencia de la citada Corporación de diciembre 12 de 1988, ordinario de Hugo Jesús Gallego Marín contra Oscar Lopera y Jorge Valencia).

"Y el Consejo de Estado los ha venido señalando como máximo en el equivalente al valor en pesos de 1.000 gramos oro, para los padres por muerte del hijo o para éste por muerte de aquéllos así como para el cónyuge sobreviviente y de 500 gramos oro para los hermanos menores y para los mayores que habiten bajo el mismo techo con la víctima del hecho que ocasiona el daño o hubieren guardado con ella especiales vínculos de afecto o colaboración, aceptando también que se tengan en cuenta factores tales como la muerte o la incapacidad total o parcial de aquella y otras secuelas del accidente en cuestión y en algunas ocasiones se ha llegado hasta promover que se recurra a prueba pericial, como se prohijó en salvamento de voto a Sentencia de la Sala de mayo 19 de 1975 (actor: Rosaura Acevedo vda. de Patiño, Anales Segundo Semestre 1975, pág. 413).

"Al aplicar al caso de autos los principios someramente expuesto, considera la Sala que anduvo equivocado el *a-quo* cuando se negó a que se reconocieran perjuicios morales al hijo menor de la señora Ana Patricia Martínez, quien falleciera como consecuencia del disparo que le propinó un agente de la Policía Nacional, cuando con su arma de dotación oficial, en juego inaudito, la disparó contra ella, porque el menor, por su corta edad "carecía de

una conciente (sic) capacidad afectiva", pues, como se vió, el resarcimiento de esa especie de daño no encuentra su único fundamento en el solo dolor que el acto perjudicial pueda inferir, sino que se basa también en el interés que el afectado tiene en la conservación de la vida familiar "como instrumento de sostenimiento moral, como fuente de socorro y de afecto espiritual, que la muerte ha transformado en soledad y desasistencia", como con galanura lo expresa el tratadista italiano Adriano de Cupís, en su obra ya citada (pág. 679), que como atrás se mostró, tiene muy serio fundamento científico".

Con sujeción a la pauta jurisprudencial transcrita, que la Sala reitera en esta ocasión y que se cita en aras de ilustrar al Tribunal sobre los motivos que inducen a revocar en esta parte el fallo apelado, procederá la Sala a condenar a pagar a la entidad demandada el equivalente de 750 gramos oro, para cada uno de los hijos del difunto, puesto que ello fue lo solicitado en el *petitum* de la demanda.

b) **El perjuicio moral de la esposa del difunto**

Por estar acorde con la orientación jurisprudencial al respecto, y que consiste en presumir la máxima intensidad del perjuicio moral en la esposa de la persona muerta a raíz de una falla del servicio, la Sala confirmará la condena que sobre este extremo de la litis hizo el ***a-quo.***

c) El perjuicio moral de los hermanos del difunto

En el fallo apelado se condena a la entidad demandada a pagar el equivalente de 100 gramos oro a cada uno de los hermanos del finado, habida consideración de que vivían en ciudades diferentes, "por lo cual puede afirmarse que los lazos afectivos no eran tan fuertes como si hubieran vivido en una misma casa o un mismo municipio" (fl. 385 C.1).

Sin embargo, como bien lo anota la vista fiscal, "la medida utilizada por el a-quo para tasarlos, cual fue la distancia física de quienes los raclamaban en relación con el domicilio de la víctima, no es la más apropiada, toda vez que los lazos afectivos a que se refiere al providencia recurrida no los delimita la distancia. No es posible señalar, entonces, que a mayor distancia menor afecto o vicervesa. Creemos que las precisas leyes de las matemáticas no operan ni pueden operar en conceptos tan maleables y subjetivos como la parte afectivo-emocional ya que ellos pueden cambiar por innumerables circunstancias" (fl. 431 C.1).

Respecto del punto jurídico en que se ocupa la Sala, vale anotar que el Consejero redactor de esta providencia ha discrepado de la doctrina jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Sentencia del 7 de febrero de 1989; Exp. S-067; Actor: Juan Evangelista Mesa H.), ha considerado que es carga que pesa sobre el actor, la de ***probar el daño moral subjetivo en tratándose de hermanos de la víctima*** (Véanse sobre el particular, salvedades de voto en los procesos Nos. 5672, Actor: Uriel Mejía Ríos y otros; Sentencia de 22 de mayo de 1990 y

5821, Actor: Marco Antonio López y otros; Sent. de 25 de mayo de 1990, ambas sin publicar).

Mas como la posición del redactor de esta ponencia es insular y lo que sostiene no ha merecido, de una parte, la acogida de la mayoría de la Sección falladora y, de otra parte, se separa un tanto de la jurisprudencia de la Sala Plena antes mencionada, en la presente providencia se acogerá la doctrina que se desprende de la posición adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, toda vez que la mayoría de la Sección comparte ese criterio y considera que no existen razones suficientes que la lleven al convencimiento sobre la necesidad de plantear a la Plena un cambio de jurisprudencia. Tales, pues, las razones para que en este fallo el Consejero ponente aparezca aclarando el sentido de su voto.

No obstante las juiciosas apreciaciones del Señor Fiscal, la Sala habrá de revocar el fallo del ***a-quo*** en cuanto a la condena por concepto de perjuicios morales en favor de Ciro de Jesús, Javier, Victoria Elena, Roberto y Benjamín Portillo, a razón de 100 gramos de oro para cada uno, pues no se demostró que convivieran con su hermano Miguel Angel, sino que habitaban en lugar diferente, o que se prestarán ayuda mutua y colaboración tales que permitan al juzgador inferior la existencia misma del daño alegado y su intensidad respecto de los demandantes arriba nombrados.

c) Perjuicio moral de los padres de la persona fallecida

Como se ha anotado el ***a-quo*** a la entidad demandada, a pagar el equivalente de 300 gramos oro para cada uno de los padres del difunto Quintero Portillo. Lo anterior porque no vivían aquellos en el mismo municipio que su hijo.

La Sala se apartará del criterio del *a-quo* porque reiteradamente la jurisprudencia ha presumido la máxima intensidad del dolor de los padres, cuando debido a un hecho imputable a la administración fallece un hijo. Pero, a pesar de que dicha presunción se cuantifica por la Corporación en el equivalente de 1.000 gramos oro, no podría condenarse por tal cantidad, habida consideración de que lo solicitado en la demanda por este concepto, es de 500 gramos oro para cada uno de los padres. Por tanto, solo podrá condenarse a ésta última cifra.

2. *Los perjuicios materiales*

Como se ha anotado, condenó el *a-quo* a pagar perjuicios materiales en concreto, a favor de la esposa e hijos del finado, y los denegó para los demás demandantes.

Si bien la Sala confirmará la condena en el sentido de que estima correcto haber ordenado la indemnización de perjuicios materiales a favor de las mencionadas personas, -se estableció el salario del finado así como la armonía de su familia, pudiéndose inferir asi inequívocamente la existencia del perjuicio-, no confirmará la liquidación realizada por el *a-quo*, puesto que se aparta de los actuales

lineamientos jurisprudenciales. Por demás, como no obran en los autos los I.P.C. hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, será necesario hacer la liquidación por el procedimiento incidental que autoriza, para estos casos, el artículo 172 del C.A.A., en armonía con el 308 del C.P.C., para lo cual se seguirán las pautas siguientes:

1a. Se tomará como base económica, el ingreso laboral del Señor Miguel Angel Quintero Portillo, establecido correctamente por el *a-quo* en treinta y cuatro mil quinientos sesenta y tres pesos ($34.563,oo) (ver flios 382 c. 1 y 116).

2a. De la suma indicada, se deducirá un 25% que se presume el finado utilizaba en su propia manutención. el 75% restante se dividirá en dos partes: Una para los cónyuge Ana Bertha Moreno vda. de Quintero, y la otra en partes iguales para sus hijos Jorge Humberto, Miguel Angel y Claudia Quintero Moreno. Frente a estos últimos, se hace advertencia de que la liquidación solo se extenderá hasta el día que cumplan los dieciocho años.

3a. Se actualizará la condena, tal como se pidió en la demanda, con la fórmula aceptada por la jurisprudencia de la Corporación, tomando como base lois I.P.C. certificados por el DANE en el período comprendido entre el 26 de marzo de 1983 -día de la muerte y la fecha de ejecutoria de esta sentencia. Para éste efecto la indemnización se hará así:

$$Ra = \frac{INDICE\ FINAL}{INDICE\ INICIAL}$$

donde,

Ra = Valor que se busca,
R = Valor histórico que se actualiza,
IF = Indice final e,
Ii = Indice inicial.

En este caso:

$$Ra = R\ \frac{INDICE\ FECHA\ EJECUTORIA\ DEL\ FALLO}{Indice\ mayo\ de\ 1983}$$

4a. La indemnización comprenderá dos períodos, así: Uno, *vencido o consolidado,* que se cuenta desde el día de la muerte -26 de mayo de 1983- hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, con la aplicación de la siguiente fórmula:

$$S = Ra\ \frac{(I+i)^n - 1}{i}$$

donde,

S = Suma o indemnización que se busca,

Ra = Renta mensual actualizada (según fórmula indicada en el numeral tercero),

i = interés puro o técnico del 6% anual o).4867 mensual. Como se trabaja con uno y no con cien, en la fórmula este interés se representa como). 004867;

n = mensualidades que comprende el período indemnizatorio.

El segundo período, o sea el futuro o anticipado se cuenta desde el día siguiente al de la ejecutoria de este fallo, hasta el término de vida probable del señor Miguel Angel Quintero Portillo, quien según los autos era mayor que su esposa, por lo que se supone que moriría primero que ella. Para determinar la expectativa de vida, se utilizarán las Tablas Colombianas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria. La liquidación se hará con la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

donde,

S = Valor indemnización

Ra = Renta actualizada (Según fórmula en listada en el Num. 3).

i = interés del 6% anual ó 0.4867. Como se trabaja con 1 y nó con 100, en la fórmula este interés se representa como 0.004867; cuando se liquida con meses. Si la liquidación se hace con años, el interés es del 0.06 y,

n = número de meses o años que se liquidan (de vida probable).

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. Confírmase los numerales 1o., 2o., 7o., 8o. y 9o. de la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima, proferida el 25 de agosto de 1988, en el proceso instaurado por Ana Bertha Moreno de Quintero y otros, contra la Nación-Ministerio de Defensa.

SEGUNDO. Modifícanse los numerales 3o., 4o., 5o. y 6o. de la mencionada providencia, los cuales quedarán así:

3o. Condénase a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa Nacional a pagar a Ana Bertha Moreno vda. de Quintero, en su condición de representante legal de sus hijos Jorge Humberto, Miguel Angel y Claudia Helena Quintero Moreno, por concepto de perjuicios morales subjetivos, el equivalente a 750 (setencientos cincuenta) gramos oro, por cada uno de los hijos mencionados, conforme al precio que tenga dicho metal a la fecha de ejecución de esta sentencia, según certificado expedido por el Banco de la República.

4o. Condénase a la Nación Colombiana -Ministerio de Defensa Nacional a pagar a Ciro Alfonso Quintero y Carmen Portillo de Quintero, padres del extinto, a cada uno, el equivalente a 500 (quinientos) gramos oro, por concepto de perjuicios morales subjetivos,conforme al precio que tenga dicho metal a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, según certificado expedido por el Banco de la República.

5o. Condénase a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional, en abstracto, a pagar en favor de Ana Bertha Moreno vda. de Quintero, en su condición de cónyuge supérstite del señor Miguel Angel Quintero Portillo, por concepto de perjuicios materiales, la suma que se determine, con arreglo a las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia, en el incidente que deberá tramitarse de conformidad con el art. 308 del C.P.C.

6o. Condénese a la Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional, en abstracto, a pagar a favor de Ana Bertha Moreno vda. de Quintero, en su condición de representante legal de sus menores hijos Claudia Helena, Miguel Angel y Jorge Humberto Quintero Moreno, por concepto de perjuicios materiales, la suma que se determine, con arreglo a las pautas señaladas en la parte motiva de esta providencia, en el incidente que deberá tramitarse de conformidad con el artículo 308 del C.P.C.

TERCERO. Devuélvase al Tribunal de origen.

Notifíquese, cópiese, publíquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala, Con aclaración de voto; *Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Aclaración de voto; *Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta,* Con aclaración de voto.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

Se deja constancia que la providencia anterior fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha siete (7) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Nota de Relatoría: El salvamento del Dr. De Irisarri, se refiere a la presunción de daños morales entre hermanos, por el solo hecho de parentesco, posición que sostuvo en salvamento al fallo 5672, actor: Uriel Mejía Ríos, de mayo 22 de 1990. Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo, publicado en este mismo tomo de extractos.

ACLARACION DE VOTO
DE LOS DOCTORES JULIO CESAR URIBE ACOSTA
CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Referencia: Expediente No. 5519. Actor: Ana Bertha Moreno de Quintero.

Ponente: *Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Los suscritos, Julio César Uribe Acosta y Carlos Betancur Jaramillo, con todo respeto manifestamos nuestra discrepancia con la motivación expuesta en el fallo aprobado por la Sala el 14 de junio del presente año, en especial en lo que toca con los poderes del juez *ad quem.*

En este orden de ideas, precisamos:

Los poderes del juez *ad quem* tienen un alcance diferente, según sea la jurisdicción en la que actúen. Así:

a) En la jurisdicción ordinaria: La apelación se entiende en todo lo desfavorable, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso (artículo 357 del Decreto 2282 de 1989).

Si la providencia objeto del recurso fue apelada por ambas partes, el superior no tendrá restricción para ejercer su poder revisor.

Si fue apelada por una sola, no podrá hacer mas gravosa su situación.

b) En la jurisdicción administrativa. Estos principios tienen aplicación en el proceso contencioso administrativo, pero en éste se dan dos ingredientes que ameritan consideración: La sustentación del recurso y el grado de consulta cuando la sentencia imponga obligación a cargo de una entidad pública.

La sustentación del recurso es una imposición del Decreto 01 de 1984, con consecuencias procesales para el que debiendo hacerla no lo hace. Lo que demuestra que la ley impuso ese requisito como obligatorio para su procedibilidad; requisito que debe cumplirse no de cualquier manera sino con manifestación de inconformidad, la que puede ser total o parcial, por tratarse precisamente de condenas de naturaleza renunciable. La inconformidad debe referirse a la resolutiva de la providencia, porque es la que muestra o define lo favorable o desfavorable del fallo.

Y la consulta, porque es un grado de jurisdicción impuesto por la ley en favor de la entidad pública y como medida de protección para el patrimonio social. Se justifica por cuanto la administración es descuidada en el manejo de sus asuntos.

En este orden de ideas, se observa:

1. Si la sentencia es desfavorable en un todo para el particular y es apelada por éste, el superior podrá confirmarla o revocarla total o parcialmente, accediendo a todo lo pedido o a parte de éste.

2. Si la sentencia es parcialmente favorable para el particular (o, en otros términos, parcialmente desfavorable para la entidad pública) ambas partes pueden apelar. Si apelan y sustentan la apelación en todos los extremos que les fueron desfavorables, el *ad-quem* actuará sin limitaciones.

Si ambas apelan, pero al hacerlo circunscriben la apelación al sustentarla solo a algunos de los extremos desfavorables, habrá que distinguir: a) El particular podrá limitar el alcance de la apelación y se entiende que lo hace o por expresarlo así o implícitamente al no sustentar o controvertir sino determinados puntos que no lo favorecen. En este evento el superior no podrá tocar sino lo alegado por el recurrente.

b) En cambio, la entidad pública no podrá restringir la apelación y si lo hace, el *ad-quem* no podrá tener en cuenta esa circunstancia, porque en todo lo desfavorable para la entidad pública se entiende que el asunto, así haya sido apelado por ésta, también va al superior en grado de consulta. Si la administración pudiera apelar con restricciones estaría desconociendo el mandato legal de la consulta y su alcance.

En otras palabras, en el proceso contencioso administrativo la apelación hecha por la entidad pública tendrá en todos los casos idéntica extensión a la consulta: que el superior revise sin limitación alguna todo lo que es desfavorable a dicha entidad.

3. Si la sentencia es parcialmente favorable al actor y éste no apela, puede la entidad pública apelar. Aquí el superior podrá mantener la decisión de primera instancia; también podrá revocarla total o parcialmente, pero nunca podrá hacerla más desfavorable para la entidad pública.

4) Si la sentencia es parcialmente favorable al particular y este solo apela, se entiende que va también en consulta en lo que le es desfavorable a la entidad. Si el apelante no restringe su apelación los poderes del *ad-quem* serán totales.

5. Si la sentencia es parcialmente favorable al actor y nadie apela, la sentencia tendrá que consultarse y el *ad-quem* podrá resolver todo lo desfavorable a la entidad, pero nunca podrá hacerla más gravosa.

6. Si la sentencia es desfavorable a la entidad en todo o en parte y la administración apela y el recurso se declara desierto por falta de sustentación o lo desiste, en todo caso y sin excepción, el asunto tendrá que someterse a la consulta. Si no fuere así, sería este el mejor camino para que la administración, en forma dolosa o negligente, impidiera la consulta.

7) No es racional ni razonable y ni siquiera legal pensar que por el hecho de que la administración haya apelado desaparezca la consulta. Esta no es la interpretación que permite el artículo 184 del C.C.A. cuando dispone que "deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apelados por la administración".

Se entiende esto, porque ésta no puede restringir el alcance de la apelación, y sobra, cuando lo interpone, hablar de consulta.

Tan cierto es esto que frente a la entidad, se repite, la apelación y la consulta le dan al superior idénticos poderes y la entidad, ni al apelar ni al alegar en la consulta, los pueden restringir.

La disposición legal transcrita no quiere decir otra cosa que la providencia que imponga una obligación a cargo de esa entidad pública en procesos de doble instancia, tendrá, sin *excepción,* que revisarse por el superior, bien por apelación o bien por consulta. No permite la ley que por manejos procesales se haga nugatorio el derecho a la revisión que le otorgó. Cabe recordar que la sentencia que por ley debe consultarse no se ejecutoría sin surtirse dicha consulta (artículo 184 inc. fine). Es obvio, que si esa revisión se propició por la misma administración mediante apelación, sobra hablar de consulta porque aquel recurso surtido en su totalidad tiene el mismo alcance de ésta cuando lo interpone la administración.

Con todo respeto,

Julio César Uribe Acosta, Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá D.E., julio tres (3) de mil novecientos noventa (1990).

CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA FUNCIONAL/ CONSULTA/ SEGUNDA INSTANCIA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO (Aclaración de voto)

No es racional ni razonable y ni siquiera legal pensar que por el hecho de que la administración haya apelado desaparezca la consulta. Esta no es la interpretación que permite el artículo 184 del C.C.A. cuando dispone que "deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apelados por la administración". Esta disposición legal no quiere decir otra cosa que la providencia que imponga una obligación a cargo de esa entidad pública en procesos de doble instancia, tendrá, sin excepción, que revisarse por el superior, bien por apelación o bien por consulta.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS (Aclaración de voto)

Considero que así como se presume que el solo hecho del parentesco el perjuicio moral entre padres, hijos, esposas, concubinas, también debería presumirse para hermanos, con la sola prueba de parentesco.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR ANTONIO JOSE DE IRISARRI RESTREPO

Referencia: Expediente No. 5519 (347). Actor: ANA BERTHA MORENO DE QUINTERO.

Como se anuncia en la parte motiva de la providencia que antecede, el suscrito Consejero ponente aclara su voto porque ha considerado, y continúa considerando -pese a la opinión contrario de la mayoría- que para reconocer perjuicios morales a los hermanos de la víctima del hecho dañoso basta con acudir a la presunción de nombre que puede y debe el juez deducir del "*ex e quod plerumque fit*", de las máximas de experiencia que se desprenden de lo que suele acontecer. Mi posición insultar al respecto ha sido la siguiente:

"No comparto dicha posición jurisprudencial, puesto que considero que así como se presume por el solo hecho del parentesco el perjuicio moral entre padres, hijos, esposas, concubinas, también debería presumirse para hermanos, con la sola prueba de parentesco. Lo anterior por las siguientes razones:

"1a. La estructura social de la familia en Colombia permite afirmar que normalmente los hermanos entre sí se encuentran unidos por vínculos de familiaridad y afecto, que surgen precisamente por el hecho de provenir de idéntico tronco familiar común, que se convierte en lugar de referencia obligada pra los hermanos en el transcurrir de sus vidas, y que por lo tanto, los vincula por el solo hecho del parentesco.

"2a. Normalmente los hermanos en Colombia viven los primeros años de vida bajo el mismo techo, lo cual de por sí genera ya una afección especial que diferencia este afecto con personas ajenas a la convivencia en común durante los primeros años de vida.

"3a. La experiencia y el sentido común permiten inferir que la muerte de un hermano causa dolor, aflicción y pena a aquel que lo sobrevive, precisamente porque los hermanos entre sí están unidos por lazos de consanguinidad o de adopción, y porque normalmente desarrollan, teniendo en cuenta la estructura nuclear de la familia en Colombia, relaciones humanas marcadas por la afección que sociológica y culturalmente implica tal vínculo.

"4a. No hay razón alguna para que los hermanos, respecto de los cuales se puede predicar la presunción de hombre anotada, deban probar el perjuicio moral como correspondería probarlo a cualquier prójimo (parientes lejanos, amigos, etc.), y no gocen de la presunción establecida para todas las personas que componen el núcleo familiar cercano, que es el que da precisamente relevancia a la calidad de hermano.

"5a. Por cuanto estimo que en esta hipótesis se configura la presunción de hombre anotada, considero que ella debe establecerse en 500 gramos oro, y no el 100 como opera para padres, hijos, concubinas y esposas, pues precisamente la experiencia muestra que los vínculos afectivos entre éstos últimos son de mayor calado que aquellos existentes entre los primeros. Pero, el disminuir respecto de los hermanos la presunción de intensidad del dolor, no significa que normalmente ellos no sientan aflicción frente a la muerte de su hermano, sino que lo sienten en proporción menor que el resto del grupo familiar.

"6a. Como ocurre para las presunciones establecidas en favor de los padres, hijos, cónyuges o concubinos, para hermanos también puede desvirtuarse la presunción. Es obvio que puede probarse que un padre odia a un hijo, que a una esposa que le causó un beneficio con la muerte de su cónyuge, que un hermano deseaba la muerte de su hermano, pero, por fortuna, dichas situa-

ciones son tan excepcionales que, precisamente, han permitido establecer presunciones en este campo.

Esos puntos de vista coinciden con los expuestos magistralmente por la H. Corte Suprema de Justicia en reciente ocasión (Sentencia de Casación Civil de fecha 26 de febrero de 1990; Magistrado Ponente Dr. Héctor Marín Naranjo; publicada en la revista "Jurisprudencia y Doctrina", No. 220, abril de 1990, p. 241 y siguientes).

Atentamente,

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Fecha ut supra.

SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia/ **HIDROCARBUROS/ PROPIEDAD PRIVADA**-Reconocimiento

Si está o no implícito en el artículo 1º de la Ley 20 de 1969 el requisito de que los derechos constituidos a favor de terceros (situaciones jurídicas subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas) deben estar o no vinculados a uno o más yacimientos petrolíferos descubiertos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, fecha de vigencia de la Ley 20 de ese año, es labor interpretativa del juez que implica "penetrar con alguna profundidad... en la doctrina que llevan consigo las palabras con que está redactada la norma superior", y conlleva a un necesario pronunciamiento sobre la extensión y los límites del poder reglamentario que el ordinar 3o. del artículo 120 de la Constitución Política atribuye al Presidente de la República como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa, definiciones todas que exceden por su propia naturaleza, los estrechos límites en que debe moverse al juzgador cuando resuelve, en los umbrales del proceso y sin haber tenido la ocasión de escuchar y sopesar los argumentos en pro y en contra de una determinada tesis jurídica, una solicitud de suspensión provisional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., catorce (14) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5942. Actor: ALBERTO RESTREPO RESTREPO. Suspensión provisional.

I

Por venir en debida forma, se admitirá la demanda de nulidad incoada por el ciudadano Alberto Restrepo Restrepo contra las siguientes disposiciones del Decreto número 1994 del 4 de septiembre de 1989, proferido por el Gobierno Nacional:

a) El aparte final del artículo 1º que dice: "... y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos."

b) El artículo 2º, en su totalidad que dice: "Para efectos de lo previsto en la Ley 20 de 1969 y en el presente Decreto, un yacimiento se reputa descubierto cuando mediante perforación con taladro y las correspondientes pruebas de fluidos, se logra el hallazgo de la roca en la cual se encuentran acumulados los hidrocarburos, y que se comporta como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción, propiedades petrofísicas y propiedades de los fluidos".

c) El ordinal c del artículo 3º, que dice:

"c) Que el yacimiento materia de la solicitud fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969."

Como el proyecto de decisión sobre la solicitud de suspensión provisional elaborado por el señor Consejero conductor del proceso no fue aprobado por la mayoría de la Sala, redacta esta ponencia el Consejero que sigue en turno, por orden alfabético. Para resolver sobre la misma provisora impetrada, SE CONSIDERA:

II
DE LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

1. El actor solicita, en el mismo escrito contentivo de la demanda, el decreto de suspensión provisional de los efectos de las normas impugnadas. Formula así su petición:

"Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 152 C.C.A., con toda atención pido del H. CONSEJO DE ESTADO decretar la suspensión provisional de las normas del Decreto 1994 de 1989 que han sido acusadas y que han sido debidamente determinadas en el acápite II. PETICIONES de esta demanda.

"La suspensión que se solicita es procedente por cuanto no está prohibida por la Ley y porque de una simple y sencilla comparación de tales normas con las disposiciones del artículo 1º de la Ley 20 de 1969, de los artículos 30 y 120, 3 de la Constitución Nacional y del artículo 28 de la Ley 153 de 1887, resulta en forma ostensible la violación de estas normas de carácter superior.

"Claramente, prima facie y sin necesidad de análisis interpretativo, se observa que las disposiciones del Decreto 1994 de 1989 que exigen para el reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre yacimientos de hidrocarburos el hecho de que hayan sido descubiertos antes del 22 de diciembre de 1969 mediante los procedimientos y resultados que ellas consagran, son contrarias al reconocimiento que de estos derechos hace la Ley 20 de 1969 en su artículo 1º, a la norma del artículo 30 de la Constitución Nacional en armonía con el 28 de la Ley 153 de 1887, que reconocen los derechos adquiridos bajo el imperio de una Ley y al artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional por cuanto exceden la potestad reglamentaria que se otorga al Presidente de la República".

2. Los textos de carácter superior que se dicen ostensiblemente violados son del siguiente tenor:

A) *Ley 20 de 1969.*

Artículo 1º. "Todas las minas pertenecen a la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros. Esta excepción, a partir de la vigencia de la presente Ley, solo comprenderá las situaciones jurídicas subjetivas y concretas y vinculadas a yacimientos descubiertos.".

B) *Constitución Política.*

Artículo 30. "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores ..."

Artículo 120, ord. 3º. "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 necesarios para la cumplida ejecución de las leyes;".

C) *Ley 153 de 1887.*

Artículo 28. Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán la disposiciones de la nueva ley".

3. Ha dicho repetidamente la jurisprudencia de esta Corporación que para que el decreto de suspensión provisional de un acto administrativo se abra paso, es preciso que entre el acto acusado y las normas de superior jerarquía que se repitan como violadas exista una contrariedad tal que ella pueda observarse en forma ostensible, manifiesta, flagrante, con la simple comparación, como en doble columna, entre las noras superiores y las acusadas de inferior jerarquía. Ha dicho igualmente, que si para deducir la infracción es menester adentrarse en disquisi-

ciones mas o menos prolijas, mas o menos complejas, la medida provisoria no es viable, toda vez en esas condiciones la ostensibilidad de la violación exigida por la ley, se desdibuja o desaparece. "... violación manifiesta de la ley o de normas de derecho positivo superiores a aquella que se dice violatoria, es la contradicción de ésta con las que se consideran violadas, y que aparece a primera vista, sin que para descubrirla sea necesario recurrir a razonamientos y disquisiciones profundas" (Auto de 19 de abril de 1945, "ANALES", T. LIV, números 347-351, página 137).

También ha expresado que "la flagrancia es tanto como (apreciar) a primera vista, sin duda, que no requiera circunloquios ni reflexiones profundas, o sea, que de la comparación de una y otra normas, colocadas como en doble columna, surja evidente la contrariedad. *No es posible la suspensión si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto, o sea en la doctrina que lleven consigo las palabras con que se esté redactada la norma superior.*" (Auto de 1º de junio de 1977, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección 4a., Exp. 4503; Consejero ponente Dr. MIGUEL LLERAS PIZARRO; Actor: James Raisbeck, las sublíneas no son del texto).

4. Conocida es la también reiterada jurisprudencia de la Corporación conforme a la cual "el decreto reglamentario no puede ser otra cosa que el desarrollo lógico de las disposiciones de la ley que trata de reglamentar y que no puede, sin incurrir en extralimitación, establecer nada que implicitamente no se halle contenido en aquella. Por lo mismo tampoco puede cercenar nada de lo expresamente estatuído en la ley. En uno y otro caso excedería la potestad reglamentaria" (Sentencia de 14 de noviembre de 1949, 'ANALES', Tomo LVIII, números 367-371, p. 289), o la que sostiene que "llenar los vacíos y detalles que no previó la ley que sea necesario dictar a fin de que el estatuto tenga eficacia en la práctica, es la razón de ser de la potestad reglamentaria del presidente de la república, pues sin ella se expondrían las leyes a tornarse inoperantes o a no tener cumplida ejecución, ya que el legislador no expide sino las normas generales, quedándole al ejecutor de aquellas, el gobierno, la tarea de poner en función de actuar los mandatos legales, ciñéndose al espíritu de estos, pero dictando cuantas disposiciones sean precisas para darle a la ley desarrollo cumplido (Sentencia de 17 de octubre de 1950, "ANALES", tomo LVIII, números 367-381, página 453).

5. Ahora bien: para la Sala la ostensible violación que el demandante endilga a las normas acusadas no es tan evidente como resulta de sus planteamientos. Ello, por las siguientes razones:

5.1. Porque no puede decirse, ante el texto del artículo 1º de la Ley 20 de 1969 (en armonía con el 13, que el impugnante no se señala como infringido), que el 22 de diciembre de 1969 -fecha de vigencia de la Ley 20, sea un factor que, rotunda y definitivamente, no entre el juego para el reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre yacimientos de hidrocarburos. En otros términos: si está o no implícito en el artículo 1º de la Ley 20 de 1969 el requisito de que los derechos constituídos a favor de terceros ("situaciones jurídicas subjetivas y concretas de-

bidamente perfeccionadas") deban estar o no vinculados a uno o más yacimientos petrolíferos descubiertos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, fecha de vigencia de la Ley 20 de ese año, es labor interpretativa del juez que implica "penetrar con alguna profundidad (...) en la doctrina que llevan consigo las palabras con que está redactada la norma superior", y conlleva a un necesario pronunciamiento sobre la extensión y los límites del poder reglamentario que el ordinal 3º del artículo 120 de la Constitución Política atribuye al Presidente de la República como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, definiciones todas que exceden, por su propia naturaleza, los estrechos límites en que debe moverse al juzgador cuando resuelve, en los umbrales del proceso y sin haber tenido la ocasión de escuchar y sopesar los argumentos en pro y en contra de una determinada tesis jurídica, una solicitud de suspensión provisional. Labor de tal envergadura es propia, solamente, de la sentencia definitiva.

5.2. Y en cuanto hace a las alegadas violaciones por las disposiciones impugnadas del Decreto 1994 de 1989 de los artículos 30 de la Constitución y 28 de la Ley 153 de 1887 por su supuesto o real desconocimiento de los derechos adquiridos, baste con plantear las siguientes inquietudes: ¿qué clase de derechos ampara y garantiza la disposición inicial del artículo 30 de la Constitución?. Serán, acaso, todas las situaciones jurídicas subjetivas de derecho cualquiera que sea la índole de la norma que las ampare, las que gozan de esa especial tutela jurídica?. O serán, por ventura, únicamente los derechos adquiridos, con justo título, con arreglo a las *leyes civiles*, en forma tal que quedan excluídas de la garantía en comentario, las situaciones amparadas por leyes de otra naturaleza (laborales, agrarias, mineras, petroleras, etc.)? Qué incidencia pueden tener sobre el tema, las ideas de prevalencia de la utilidad pública y del interés general sobre los intereses particulares en la determinación de los "derechos adquiridos" tutelados por la parte inicial del artículo 30 de la Carta Política?

La sola enunciación de tales interrogantes pone bien de manifiesto la vastedad del tema, su honda significación juridica y, de contera, la necesidad de un profundo estudio que solo es posible hacer en una sentencia de fondo y no en un mero auto de suspensión provisional.

5.3. En cuanto concierne al artículo 2º del Decreto 1994, no puede decirse que viole flagrantemente la Ley 20 de 1969 al precisar cuándo un yacimiento petrolífero se considera descubierto, dándole un alcance mayor al que dicha ley da a la expresión "yacimiento descubierto", pues en parte alguna de la ley reglamentaria se definió qué ha de entenderse por tal. Y si es propio del poder reglamentario de las leyes que la Constitución Nacional atribuye al Presidente de la República, dictar las normas de detalle necesarias para su cumplida ejecución, no encuentra la Sala, prima facie, que la especificación que del concepto "yacimiento descubierto" hace el artículo 2º impugnado vulnere la Ley 20 de 1969 que, se repite, enuncia el concepto pero sin entrar a definir su contenido y alcances.

5.4. Las consideraciones que preceden bastan, a juicio de la Sala, para disponer la admisión a trámite de la demanda presentada por el señor Alberto Restrepo Restrepo contra algunas de las disposiciones del Decreto Reglamentario número 1994 de fecha 4 de septiembre de 1989 y para no acceder a decretar la suspensión provisional de las normas acusadas.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

RESUELVE:

Primero. Por reunir los requisitos de ley SE ADMITE la demanda de nulidad incoada por el ciudadano ALBERTO RESTREPO RESTREPO, a que se ha hecho mérito en los considerandos de este proveído.

En consecuencia, se dispone:

A) Notifíquese personalmente a la señora Ministro de Minas y Energía y al señor Agente del Ministerio Público;

B) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para los efectos del artículo 207 del C.C.A. (Art. 46, Decreto 2304 de 1989);

C) No hay lugar al depósito de que trata el numeral 4 del artículo 46 del Decreto 2304 de 1989, por tratarse de asunto de puro derecho y porque las notificaciones que deben hacerse son todas en Bogotá D.E.,;

D) No hay lugar a ordenar el envío de los antecedentes administrativos de las normas acusadas.

Segundo. No se accede a decretar la suspensión provisional de las normas acusadas.

Cópiese y notifíquèse.

Se hace constar que la anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta.*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

HIDROCARBUROS/ PROPIEDAD PRIVADA - Reconocimiento (Salvamento de voto)

Debe aceptarse que efectivamente con las disposiciones cuya suspensión se solicita se establecen nuevas condiciones para reconocer la propiedad privada, cuyo derecho se había adquirido con anterioridad, tal como puede verse en el artículo 1º del Decreto 1994, que impone la obligación de que a 22 de diciembre de 1969 las situaciones jurídicas consolidadas ya estuvieran vinculadas a yacimientos descubiertos, requisito que no establece la Ley 20; así, la persona que presentara un título válido jurídicamente, antes de la expedición del Decreto 1994 era considerada propietaria del subsuelo petrolífero, y a partir del 4 de septiembre, tendrá que demostrar que el yacimiento fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969, lo que configura razon suficiente para acceder a la solicitud de suspensión.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR: GUSTAVO DE GREIFF RESTREPO

Referencia: Expediente No. 5942. Actor: ALBERTO RESTREPO RESTREPO.

Con todo respeto por la decisión mayoritaria, me separo de la decisión anterior en cuanto a la solicitud de SUSPENSION PROVISIONAL, que aparece en el acapite VI de la demanda, bajo el título - PETICION DE SUSPENSION PROVISIONAL -, por las siguientes razones:

Se demanda y se solicita la suspensión provisional de las siguientes disposiciones del Decreto de 1994:

a) El aparte final del artículo 1º, que dice

"...y que el 22 de diciembre de 1969 esas situaciones estuvieran vinculadas a uno o varios yacimientos descubiertos".

b) El artículo 2º, en su totalidad que dice:

"Para efectos de lo previsto en la ley 20 de 1969 y en el presente decreto, un yacimiento se reputa descubierto cuando mediante perforación con taladro y las correspondientes pruebas de fluidos, se logre el hallazgo de la roca en la cual se encuentren acumulados los hidrocarburos, y que se comparte como una unidad independiente en cuanto a mecanismos de producción.

c) El literal c). del artículo 3º, que dice:

"...c) Que el yacimiento materia de la solicitud fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969".

El actor, cita como violados el artículo 1º, de la Ley 20 de 1969, el artículo 3º de la Ley 153 de 1887 y el artículo 120 ordinal 3o. C.N.

Los textos normativos que se dicen violados rezan:

LEY 20 de 1969:

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

CONSTITUCION NACIONAL:

Artículo 3º: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores...".

LEY 153 DE 1887:

Artículo 28: "Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra, pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extensión, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley".

CONSTITUCION NACIONAL:

Artículo 120: Ordinal 3o.: "Corresponde al Presidente de la República como jefe de Estado y suprema autoridad administrativa: 3o. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

El artículo 152 C.C.A., exige la petición y sustentación expresa de la suspensión provisional, requisitos que se observan en la petición de que se trata, cuando el actor manifiesta:

> "...Claramente, prima facie y sin necesidad de análisis interpretativo, se observa que las disposiciones del Decreto 1994 de 1989 que exigen para el reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre yacimientos de hidrocarburos el hecho de que hayan sido descubiertos antes del 22 de diciembre de 1969 mediante los procedimientos y resultados que ellas consagran, son contrarias al reconocimiento que de estos derechos hace la ley 20 de 1969 en el artículo 1º, a la norma del artículo de la Constitución Nacional en armonía con el 28 de la ley 153 de 1987, que reconocen los derechos adquiridos bajo el imperio de una ley y el artículo 120 ordinal 30 de la Constitución Nacional por cuanto exceden la potestad reglamentaria que se otorga al Presidente de la República".

El artículo 1º de la Ley 20 de 1969, relacionado como violado, es aplicable a hidrocarburos en virtud de los dispuesto en el artículo 13 de la misma ley.

Debe aceptarse que efectivamente con las disposiciones cuya suspensión se solicita se establecen nuevas condiciones para reconocer la propiedad privada, cuyo derecho se había adquirido con anterioridad, tal como puede verse en el artículo 1º del Decreto 1994, que impone la obligación de que a 22 de diciembre de 1969 las situaciones jurídicas consolidadas ya estuvieran vinculadas a yacimientos descubiertos, requisito que no establece la Ley 20; así, la persona que presentara un título válido jurídicamente, antes de la expedición del Decreto 1994 era considerada propietaria del subsuelo petrolífero, y a partir del 4 de septiembre, tendrá que demostrar que el yacimiento fue descubierto antes del 22 de diciembre de 1969, lo que configura razón suficiente para acceder a la solicitud de suspensión.

Si bien es cierto que el artículo 1º de la Ley 20 exige la vinculación a yacimientos descubiertos, no es menor cierto que la norma cuya nulidad se demanda, introduce como requisito que el 22 de diciembre estuvier el yacimiento descubierto, lo que hace que la condición sea exigida con efecto retroactivo, pues para la demostración es necesario que antes de esa fecha se hayan efectuado las operaciones necesarias para el descubrimiento, haciendo nugatorio el derecho adquirido de los particulares.

En cuanto al artículo 2º del mismo Decreto 1994, es flagrante la violación pues por vía reglamentaria se da un alcance mayor al que le da la ley a la expresión "yacimiento descubierto", exigiendo métodos que no menciona la ley, por lo cual me aparto de la ponencia mayoritaria que afirma no haber sido definido este concepto en el reglamentario, cuando efectivamente sí lo fue y excediendose según puede verse en el literal b) de la solicitud de suspensión.

Finalmente, para el literal c) del artículo 30, es válido el razonamiento hecho en este escrito en relación con el artículo 1º *ibídem*.

Comparto en su totalidad el concepto que sobre este tema profirió la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación el 11 de julio de 1988, Rad. No. 187, que en su aparte pertinente expresó:

"REGIMEN JURIDICO DE LA LEY DE 1969

"Dice el artículo 1º de este Estatuto:

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

"Y agrega el artículo 13:

"Las normas contenidas en el artículo 1º de esta ley se aplicaran también a los yacimientos de hidrocarburos".

"En la primera disposición transcrita hay una regla general, una excepción y una aclaración, y en la segunda hay un ordenamiento extensivo pero de alcances limitados. Veamoslo.

"3. LA REGLA GENERAL.

"Contiene una declaración de dominio que abarca todas las minas, cualesquiera que sean sus características, clases y localizaciones, o los títulos, modos y épocas de adquisición de sus terrenos de ubicación, ya se encuentren en el suelo o en el subsuelo, o en predios de entidades públicas o particulares.

"4. LA EXCEPCION

"Ella comprende 'los derechos constituidos a favor de terceros', vale decir, los adquiridos a la nueva ley. Y como las antiguas disposiciones no exigían que el derecho estuviera vinculado a yacimientos descubierto, la excepción operaba y opera de conformidad con los requisitos que establecía el nuevo sistema. De consiguiente los derechos constituidos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, fecha de la sanción y vigencia de la Ley 20, subsistieron bajo el imperio de ese nuevo estatuto y quedaron debidamente asegurados, tal como se desprende de la excepción y de la doctrina constitucional. Es evidente, pues, que la propiedad privada de las minas y yaci- mientos de hidrocarburos, adquiridos con anterioridad al 22 de diciembre de 1969, no quedó afectada por la nueva ley, y mucho menos en aquellos casos 'definitivamente' resueltos por la Corte Suprema de Justicia, casos que siguieron protegidos por la excepción, por la verdad formal de la cosa juzgada y por los artículos 30 y 302 de la Constitución Nacional.

"5. 'Esta excepción, *a partir de la vigencia de la presente ley*', sólo comprenderá las situaciones juridicas subjetivas, vinculada a yacimientos descubier-

tos. Como casi todas las leyes, la 20 de 1969, carecerá de afecto retroactivo. Sin necesidad de declararlo, ella opera hacia el futuro y no hacia el pasado. No obstante, la comentada aclaración, a fin de evitar equívocos, expresamene dijo que la excepción, 'a partir de la vigencia de la presente ley', sólo comprenderia las situaciones vinculadas a yacimientos descubiertos. Establece un nuevo requisito para la futura adquisicion del derecho y determina la fecha en que ello empieza a ocurrir. Todo ello significa, obviamente, que las situaciones anteriores a la nueva ley y a la nueva condición, quedaron sujetos al régimen jurídico preexistente, esto es, a un sistema que no establecía el requisito indicado. De allí que los derechos constituídos en esa forma, subsistieran bajo el imperio de la nueva ley, tal como se desprende de la Constitución Nacional, del artículo 28 de la Ley 153 de 1887 y como lo ha reconocido la jurisprudencia colombiana de todos los tiempos".

En los anteriores términos dejo plasmado mi salvamento de voto a la providencia de la Sala de fecha 14 de junio de 1990.

Gustavo de Greiff Restrepo.

Bogotá, D.E., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa (1990).

PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

El documento aducido por el apoderado de la parte actora y acompañado al escrito de sustentación del recurso de apelación por ella interpuesto, no fue solicitado como prueba en la primera instancia, ni ordenado tener como tal por el *a-quo*, y no obstante fundarse su aportación en esta instancia en la causal tercera del artículo 214 del C.C.A., no se acompañó la prueba sumaria del caso fortuito, ni de la fuerza mayor o del hecho u obra de la parte contraria, que hubiesen impedido al actor aducir el documentos que este despacho ordenó tener como prueba en el auto recurrido. Mas como también invoca la parte actora recurrente el inciso 4o. del artículo 212 del C.C.A. como soporte legal de su solicitud de que se tenga como prueba del citado documento, debe esta Sala Unitaria poner de presente, que ese pretendido soporte legal no es de recibo en el caso que ahora se estudia, toda vez que no se trata de desvirtuar probanza alguna aducida en esta segunda instancia por la contraparte de la actora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., quince (15) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. 5429 (323). Actor: PETROLEOS DEL MAGDALENA S.A.

Se resuelve sobre el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del INCORA contra el auto del 8 de junio de 1989, mediante el cual se ordernó tener como prueba la certificación aportada por la parte actora con el escrito de sustentación de la apelación (folio 267 C.1) a efectos de que se revoque tal decisión, y en su lugar se deniegue el decreto de la prueba pedida por el actor.

El impugnante sustenta así su recurso:

"Sirven de fundamento a mi comedida petición de que se revoque el auto recurrido, las siguientes razones de hechos y de derecho:

"2.1. El inciso cuarto del artículo 212 del Código Contencioso Administrativo prevé: "Dentro del término de ejecutoria del auto de admisión del recurso, el opositor y el ministerio público podrán pedir pruebas, *las cuales sólo se decretarán en los casos del artículo 214...*" (Subrayo).

"2.2. El artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, a que nos remite esta norma, determina: "pruebas en segunda instancia: cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán *pedir pruebas que se decretarán únicamente en los siguientes casos:* (Subrayo). A continuación esta disposición señala en forma taxativa en que casos puede decretarse pruebas en la segunda instancia para el caso de apelación de sentencia.

"2.3. En el caso de autos, el distinguido apoderado de la parte actora invocó el numeral 3º del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, que al respecto preceptúa: "*Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*" (subrayo). Pero ocurre Honorable Consejero que esta causal no se presentó en el caso *sub-lite* porque el actor tuvo sin obs- táculo alguno todas las oportunidades que le concede la Ley para haber presentado en la primera instancia, el documento que ahora pretende hacer valer en la segunda instancia, con el objeto de hacer variar la decisión que recurre valiéndose de elementos distintos, es decir, quiere provocar un fallo con argumentos diferentes a los que tuvo el Honorable Tribunal Administrativo del Cesar para decidir. Por otra parte, tampoco se presenta la causal invocada, ya que no fue por fuerza mayor, ni caso fortuito o por obra de la parte contraria que el recurrente dejó de aducir el documento, casos estos que son los únicos que prevé la norma invocada para que el Honorable Despachho (sic) pudiera haber decretadio validamente la prueba pedida.

"2.4. La honorable Sala Unitária no podía validamente, esto es, sin transgredir la Ley decretar la mencionada prueba por no ajustarse a las exigencias del numeral 3o. del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo, aduciendo como razón para dejar de lado la Ley su argumento de: ... "que el fallo de primer grado tuvo como fundamento la caducidad de la acción propuesta con apoyo en la certificación del pago de derechos que obra a folio 61 del cuaderno 1 y que la certificación allegada con la sustentación de la apelación tiende a complementar su alcance". Sobre esta apreciación, con el debido respeto me permito manifestar al Honorable Consejero Ponente, que el fallo de primera instancia tuvo como apoyo la certificación que obra a folio 61 del cuaderno 1, porque fue una prueba decretada y aportada dentro del término procesal y agregó que, mal podia el fallador basarse en documentos que no conocía bien porque no fueron decretados no obraban en el expediente y porque la certificación en que se fundamentó la providencia recurrida es la

que exige el inciso segundo del artículo 5º del Decreto 2703 de 1981 para probar el cumplimiento del requisito de la publicación en el Diario Oficial de la Resolución de adjudicación de terreno baldío, fecha a partir de la cual debe contarse el término para efectos de la caducidad de la acción, ya que esta norma especial no habla de complementación alguna para cumplir con tal exigencia" (folio 283, 284 c.1).

Dentro del término del traslado, ni la sociedad actora ni la señora Mercedes Estrada de Restrepo hicieron manifestación alguna. Para resolver,

SE CONSIDERA

Primero: La inconformidad con el proveído atacado radica en que la prueba allegada ni es de recibo, porque su admisibilidad no reune los requisitos señalados en el artículo 214 del C.C.A.

Segundo: Expresa el artículo 214 del C.C.A. que fue adoptado mediante el Decreto Ley No. 1 de 1984 lo siguiente:

"Pruebas en segunda instancia. Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán *únicamente en los siguientes casos:*

"1. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

"2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

"3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

"4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior".

Como fluye espontáneamente de la simple lectura de la disposición transcrita, y lo tiene reconocido esta Sala, "las pruebas en la segunda instancia no caben sino en los casos taxativamente enumerados en el mencionado artículo" (Auto de 29 de noviembre de 1987, Exp. No. 5041, Actor: Hoover Moncaleano). Con el criterio restringido que impone la enumeración limitativa contenida en el citado artículo 214, se referirá a continuación el Despacho a los cuatro eventos que el precepto contempla, comentando somera y únicamente los que son pertinentes al caso, así:

A) Cuando habiendo sido oportunamente pedidas y decretadas en la primera instancia, dejaron de practicarse sin culpa de quien las solicitó, pero únicamente con dos finalidades bien precisas, a saber: la de obtener que se practiquen o la de lograr su perfeccionamiento a través del cumplimiento de los requisitos que para él faltaren.

B) Cuando versen sobre *hechos nuevos* es decir, acaecidos luego de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en la primera instancia, a condición, eso sí, de que las pruebas se requieran para demostras esos hechos nuevos o para desvirtuarlos y siempre que tales hechos puedan tener incidencia en la decisión que deba tomar el juez *ad-quem*. No se trata, pues como puntualiza bien Betancur Jaramillo "del conocimiento de la existencia de hecho anterior, ya que el hecho para merecer el calificativo de nuevo, se repite, tendrá que ser sobreviniente" (Cf. "Derecho Procesal Administrativo" 2a. ed., 1985, p. 281).

C) En tratándose de prueba documental que no pudo aducirse en la primera instancia debido a circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, o si tal imposibilidad del obrar de la parte contraria.

Como anota Betancur Jaramillo (op. cit., pag. 281) en comentario que este despacho hace suyo por la pertinencia de la anotación, "para que se de el evento aquí tratado *es preciso que esa prueba documental se haya pedido y decretado en la oportunidad debida dentro de la primera instancia*, porque no se trata en ningún caso de prueba nueva o que no se haya enunciado en dicha instancia" (Subraya el despacho).

Y agrega el mismo autor, con toda razón, pues el texto así lo da a entender, que la parte interesada en que se decrete como prueba el documento que aduzca con fundamento en la causal 3a. del artículo 214 del C.C.A., "deberá acompañar prueba sumaria de la circunstancia o circunstancias que le impidieron aducir la prueba en la etapa mencionada", lo cual es perfectamente razonable toda vez que es principio del derecho colombiano en que enseña que la fuerza mayor o el caso fortuito o la intervención de un tercero deben ser probados por quien los alega.

D) También podrá pedirse la práctica de pruebas en segunda instancia y si de apelación de sentencias se trata, si con ellas se busca desvirtuar la prueba documental de que se habló en el ordinal C anterior, lo cual es lógico desarrollo del principio de igualdad de las partes en el proceso, toda vez que se vulneraría gravemente ese postulado fundamental del ordenamiento procesal si se diese a una parte la oportunidad de aducir documentos que no fueron objeto de controversia probatoria en la primera instancia y, simultáneamente, se privara a la otra parte de la de desvirtuar los documentos así allegados al proceso, a través de la aducción de otros medios probatorios o mediante la tacha de falsedad de los aducidos en la segunda instancia por su contraparte.

Tercero. En el caso de autos observa el despacho que el documento aducido por el apoderado de la parte actora y acompañado al escrito de sustentación del

recurso de apelación por ella interpuesto, no fue solicitado como prueba en la primera instancia ni ordenado tener como tal por el *a-quo*, y anota igualmente, que no obstante fundarse su aportación en esta instancia en la causal tercera del artículo 214 del C.C.A., no se acompañó la prueba sumaria del caso fortuito, ni de la fuerza mayor, ni del hecho u obra de la parte contraria, que hubiesen impedido al actor aducir el documento visible al folio 267 del cuaderno principal y que este despacho ordenó tener como prueba en el auto recurrido. Más como también invoca la parte actora recurrente el inciso 4º del artículo 212 del C.C.A. como soporte legal de su solicitud de que se tenga como prueba el citado documento, debe esta Sala Unitaria poner de presente, además, que ese pretendido soporte legal no es de recibo en el caso que ahora se estudia, toda vez que no se trata de desvirtuar probanza alguna aducida en esta segunda instancia por la contraparte de la actora, pues que ninguna solicitud en ese sentido ha sido formulada ni por el INCORA ni por la señora Mercedes Estrada de Restrepo.

Cuarto. En conclusión: asiste la razón al recurrente. Este despacho no ha debido, según lo expuesto en esta providencia, ordenar tener como prueba el documento aportado por la parte actora con el escrito de sustentación del recurso de apelación (folio 267, C. ppal.). Prospera, entonces, el recurso de reposición oportunamente interpuesto por el apoderado judicial del INCORA contra el auto calendado el 8 de junio de 1989 el cual, en consecuencia, debe revocarse.

En mérito de lo expuesto,

SE RESUELVE:

REVOCASE el auto de fecha 8 de junio de 1989; en su lugar *no se accede* a tener como prueba el documento visible al folio 267 del expediente.

Cópiese y notifíquese.

Antonio José de Irisarri Restrepo.

Nota de Relatoría: Por auto de agosto 28 de 1990. en su totalidad esta decisión fue acogida por la Sección Tercera, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

CONTRATO ADMINISTRATIVO/ CONTRATO DE OBRA - Incumplimiento/ **PERJUICIOS MORALES** - Reconocimiento

El incumplimiento de un contrato de obra o de empresa vigente, conlleva la RESILIACION, TERMINACION O CESACION del mismo. Por ser una cuestión de simple semántica, no cabe duda que los vocablos son unívocos y que, gramaticalmente, traducen el mismo sentido: extinción del contrato.

La Sala accederá a reconocer perjuicios morales para resarcir en parte la dolencia de orden psicológico que afectó hondamente la personalidad del actor.

En el caso de autos es innegable que la inejecución de la prestación pactada, produjo en el actor perjuicios de alcance moral incalculable, como que la irrealización de su obra maestra traumatizó su identidad profesional y artística.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., quince (15) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 2461 (92). Actor: JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO Y O.

Encuéntrase reconstruido el expediente, hasta donde fue posible; y como al momento de su destrucción se hallaba para fallo, se procede a dictar sentencia.

I. LO PEDIDO

El pintor JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO, en su propio nombre y en nombre y representación de la Sociedad "RODRIGUEZ ACEVEDO LIMITADA", por conducto de apoderado judicial, en escrito presentado ante esta Corporación el 27 de abril de 1978, solicitó:

Que, previos los trámites de ley "y comunicación al Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Obras y Transporte y notificación personal al Agente del Ministerio Público" se hagan por el Consejo de Estado las siguientes declaraciones y condenas:

"*PRIMERA*. Que decrete la terminación o resciliación del Contrato número 210 de fecha 2 de mayo de 1974, celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas de una parte, y el Maestro José Rodríguez Acevedo y la sociedad comercial "Rodríguez Acevedo Limitada" de otra, para la concepción y ejecución material del CICLORAMA DEL PUENTE DE BOYACA, obra artística que consiste en el desarrollo pictórico y mural de la Campaña Libertadora de 1019, contrato que adicionó, modificó y transformó, los contratos originales No. 286 del 14 de diciembre de 1969 y No. 202 de 24 de julio de 1970 por incumplimiento contractuales, que ha conducido a la cesación regular de las obligaciones pactadas, con desconocimiento de derechos adquiridos con justo título por los CONTRATISTAS, con violación del Artículo 30 de la Constitución, violación contractual que ha hecho impracticable la realización de la obra monumental pictórica en honor de los héroes de la Independencia, debiéndose dejar vigentes los efectos contractuales que se hayan surtido hasta la fecha del fallo. (Artículo 1546 del C.C.).

"*SEGUNDA*. Que ordene a la Nación Colombiana reconocer y pagar al Maestro Don José Rodríguez Acevedo y a la Sociedad "Rodríguez Acevedo Limitada", o a quien los represente, el valor de los precios pactados por *los dibujos* del CICLORAMA DEL PUENTE DE BOYACA, obra oportunamente ejecutada, con base en la forma de pago convenida en la *Cláusula Séptima* del Contrato No. 210 de 2 de mayo de 1974, así: 1o) Dos millones ciento setenta y ocho mil trescientos sesenta y tres pesos ($2'178.363.oo) M/L., más sus intereses moratorios comerciales a la tasa del 32% de acuerdo con la jurisprudencia de la Superintendencia Bancaria, o, del 6% anual si se considera aplicable la ley civil y no la mercantil, desde el día 1o. de febrero de 1975 hasta el de su pago efectivo; 2o). Dos millones ciento setenta y ocho mil trescientos sesenta y tres pesos ($2'178.363.oo) M/l., más sus intereses moratorios mercantiles a 1976 hasta el de su pago efectivo. Los anteriores valores son imputables a las etapas primera, segunda y tercera por trabajos hechos, en los plazos contractuales respectivos. (C.Co. 884 y C.C. 1608 1617, 1648, 1651 y 2.056).

"*TERCERA*. Que la Nación Colombiana incurrió en responsabilidad contractual por incumplimiento de los contratos 286 de 14 de diciembre de 1969, 202 del 24 de julio e 1970 y 210 de 2 de mayo de 1974, celebrados entre el Ministerio de Obras Públicas y mis representados, para la ejecución del CICLORAMA DEL PUENTE DE BOYACA, por lo cual está sujeta a la indemnización de perjuicios económicos causados a Don José Rodríguez Acevedo y a la Sociedad "Rodríguez Acevedo Limitada", debiendo pagar a los CONTRATISTAS, o a quien los represente, la suma de diez millones ochocientos sesenta y nueve mil trescientos cincuenta y siete pesos ($10'869.357.oo) M/l., o la que se establezca por peritos, más intereses de mora a la tasa mercantil o legal, del 32% o del 6% anual, según se compruebe desde el día 5 de agosto de 1974 fecha de legalización del último contrato arriba citado, hasta el de su pago efectivo (C.C. 1546, 1614. 1613 y 1615).

"*CUARTA*. Que la Nación Colombiana es civilmente responsable por culpa o falla del servicio, determinantes del incumplimiento de los contratos No. 286 de 14 de diciembre de 1974, celebrados entre el Gobierno y mis representados, para la pintura del CICLORAMA DEL PUENTE DE BOYACA, y que está sujeta al pago de indemnización de los *perjuicios morales* causados al Maestro Don José Rodríguez Acevedo en su patrimonio moral y profesional objetivables, el que debe hacerse, una vez objetivados y liquidados por peritos en artes plásticas o pictóricas, en la cuantía que estos determinen en su experticio (C.C. Artículo 2341).

"*QUINTA*. Que se haga expreso que la Nación Colombiana dará cumplimiento al fallo que dirima la presente contención contractual administrativa, en el plazo señalado por el Artículo 121 del C.C.A.

"*PETICION SUBSIDIARIA*. Para el caso de que las anteriores súplicas no fueren acogidas favorablemente, entonces pido, en subsidio, que se decrete y ordene la cesación judicial del Contrato No. 210 de fecha 2 de mayo de 1974, celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y mis representados, para la pintura del CICLORAMA DEL PUENTE DE BOYACA, por no haber cumplido el Gobierno sus obligaciones, o haberlo hecho deficientemente, y se ordene el pago de la obra realizada, la indemnización de perjuicios, y los intereses moratorios, en *condena genérica*, para concretarla de acuerdo con la ley, mediante peritos, señalando las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, con indicación del plazo de cumplimiento, y declarando que los Contratistas quedan expresamente liberados de toda obligación a su cargo, deducible del mismo contrato" (folios 2 a 5, Anexo 1).

II. LOS HECHOS INVOCADOS

Para darle cumplimiento a las Leyes 163 de 1959, 51 de 1967 y 58 de 1968 que para conmemorar solemnemente la "Campaña Libertadora" dispuso elaborar el CICLORAMA DEL PUENTE BOYACA, previa visita del Presidente de la

República, Doctor CARLOS LLERAS RESTREPO y otras distinguidas personalidades, fue contratado el pintor JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO para concebir y ejecutar la mencionada obra, que se describió así en el contrato No. 286 de 1969:

> "CLAUSULA PRIMERA.- EL CONTRATISTA se obliga con el GOBIERNO a ejecutar una obra material, consistente en las pinturas requeridas para el ciclorama del Puente de Boyacá, de acuerdo con las ideas y directrices señaladas por el GOBIERNO; en cumplimiento de su obligación, EL CONTRATISTA desarrollará pictóricamente la Campaña Libertadora, dentro de una sucesión ininterrumpida, comenzando con el reclutamiento de las tropas en los Llanos de Casanare, la doma de potros y recolección de ganado, fundición de lanzas y herraduras, etc., reunión de jefes en la aldea de Setenta, llano de Miguel, paso de los ejércitos por los Llanos con sus cabalgaduras a nado, sus zonas inundadas, las acciones en Paya, el paso de Pisba, los más destacados hechos de Socha como la entrega de ropas ordenada por el cura párroco, secundada por el Alcalde, la batalla de Gámeza y sus principales incidentes, el paso del Chicamocha en tarabitas, la batalla del Pantano de Vargas y su famosa carga de caballería, la ocupación de Tunja, la batalla del Puente de Boyacá y los decretos de honores de Ventaquemada, etc., hasta la llegada del Libertador a Santafé de Bogotá" (fs. 144 y 145 C.1).

El gobierno se comprometió a suministrarle al artista, conforme a las indicaciones de este, todos los materiales necesarios, nacionales e importados, a pagar los viajes del contratista par adquirir elementos o conseguir el personal artístico auxiliar, a los que el país debía contratar y a proporcionarles "alojamiento en la zona de la obra, transporte, etc,. y todas aquellas facilidades inherentes al cumplimiento de sus obligaciones" (folio 7 Anexo 1), otorgándole al maestro RODRIGUEZ ACEVEDO la absoluta libertad para proponer su contratación (del personal auxiliar) y su remuneración y ejercer la dirección de la obra" (folio 7 Anexo 1).

El artista se comprometió a entregar la obra en un plazo de cuarenta meses (40 meses) "contados a partir de la fecha en que el GOBIERNO haya contratado el personal escogido por el CONTRATISTA y haya suministrado a éste todos los elementos para su vivienda y trabajo, de lo cual se dejará constancia en un acta" (folio 8 C. Anexo 1).

No obstante el interés puesto por el pintor para el buen suceso de la obra, no se culminó por el incumplimiento del ente público demandado, consistente en que no legalizó los contratos de los pintores auxiliares escogidos, de nacionalidad española, ni se les pagó sus honorarios. Agregó la demanda:

> "El Maestro Don José Rodríguez Acevedo quedó en España, con el grupo de artistas contratados y con el mundo artístico de Madrid, como un pobre mentiroso, como un despreciable chisgarabis, sin el menor crédito personal, y perdiendo su imagen de genial pintor colombiano que es y ha sido siempre.

Y todo eso por culpa y decidida, o mala voluntad, de funcionarios del Ministerio de Obras Públicas, quienes se abstuvieron de suministrar al Contratista antes de su viaje a España, en su viaje o después de su viaje, media decena de formularios, e esqueletos, o proyectos oficiales de contrato, no obstante que el Pintor se los pidió personalmente al Ingeniero Alfredo D. Bateman, quien era entonces consejero del Ministro de Obras Públicas y quien tenía por virtud de la "CLAUSULA NOVENA" del Contrato 286 de 1969, la VIGILANCIA del Contrato, y desde luego el suministro de todas las facilidades al Contratista "inherentes al cumplimiento de sus obligaciones", como lo establece la "CLAUSULA SEGUNDA", súplica que le hizo antes de partir, y luego le reiteró por escrito desde Madrid para que le remitiera las MINUTAS por correo aéreo, o por conducto de la Embajada en España, sin que nunca, hasta hoy, haya tenido a bien el Ministerio de Obras Publicas facilitar la legalización de los contratos hechos verbalmente por el Contratista en España. Con el agravante, de que el menosprecio de los "altos mandos" del Ministerio de Obras Públicas y el trato vejatorio dado al Pintor, se hicieron extensivos al Embajador de Colombia en Madrid, por entonces doctor Carlos Augusto Noriega, quien pidió al Ministro de Obras Públicas la remisión de las minutas oficiales para formalizar los contratos con el equipo de pintores españoles, sin haber obtenido los formularios ni, óigase bien, el favor de una respuesta.

"La conducta del Ministro de Obras Públicas que se deja relatada, sus omisiones injustificadas, el incumplimiento de lo pactado, la imposibilidad creada por el GOBIERNO para la formalización de los contratos con los pintores auxiliares en España, produjeron un *daño moral* a Don José Rodríguez Acevedo, de proporciones inconmensurables en su espíritu, en su conciencia ética, en su prestigio como hombre de bien, en su palabra de caballero, en su comportamiento profesional y en su misma obra de arte que objetivado y analizado y justipreciado por peritos no puede menos de ser indemnizado debidamente por la Nación, como se súplica en esta demanda" (folios 10 y 11 C. Anexo 1).

Después de un intervalo en el que los mandos medios del Ministerio de Obras Públicas y Transporte entorpecieron las relaciones contractuales, particularmente el ingeniero ALFREDO D. BATEMAN, a la sazón asesor del ministro, se restablecieron los intentos para ejecutar la obra pictórica. Y siguió así el demandante:

"El señor Ministro de Obras Públicas, siguiendo las instrucciones del Presidente Pastrana Borrero, modifico la posición de ruptura contractual de sus colaboradores, pidió un memorandum al Pintor para reiniciar los objetivos del Contrato, y el contratista con fecha 8 de noviembre de 1971 le remitió un presupuesto para restablecer el equilibrio financiero del Contrato, gravemente quebrantado por las acciones y omisiones del GOBIERNO en el espacio de tiempo comprendido entre su perfeccionamiento en diciembre 18 de 1969 y el mes de noviembre 8 de 1971, y por el incumplimiento *rotundo de la*

cláusula "SEGUNDA" de contratación de personal artístico en el exterior, incumplimiento paladinamente ratificado y admitido por el propio Ministro Durán Quintero en *Oficio Número CO-16925 de fecha mayo 29 de 1972,* donde dice al Contratista:

"Estudiando el memorando presupuesto enviado por usted al Consejero, Ingeniero Alfredo D. Bateman, el 8 de noviembre pasado, le manifiesto que acepto todos los puntos allí contenidos, CON EXCEPCION DE LA TRAIDA DE ARTISTAS EXTRANJEROS". (Las mayúsculas mías). Es decir, que en esta última fecha, el Ministro de Obras Públicas se negaba a contratar, con violación abrupta del texto contractual, "ARTISTAS EXTRANJEROS".

"Finalmente, el Ministro de Obras Públicas, *aceptó tardíamente cumplir la cláusula de contratación de artistas extranjeros*, ya contratados verbalmente por el Pintor en España, como ya se explicó, en atención no sólo a los razonamientos que le hizo el Maestro José Rodríguez Acevedo en carta de fecha junio 16 de 1972, sino a órdenes que debió impartirle el señor Presidente Pastrana Borrero, cultural y patrióticamente interesado en que la obra pictórica se realizara, porque el Oficio CO-27167 de fecha 23 de agosto de 1972, expresa el Ministro al Maestro Rodríguez Acevedo lo siguiente:

"Me refiero a su carta de fecha 16 de junio, en relación con el contrato suscrito con el Gobierno Nacional, para la pintura del Ciclorama en el Puente de Boyacá.- Como le expresé en mi oficio anterior, desde un principio me ha asaltado el temor de que la contratación por el Gobierno de artistas extranjeros sea motivo de crítica, máxime cuando el Ministerio no tiene elementos de juicio para definir cuáles trabajos no pueden adelantarse por personal colombiano, que usted sí está en capacidad de definir.- Por tanto, consecuente con el deseo del Gobierno Nacional de llevar a feliz término la ejecución de esta pintura, considero que la mejor manera de lograrlo es la conversión del contrato vigente en uno global, adquirir materiales, etc.- Si está de acuerdo con lo anterior, puede ponerse en contacto con el señor Viceministro, Ingeniero Jairo Sierra M., a quien he comisionado para acordar los términos del nuevo contrato" (folios 13 a 15 Anexo 1).

En efecto, se celebró un nuevo acuerdo, con carácter de contrato adicional, distinguido con el No. 210 del 2 de mayo de 1974 en cuya cláusula SEGUNDA el gobierno se comprometió "a entregar a LOS CONTRATISTAS, para que estos puedan comenzar a materializar la obra pictórica, *EL MURO CIRCULAR INTERNO EN EL EDIFICIO construido para este efecto en el Puente de Boyacá, terminado y pañetado.* Además por la misma cláusula, a entregar las siguientes obras al Pintor:

"a) La obras de falso techo;

b) La plataforma de observación del público;

c) Las obras e instalaciones de control de humedad y temperatura;

d) La instalación de dispositivos de iluminación especial del servicio, en todo el edificio;

"Todas estas obligaciones contractuales han sido incumplidas.

"El Maestro José Rodríguez Acevedo no ha podido "comenzar a materializar la obra pictórica" del Ciclorama, ni proseguirla, ni terminarla, por física sustracción de materia: hasta la fecha de presentación de esta demanda NO LE HA ENTREGADO el Ministerio de Obras Públicas EL MURO CIRCULAR INTERNO en el edificio construido al efecto en el Puente de Boyacá NI TERMINADO, NI PAÑETADO. Y NO lo ha entregado por la potísima razón de que NO cumplió este aspecto del Contrato toda vez que *hasta la fecha de presentación de esta demanda dicho MURO NO HA SIDO CONSTRUIDO*, ni en el sitio indicado en el contrato ni en parte alguna del territorio nacional. *NO HAY MURO DONDE PINTAR EL CICLORAMA*. No parece racionalmente posible darse el incumplimiento más abrupto y grosero del Contrato 210 de 1974. ¿Cómo podría el Maestro José Rodríguez Acevedo cumplir su obligación artística, cuando aún hoy NO ha recibido el muro donde debe pintar la obra del Ciclorama?

"También incumplió el Contrato No. 210 de 1974, suscrito con mis representados el Gobierno, porque tampoco hasta la fecha de presentación de esta demanda, ha hecho construir las OBRAS DE FALSO TECHO, como se comprometió a hacerlo, las cuales consisten en una pantalla de material adecuado para tapar o celar la estructura y las instalaciones y racionalizar la distribución de la luz.

"Del mismo modo incumplió el Gobierno su obligación contractual de construir la PLATAFORMA DE OBSERVACION DEL PUBLICO, tablero o azotea sin cuya hechura y entrega al Pintor no puede éste comenzar a materializar la pintura, porque le es preciso mirar, ver y observar precisamente desde distintos ángulos de esta PLATAFORMA el tamaño de cada figura, el efecto de los colores, las inflexiones de la luz sobre lo que se va pintando, y todos los demás detalles de perspectiva artística que han de adecuarse a la observación desprevenida del público.

"Tampoco ha cumplido el Gobierno para con los Contratistas, la obligación pactada contractualmente, de entregar las obras e instalaciones de CONTROL DE HUMEDAD Y TEMPERATURA, sin cuya entrega el artista no puede "comenzar a materializar" su obra pictórica, porque en un ambiente de páramo, húmedo y frío, si no se controla la humedad ambiente y no se proporciona una adecuada temperatura, lo que se va pintando, corre el riesgo de deteriorarse aún antes de secarse los colores, alterándolos.

"No cumplió el Gobierno su obligación contractual y no entregó al Maestro Rodríguez Acevedo, ni aún hoy lo ha hecho ni lo hará, las instalaciones y dispositivos de ILUMINACION ESPECIAL del servicio en todo el edificio construido para el Ciclorama del Puente de Boyacá, por lo cual hoy solo existe en ese sitio un tétrico socavón, oscuro y medroso, rezumando humedad por infinitas grietas, socarronamente denominado por el celador "la obra negra" donde obviamente, no pueden los CONTRATISTAS emprender trabajo alguno.

"Obsérvese que por medio del "parágrafo" de la Cláusula Cuarta del Contrato No. 286 de 1969, asumió el Gobierno la obligación, esencial para poder pintar, de mantener "en forma permanente y por su cuenta en el edificio del Ciclorama los servicios de agua, energía, etc mientras los contratistas adelanten la obra pictórica; esta obligación de higiene común también fue incumplida por el Gobierno inconcebiblemente". (folios 18 a 20 C. Anexo 1).

Las obras materiales que la nación se comprometió a entregar, debían estar concluidas en un lapso de seis (6) meses, contados desde la legalización del Contrato No. 210 de 1974, lo cual ocurrió el 5 de agosto del mencionado año. Esas obras deberían construirse siguiendo las instrucciones del Maestro RODRIGUEZ ACEVEDO y a satisfacción de este, pero "fue tal el desgano, abulia o mala voluntad de los "mandos medios" del Ministerio de Obras Públicas que nunca solicitaron por escrito, ni siquiera verbalmente, instrucciones al Pintor Rodríguez Acevedo sobre ningún asunto del contrato, y jamás le han entregado obra alguna de las previstas contractualmente, ni a su entera satisfacción ni contra ella" (folio 21 C. Anexo 1).

Conviene advertir que, cuando se suscribió el contrato No. 2120 del 2 de mayo de 1974, adicional al No. 286 de diciembre 14 de 1969, ya existía otro intermedio, distinguido con el número 202 del 24 de julio de 1970 celebrado con la sociedad demandante. Sobre el particular se dijo que:

"Ante los reclamos verbales y escritos, insistentes, del Pintor, *admitió el gobierno su incapacidad técnica no solo para contratar sino para administrar el contrato,* como se puede comprobar con la lectura de la "QUINTA" de las CONSIDERACIONES LEGALES" del contrato Número 202 de 24 de julio de 1970, instrumento este de *administración delegada* acordado con la Sociedad "RODRIGUEZ ACEVEDO LIMITADA", constituida al efecto, en cuya "CLAUSULA PRIMERA" el Pintor adquirió la *obligación adicional,* inaudita para un artista de su talla, de asesorar a los "mandos medios" en el manejo de *gastos menores* "tales como papelería, trapos y jabones, modelos humanos, modelos animales, utilería, simulacros, overoles, gastos de administración etc.". Se creó allí un fondo rotatorio (especie de caja menor) para gastos contemplados en el contrato No. 286 de 1969, por valor de $100.000.oo, sujetos al control de la Contraloría General de la República y la supervigilancia del Consejero del Ministro de Obras Públicas, cuyas obli-

gaciones fueron parcialmente cumplidas por el Gobierno" (folio 22 C. Anexo 1).

Igualmente, la nación contratante incumplió sus obligaciones de pago de la parte ejecutada del contrato, porque su interventor, el Ingeniero CEVERO ROCHA A., "*se abstuvo de levantar actas de recibo de la obra dibujada,* como se lo pidió el pintor, pretextando para poder hacerlo previa entrevista suya con el señor Ministro de Obras Públicas Ingeniero Humberto Salcedo Collantes, de cuya ocurrencia nada informó al pintor, en tiempo alguno; consecuencialmente, sin el acta de recibo la obra ejecutada no ha podido cobrarse, ni podrá pagarse por vía gubernativa, por disponerlo así la Cláusula Séptima del Contrato.

"En síntesis: el hecho es que a los CONTRATISTAS aún hoy no se les ha pagado la obra de dibujos ejecutada, y para efectos de intereses moratorios este incumplimiento debe analizarse en las fechas en que ha debido hacerse cada uno de esos pagos: 1o. de febrero de 1974, 1o. de agosto de 1975 y 1o. de febrero de 1976" (Folio 23 C. Anexo 1).

Muy detallada fue la narración de las actividades desplegadas por el artista, desarrolladas aún antes de suscribirse el contrato No. 286 del 14 de diciembre de 1969, para posibilitar el cabal cumplimiento de su objeto, las cuales incluyeron estudios históricos, la concepción de escenas de la obra, su repartimiento en catorce (14) etapas, las evaluaciones de factibilidad artística, la elaboración de bocetos y dibujos, el viaje y permanencia en España, Francia, Inglaterra, Italia y otros países europeos, consiguiendo artistas auxiliares, pinturas, colores telas y materiales adecuados, e investigando sobre nuevos procedimientos "para la realización de una obra monumental que por primera vez se iba a realizar en Colombia y de la cual no hay antecedentes en la América Hispana" (folio 8 y 9 C. Anexo 1) Igualmente "El Maestro José Rodríguez Acevedo, haciendo uso de la facultad otorgada en el Contrato por el Gobierno, procedió a contratar en España un selecto e idóneo cuerpo de artistas auxiliares, compuesto por los pintores ALVARO DE BAUTISTA, LUIS BRIHUECA, FRANCISCO TORO DE JUANAS, EDUARDO NARANJO MARTINEZ, CARLOS TAULER y ROBERTO ARCE IBAÑEZ, quienes confiados en la palabra del comisionado del Gobierno de Colombia suspendieron sus labores, y comenzaron a trabajar en los preparativos de la obra pictórica que se haría en Colombia, sin recibir un solo centavo. Es de anotar que uno de los artistas, el Profesor Carlos Tauler, inició en firme su trabajo, con el Pintor colombiano, en el estudio y ejecución de bocetos y dibujos para el Ciclorama desde el día 1o. de noviembre de 1970, confiado en haber sido contratado por Don José Rodríguez Acevedo, a nombre del Gobierno de Colombia y en espera de que antes de salir de España para nuestro país, serían legalizados los contratos respectivos. Tan estrecha y cordial colaboración fue posible por el caluroso y extendido ambiente artístico que supo suscitar en Madrid el pintor Contratista, por medio de reuniones en círculos y académicas de arte, visitas a la prensa escrita y hablada, programas televisados, conferencias y exposiciones, todo lo cual; unido al arraigado y generoso

espíritu artístico de los españoles y a su sentido aprecio por Colombia, creó un ambiente y una imagen altamente propicios.

"Pero los contratos con los pintores auxiliares españoles no fueron jamás legalizados por el Ministerio de Obras Públicas. Por lo mismo nadie les ha pagado sus honorarios acordados con el Pintor Comisionado del Gobierno Colombiano" (folios 9 y 10 C. Anexo 1).

Respecto de "la consecución de materiales pictóricos el CONTRATISTA cumplió debidamente su obligación, así: los pinceles y materiales los compró en Londres y quedaron allí listos desde el 8 de septiembre de 1970 para que los importara el gobierno; los colores quedaron pedido a la Casa Block de Bélgica y por intermedio de la Embajada se pidió al Ministro de Obras Públicas la remisión de la licencia de importación y el pago del pedido.

"Don José Rodríguez Acevedo regresó a Colombia el 11 de diciembre de 1970 y con fecha 15 del mismo mes y año comunicó por escrito sobre el cumplimiento de su Comisión en el Exterior, al Consejero del Ministro de Obras Públicas, sin que este funcionario se hubiera dignado siquiera acusarle recibo de su obligante informe oficial" (folio 11 C. Anexo 1).

Posteriormente, cuando parecía que el proyecto había naufragado por las prácticas obstruccionistas de los mandos medios del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, el Presidente de la República Doctor MISAEL PASTRANA BORRERO llamó telefónicamente al Maestro JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO para pedirle que siguiera trabajando en el CICLORAMA DEL PUENTE DE BOYACA, lo cual fue reiterado mediante el Oficio CO-27167 de 23 de agosto de 1972, suscrito por el Ministro ARGELINO DURAN QUINTERO. Fue así como el "Maestro José Rodríguez Acevedo continuó pacientemente en sus labores, de prospectación, bocetos, visitas a los lugares históricos, estudio de ambientes llaneros, del Páramo de Pisba, caballos, cargueros, guerrilleros, armas y vestuarios de las distintas zonas, hechura de centenares de croquis, dibujos y en ensayos de distintos materiales artísticos, correspondencia con los pintores españoles contratados, estudios y memorandos para el Ministro de Obras Públicas" (folio 16 C. anexo 1). Los anteriores esfuerzos del Pintor se frustraron otra vez, porque "Este contrato tampoco ha podido ser administrado ni cumplido en lo esencial por el Ministerio de Obras Públicas. Ni podrá serlo. Este Ministerio se supone que debe ser una agencia técnica del Estado. Pero de un trabajo artístico, pictórico, de alta cultura, no entiende nada, ni tiene por qué saber nada con profundidad. su clamoroso fracaso para administrar, dirigir y controlar esta obra de arte pictórico se explica por el error inicial del Gobierno al comisionar a este Ministerio y no al Ministerio de Educación Nacional, o al Instituto Colombiano de Cultura, o a la Universidad Nacional, o a otra agencia que pueda realizar ideas y realizaciones atinentes al mundo intelectual de la Cultura y del Arte. Pero al Ministerio de Obras Públicas, cuyos funcionarios no tienen por qué ser expertos en cosa distinta del objeto propio de la ingeniería, las matemáticas, las construcciones de acero y cemento. Aquí las "obras públicas" son objetos ma-

teriales, importantes y necesarios, como carreteras, caminos, puentes, represas, hidroeléctricas, túneles, viaductos, pavimentaciones, alcantarillados y construcciones habitacionales. Pero las únicas propiamente "artísticas" que este Ministerio ha conocido y administrado, son las que en la jerga del oficio se llama con mucha gracia "obras de arte": rebordes de caminos, señalización de carreteras, barandales de puentes, rebordes de caminos, señalización de carreteras, barandales de puentes, rebordes de caminos, señalización de carreteras, barandales de puentes, barandas de cemento pintadas con carburo en los terminales de colectores y zanjas y otras de similar calidad" (folios 17 y 18 C. Anexo 1).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invocó el demandante, como soporte jurídico de sus pretensiones, que "Los contratos que dan base a la presente demanda tienen en carácter claro e ineludible de contratos administrativos, como puede apreciarse con la lectura de las cláusulas exorbitantes del derecho civil que contienen, entre otras la de caducidad, Pero como el contrato No. 210 de 1974, que unifica y transforma en un solo los anteriores, esta en plena vigencia, y las obligaciones de las partes están vivas y produciendo efectos jurídicos y económicos, no puede en él hablarse con propiedad de "resolución", por lo cual esta no se ha pedido, sino de RESILIACION o como dice nuestra jurisprudencia de "TERMINACION O CESACION JUDICIAL". Los contratos, en general, deben ejecutarse de buena fe y por lo tanto obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todo lo que emana de la naturaleza de sus obligaciones, conceptos recogidos por nuestra legislación positiva (artículo 871 C. de Co. y 1603 C.C.). Por lo demás, el mero incumplimiento del contrato es suficiente para que se deduzca la responsabilidad de los perjuicios causados, salvo fuerza mayor, caso fortuito o la causa extraña. Y agregó el apoderado del actor:

> "Estimo que no estará por demás, poner de presente que el incumplimiento de las obligaciones contractuales en que ha incurrido el Gobierno, hechas expresas en las cláusulas de los contratos de que se ha hecho alusión, y el contencioso contractual que tiene su origen en aquel, pueden fácilmente deducirse de las propias cláusulas pactadas y violadas, y además, de las reglas contenidas en los artículos 870 del C. Co., en armonía con el Artículo 1546 del C.C. y aún, del artículo 1º de la Ley 95 de 1980,. sobre imposibilidad subsiguiente, y de los Artículos 1604 y 1616 del C.C. y sus concordantes.
>
> "La segunda petición de la demanda, tendiente a que se condene a la Nación a reconocer y pagar a los contratistas el valor del precio pactado por los dibujos de las etapas primera, segunda y tercera, obra ejecutada en su oportunidad contractual, tiene su asidero no sólo en la propia *Cláusula Séptima* del Contrato No. 210 de 2 de mayo de 1974, sino en la doctrina del Artículo 2056 del C.C. donde nos alerta que quien contrata una obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, como es el caso que nos ocupa, podrá hacerla cesar, claro que judicialmente y no en la forma irregular en que se ha detenido la pintura del Ciclorama, reembolsando al

artífice todos los costos, y DANDOLE LO QUE VALGA EL TRABAJO HECHO, y lo que es más importante, LO QUE HUBIERE PODIDO PAGAR EN LA OBRA.

"Y como el trabajo hecho, en el caso que nos ocupa, fue realizado antes del día 1o. de febrero de 1975 antes del día 1o. de agosto de 1975, y antes del día 1o. de febrero de 1976, y precisamente en estas fechas se ha debido pagar y eso no se hizo, son procedentes *los intereses de mora mercantil,* según juicioso concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de fecha junio tres de mil novecientos setenta y siete, con ponencia del Consejero doctor Mario Latorre Rueda, por solicitud del señor Ministro de Justicia, donde concluye.

"Siendo esto así, rigiendo en estos casos y para estos efectos la ley comercial, los intereses de mora son los fijados en el artículo 884 del Código de Comercio, y la respuesta a la consulta es la de que cuando un establecimiento público celebra un contrato administrativo de obras públicas, con una empresa de obras de construcciones, empresa comercial, los intereses de mora que debe pagar la entidad pública, serán los pactados, si se han pactado, y en ningún caso podrán exceder de los señalados en el Artículo 884 del Código de Comercio" (folios 29 y 39 C.1).

Finalmente en la demanda hizo el accionante las siguientes "*CONSIDERACIONES GENERALES.*

"Del contexto del presente libelo surge un hecho administrativo insólito, francamente subversivo del orden jurídico del Estado que consiste en el desacato astuto a los programas, proyectos y aún órdenes expresas de la Presidencia de la República, cumplido ladinamente por funcionarios de nivel medio, desleales al Jefe del Estado, que obedecen pero no cumplen sus instrucciones administrativas, y anulan las grandes iniciativas del alto Gobierno, produciendo frustraciones nacionales de las proporciones dañosas y anti-patrióticas, como esta de haber impedido, a través de tres períodos presidenciales, la realización de la obra monumental pictórica del Ciclorama del Puente de Boyacá, obra decretada por el Congreso de la República, impulsada fervorosamente por los Presidentes Lleras, Pastrana y López, en homenaje a los héroes de la Campaña Libertadora de 1819, saboteada y clausurada por "mandos medios" del Ministerio de Obras Públicas, de cuyo nombre ningún colombiano culto querrá acordarse en los tiempos venturos.

"Por eso este no es un pleito del montón. Es una controversia contractual, si, pero es también una revisión de procedimientos irregulares que humillan nuestra cultura, ofenden el arte, maltratan la inteligencia y el patriotismo de los colombianos de todas las clases sociales, y chocan contra la opinión pública, representada en los medios de comunicación escritos y hablados, los cuales han levantado en los últimos años su encendida y justa protesta por el

abandono oficial de las obras del ciclorama del Puentes de Boyacá, sin resultado alguno.

"Como un homenaje a esta opinión pública, y como un reconocimiento al valor civil y a la entereza moral de nuestros grandes escritores públicos, que se han ocupado del caso que hoy se coloca al amparo de la justicia contencioso administrativa, quiero presentar como única consideración de carácter general, el concepto inspirado en la justicia y en el fondo intelectual muy respetable de nuestro ordenamiento jurídico que expuso Juan Lozano y Lozano al Presidente Misael Pastrana Borrero, y la respuesta de este noble Presidente, en relación con el problema que desde hoy queda *sub judice*.

"Bogotá, D.E., octubre 30 de 1973.- Señor Doctor.- MISAEL PASTRANA BORRERO.- PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.- CIUDAD.

"Mi querido Presidente y amigo: Nada más ingrato para mi que en alguna forma aumentar las preocupaciones que lo embargan y que agobiarían a cualquier personalidad menos reciamente forjada que la suya. Pero hoy, ante la pertinancia en la iniquidad de autoridades subalternas contra el ciudadano cabal y un grande artista, me veo forzado nuevamente, después de dos años, a interesar por unos momentos la atención de Ud., por ser de interés público, en el caso del Ciclorama y del Maestro José Rodríguez Acevedo. Es el caso de la costosa edificación que debía albergar el ciclorama, tanto como el contrato celebrado para la ejecución de la enorme secuencia de pinturas, se encuentra hoy en el mismo estado de hace cuatro años y medio, cuando el entonces Presidente de la República Dr. Lleras Restrepo y el entonces Presidente de la Junta del Centenario Dr. Vargas Rubiano, se presentaron espontánea y personalmente en casa del pintor para comprometerlo a que se hiciera cargo de este trabajo. De entonces a hoy, el Estado colombiano ha sometido a Rodríguez Acevedo a una serie increíble de perjuicios y vejámenes materiales y morales por desidia e irresponsabilidad de los funcionarios encargados de entenderse con la ejecución del contrato. Habría que escribir un libro, un verdadero tratado de no administración pública, para describir esta ordalía.

"Hará dos años, que consternado por la entonces ya insoportable situación de Rodríguez Acevedo, me permití como amigo que me precio de ser de él y de Ud., dirigirme a Ud, personalmente, y no por la prensa, para impetrar justicia. A la audiencia que hube de solicitar a Ud. y que me fue gentilmente concedida, agregué un memorandum sobre el caso. Ud, tomó inmediatamente cartas personales en el asunto y dio las ordenes terminantes pertinentes. Su núcleo principal consistía en que la obra se adelantara rápidamente y en que para el efecto, el Ministro de Obras Públicas designará entre los funcionarios del ministerio, una persona especial para que se acordara con el artista sobre los detalles. El Ministro nombró al funcionario, o sea al Viceministro Sierra Múnera, como el resultado de que este último se manda a negar ostensible e

invariablemente cada vez que Rodríguez Acevedo, o su apoderado, le solicitan una audiencia.

"El Ciclorama, como decía yo a Ud. cuando tuve el honor de hablarle sobre el asunto, puede hacerse o no hacerse; puede confiarse a uno y otro artística, puede sujetarse a nuevas cláusulas restrictivas que el gobierno crea aconsejables y que el artista contratista esté dispuesto a aceptar. Pero lo que no puede el Estado es quebrantar la fe pública comprometida en un contrato perfecto; y lo que no puede, sobretodo, es llevar después de lento proceso, a la ruina material y moral a uno de los ciudadanos, y precisamente a uno de aquellos que más honor han hecho a la patria por su genio, disciplina y conducta. Yo ya no solicito de Ud., Señor Presidente, que se cumpla por el Estado el contrato jurídicamente perfecto que celebró con el insigne maestro, sino que se nombre por Ud. una persona responsable para que liquide a la mayor brevedad este contrato, pague a Rodríguez Acevedo sus acreencias e indemnizaciones, y liberte a ese ciudadano del viacrucis a que lo ha sometido. En cuanto a perjuicios sufridos, quiero finalmente poner a Ud. un ejemplo. Si al actual Ministro ingeniero Durán Quintero, antiguo contratista de obras públicas, se le hubiera requerido hace un lustro para ejecutar una grande y desusada obra de ingeniería, como decir las Bocas de Ceniza o el Túnel de la Quiebra o la Avenida de los Cerros, y el hubiera aceptado, inmediatamente habría tenido que abandonar todas sus labores habituales y dedicarse a estudiar, planear, esbozar, organizar, poner en marcha los trabajos. Si al cabo de cinco años, sin culpa alguna de su parte, el contrato no hubiese empezado a ejecutarse, el Dr. Quintero habría sufrido cinco años de lucro cesante, daño emergente y perjuicio material y moral.

"Una palabra, para terminar sobre Rodríguez Acevedo. El es ahora un viejo maestro consagrado y siempre ha sido un artista orgulloso y despectivo, que confió en su carrera a su propia capacidad y que jamás solicitó, ni aceptó encargos, dádivas ni facilidades especiales. Encontrarse ahora, en la apoteosis de su vida artística, considerado y tratado como una suerte de "lagarto" por los mandos inferiores del Estado, y enviado de oficina en oficina, por cuatro años, como si se tratara de cualquier pequeño pedigüeño del Estado, el perjuicio moral que vale muchas veces más que el ingente daño material de años de inactividad remunerativa, que se le han ocasionado.

"Pido a Ud. perdón por esta carta, inspirada solo en un sentimiento de justicia, y me suscribo su amigo y admirador de siempre (Fdo.) JUAN LOZANO Y LOZANO".

"Con altura de miras y cordialidad democrática poco común en nuestro medio gubernativo, el Presidente contestó en mensaje telegráfico, así:

"CASA DE BOLIVAR.- BOGOTA NOV. 8/73 1700.- JUAN LOZANO Y LOZANO.- COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO.- BOGOTA. Calle 14 No. 6-25.

"104898 RECIBI TU CARTA DE OCTUBRE 30 AGRADABLE NO OBSTANTE TU NATURAL ENOJO PUNTO HE HABLADO CON DOCTOR DURAN QUINTERO QUIEN MOSTROSE SORPRENDIDO PUES CREIA DOCTOR MUNERA ESTABA ATENDIDO DEBIDAMENTE EL CASO PUNTO HEMOS CONVENIDO NOMBRAR DOCTOR SEVERO ROCHA NUEVO MIEMBRO CONSEJO OBRAS PUBLICAS NACIONALES FIN CONTACTE MAESTRO RODRIGUEZ ACEVEDO Y BUSQUE PRONTA Y DEFINITIVA SOLUCION PUNTO AMIGO AFECTISIMO.- PRESIDENTE PASTRANA BORRERO". (Folios 31 A 35 Anexo 1).

IV. LA POSICION DE LA PARTE DEMANDADA

No existe en el expediente respuesta de la demanda, pero en el alegato de fondo, previo a la sentencia, se pidió que denieguen las pretensiones del actor "por cuanto este incumplió con sus obligaciones contractuales" y, subsidiariamente, "que se descuente de la suma que fije el Honorable Consejo de Estado a la Nación a pagar, el valor o valores que le hubieren sido pagados por el Gobierno al contratista en cumplimiento de los Contratos Nos. 286 de 1969, 202 de 1970 y 210 de 1974. Y agregó la apoderada de la parte accionada:

"Ahora bien: si realmente es cierto que la Nación efectivamente incumplió con respecto al plazo pactado para entregar la obra Arquitectónica, no es menos que, los Contratistas también incumplieron con sus obligaciones contractuales, toda vez que para la fecha de entrega de las obras, pactada en el contrato, no tenían listos los dibujos de las escenas 1a. 2a. y 3a. que componen la primera etapa del trabajo a realizar, ni tampoco los tuvieron listos para el primero de febrero de 1975, fecha en la que debían percibir el primero contado semestral de $2'178363.oo Moneda Corriente estipulado en la cláusula 7a. del precitado contrato" (Folio 102 C. Anexo 2).

Invoco como prueba de su afirmación en peritazgo rendido por los pintores-arquitectos GERARDO ARAGON y RODOLFO VELASQUEZ, sobre el cual dijo:

"De igual manera puede comprobarse de acuerdo al experticio de los peritos que dichos elementos a la fecha de la inspección judicial no estaban ordenados, "ni los dibujos completamente desarrollados que sirvan de base a los cartones definitivos de las escenas 4a., 5a., y 6a. y que los dibujos no se encontraban realizados en ninguna de sus etapas".

"De los mismos informes se desprende de manera clara que al no encontrarse terminados las pinturas definitivas en colores no en blanco y negro de las etapas 4a. 5a. y 6a. a que se refiere la cláusula 7a. del contrato 210 de 1974, no podía ejecutarse la obra pictórica conforme a lo pactado.

"De idéntica forma podría afirmarse que siendo las fotografías y diapositivas solo una guía para la ejecución de los dibujos preliminares mal puede pensarse

en un cartón o dibujo definitivo que sirva de base para la ejecución de la obra artística, que solo podría emprenderse una vez estos estuviesen listos" (folio 103 C. Anexo 2).

Expresó la apoderada que ella no firmó el acta levantada el 16 de marzo sobre la diligencia de inspección judicial practicada al taller del maestro José Rodriguez Acevedo "porque no se encontró satisfecho con lo manifestado en la misma, así como tampoco con lo expuesto en la diligencia llevada a cabo en la residencia campestre" del mismo maestro. Omitió, no obstante, explicar las razones en que apoyaba su inconformidad con las actas de las diligencias mencionadas.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Segunda de esta Corporación estimó que no se debe acceder a ninguna de las súplicas de la demanda porque las obligaciones que surgieron de los contratos No. 286 de 1969 y 202 de 1970 se extinguieron, por el modo de la novación, cuando se perfeccionó el contrato No. 210 de 1974.

"El hecho de haber transformado los contratos citados en uno a precio fijo global por mutuo consentimiento de las partes, significa que en el nuevo contrato todos los gastos de la obra, incluyendo los viajes del contratista, materiales, contratación de artistas y del personal etc. corren por cuenta del contratista. De esta manera se extinguió esta obligación del Gobierno, operándose así una sustitución de la primera obligación que las partes aceptaron expresamente, produciendo de este modo un cambio sustancial" (folio 26 C. 1).

Y agregó la vista fiscal:

"No se puede pensar entonces que el Maestro Rodríguez Acevedo al firmar el contrato 210 de 1974 hubiera aceptado el cambio para luego demandar por el incumplimiento de la primera obligación ya sustituida por efectos del nuevo contrato. La oportunidad para hacerlo nunca hubiera sido antes de aceptar la sustitución contractual" (folio 26 C.1).

En relación con el contrato No. 210, la agente del ministerio público expresó:

"El contrato 210 de 1974 quedó legalizado a la fecha del pago de los Derechos de Publicación en el Diario Oficial, el cual se efectuó en mayo de 1974. Así pues la obligación del Gobierno de hacer entrega del muro circular venció en noviembre de 1974.

"Dentro del material probatorio que obra en el expediente no existe prueba alguna que determine el estado en que se encontraban estas obras a la fecha de expiración de este plazo, noviembre de 1974.

"(...)

"...a la fecha de la inspección judicial 16 de febrero de 1979, el muro circular estaba en construcción, pero no se encontraba terminado en su totalidad, no era apto par la ejecución de la obra pictórica, sin embargo se anotó que el trabajo faltante podría realizarse en un término de 20 a 40 días.

"Dice también el dictamen pericial que las obras de falso techo no aparecen iniciadas, no hay pantalla adecuada para calar o tapas la estructura y racionalizar la distribución de la luz diurna, pero esta pantalla y los sistemas de iluminación fijos no son imprescindibles para la iniciación de la obra pictórica ya que esta puede desarrollarse a cabalidad mediante reflectores móviles puesto que la luz diurna no entra a ninguna hora en el recinto del Ciclorama.

"Se indica también que alrededor del muro interno se aprecia una plataforma cuya obra negra está finalizada, construida con destino a la observación del público. Existe una red de ductos terminada para la circulación de aire acondicionado, una subestación eléctrica en funcionamiento y una escalera amplia y fija. En cuanto a elementos de vivienda se encontraron cuartos con baños privados en su mayoría terminados y con pañetes listos para obra de pintura y carpintería.

"(...)

"...quedó establecido, en principio, que el gobierno se retardó en su obligación contractual de hacer entrega al Contratista del muro circular en la fecha estipulada en el contrato, y así mismo los dibujos correspondientes a las escenas 4, 5, 6, 7 y 8 debieron estar finalizados el 1o. de agosto de 1975 y los correspondientes a las escenas 9, 10, 11, 12 y 13 el 1o. de febrero de 1976.

"(...)

"Dicen los señores peritos que los *dibujos* son cartones donde se pinta exactamente lo que más tarde se va a plasmar en el muro. El problema de distribución de espacios, de ritmos, secuencias y equilibrio debe estar resuelto en el cartón, es decir cada figura, cada distancia y en general cada detalle debe quedar en el cartón, máxime si se trata de un tema impuesto como es el caso del Ciclorama. La elaboración del cartón o dibujo final es definitivo e indispensable para el logro de la pintura mural; sin esto el Artista caería en la improvisación y por consiguiente la obra desarrollada sin la ayuda del cartón quedaría mal en su ejecución final.

"Por esta razón una serie de bocetos, diapositivas y dibujos desarticulados no constituyen un dibujo final, el cual como ya se dijo debe ser un conjunto armonioso, un todo, una suma de lo que se va a plasmar en el muro.

"En el dictamen pericial se afirma que a la fecha de inspección judicial, marzo de 1979, no se encontraban realizados *ninguno de los dibujos* correspondientes a las escenas del guión del Ciclorama. Existían solamente una serie de

dibujos, bocetos y croquis previos al dibujo o cartón definitivo. Lo anterior u la constancia dejada por la suscrita y los peritos señores Gerardo Aragón y Rodolfo Velásquez (folio 242 C.2) quienes asistieron a la diligencia de inspección judicial, es suficiente par afirmar que el Artista no estaba tampoco en posibilidad de cumplir con su obligación contractual.

"Además la ejecución de los dibujos podía realizarse independientemente de la construcción del muro, luego la mora en que pudo haber incurrido el Gobierno en la construcción del muro ni fué causa determinante del incumplimiento del Artista en la elaboración de su trabajo." (Folios 38 a 41 C.1).

Dedujo de todo lo anterior que las súplicas de la demanda no deben prosperar y que ahora solo falta liquidar el contrato No. 210 de 1974, en cuya oportunidad el contratista deberá entregar cuentas del anticipo de $3'000.000.oo que recibió de la nación.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A) La Acción contractual ejercida por los demandantes busca que se declare el incumplimiento de la nación de las obligaciones emanadas de los contratos 286 de 1969, 202 de 1970 y 210 de 1974, y la responsabilidad consiguiente, relacionada con el resarcimiento de los perjuicios morales y materiales causados a los actores.

Como se dejó relatado en la descripción de los hechos de la demanda, el incumplimiento alegado consiste en que la nación no le suministró oportunamente al maestro JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO, los materiales y elementos necesarios, de procedencia extranjera, para ejecutar la obra contratada, ni le autorizó la contratación de artistas auxiliares extranjeros, ni el ente público le entregó al contratista el muro circular interno y otras obras adicionales en el edificio del Puente de Boyacá, en donde se debía pintar el ciclorama conmemorativo de la campaña libertadora de 1819. Además, tampoco le fueron pagados al contratista los instalamentos pecuniarios pactados, porque el interventor ingeniero CEVERO ROCHA A., "se abstuvo de levantar actas de recibo de la obra dibujada, como se lo pidió el pintos, pretextando para poder hacerlo previa entrevista suya con el señor Ministro de Obras Públicas Ingeniero Humberto Salcedo Collantes, de cuya ocurrencia nada informó al pintor" (folio 23 C. Anexo 1).

B) La nación demandada invocó en su defensa la llamada excepción de contrato no cumplido (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS), consistente en que los contratistas, el maestro JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO y la Sociedad "RODRIGUEZ ACEVEDO LIMITADA", "para la fecha de entrega de las obras, pactada en el contrato, no tenían listos los dibujos de las escenas 1a., 2a., y 3a. que componen la primera etapa del trabajo a realizar, ni tampoco tuvieron para el primero de febrero de 1975, fecha en la que debían percibir el primero (sic) contado semestral de $2'178.363.oo" (folio 102 C. Anexo 2).

B) La nación demandada invocó en su defensa la llamada excepción de contrato no cumplido (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS), consistente en que los contratistas, el maestro JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO y la Sociedad "RODRIGUEZ ACEVEDO LIMITADA", "para la fecha de entrega de las obras, pactada en el contrato, no tenían listos los dibujos de las escenas 1a., 2a., y 3a. que componen la primera etapa del trabajo a realizar, ni tampoco tuvieron para el primero de febrero de 1975, fecha en la que debían percibir el primero (sic) contado semestral de $2'178.363.oo" (folio 102 C. Anexo 2).

No obstante el ente público aceptó "que la Nación efectivamente incumplió con respecto al plazo pactado para la entrega de la obra arquitectónica" (folio 102 C. Anexo 2).

C) Antes de proceder al examen de la relievancia jurídica que en la contratación pública puede tener la excepción de contrato no cumplido, conviene verificar la comprobación que en el plenario tienen los hechos alegados por las partes.

D) Observa la Sala:

1. Los contratos que la parte actora alega incumplido, obran en plenario, así:

a) El contrato No. 286 de 1969 en los folios 144 a 148 y 212 a 216 del cuaderno reconstruido No. 1.

b) El contrato No. 202 de 1970 en los folios 138 a 143 y 217 a 222 del cuaderno reconstruido No. 1.

c) El contrato No. 210 de 1974 en los folios 223 a 227 del cuaderno reconstruido No. 1.

2. Del estudio de conjunto de los tres acuerdos mencionados se deduce:

a) Que el primer contrato se celebró entre la nación y el pintor JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO y en los otros dos intervino como co-contratista, sin razón aparente, la sociedad RODRIGUEZ ACEVEDO LTDA.

b) Que en el último contrato los plazos se prorrogaron y el precio se modificó respecto de su cuantía y forma de pago, teniéndose en cuenta en su valor los pagos ya efectuados a los contratistas y las reservas preexistentes para los dos contratos modificados. Por lo demás, como el nuevo sistema acordado fue el de precio global fijo, se les defirió a los contratistas el pago de los gastos de ejecución del contrato, distintos de la edificación descrita en la cláusula segunda.

c) Que en el más reciente contrato, el No. 210, se declaró que:

"El Gobierno Nacional decidió contratar las obras objeto del presente contrato con el maestro José Rodríguez Acevedo, por considerar que reunía

el Puente de Boyacá, contrato que también fue debidamente legalizado, se está ejecutando en la fecha...

"h) Como quiera que, en el desarrollo de los contratos citados, se han observado dificultades entre el desarrollo de la obra pictórica propiamente dicha, y el de los viajes, adquisición de elementos, contratación de artistas etc., el Gobierno Nacional, el Maestro José Rodríguez Acevedo y la Sociedad "Rodríguez Acevedo Ltda.", han acordado transformas por contratos citados adecuándolos en un contrato "a precio fijo global", para la ejecución de la obra pictórica del CICLORAMA del Campo de Boyacá" (folio 223 vto. C.1).

Por lo tanto, este no fue un contrato de transacción, ni hubo manifestación alguna de los intervinientes en el sentido de que se condonaban los valores que por perjuicios morales o materiales se hubieran causado las partes entre sí en ejecución de la obra pública mencionada. Lo único es que *algunas obligaciones* se modificaron y las demás quedaron intangibles en lo fundamental. Entonces, la decisión mutua de "transformar los contratos citados adecuándolos en un contrato a precio fijo global, para la ejecución de la obra" tenía como única finalidad superar las dificultades prácticas que se habían observado, con el propósito de facilitar "el desarrollo de la obra pictórica".

E) DE LA CONSTRUCCION DEL MURO CIRCULAR.

Esta Corporación practicó una inspección judicial, el 16 de febrero de 1979, al sitio del Puente de Boyacá en donde se debía construir y pintar el CICLORAMA conmemorativo de la Campaña Libertadora de 1819 y allí se estableció que el interior de la edificación se encontraba aún "en obra negra". Se dejó constancia en la diligencia del estado físico de la obra, así:

"El recinto de la edificación esta formado por dos plantas que en general están sin terminar. En la primera planta no se hallaron en el momento de la diligencia piezas habitables, ni celadores, ni obreros, ni servicio doméstico, ni ningún elemento de vivienda como cocina, lavadero, servicio sanitario, lavamanos, ni instalaciones de otra especie, si bien se deja testimonio de que se encuentra en esta un tubo metálico conductor de agua que termina en una llave que al abrirla brotó agua corriente. En la segunda planta del edificio, a la cual se da acceso por una escalera de cemento y piedra, no se encuentra instalación eléctrica lo cual dificultó momentáneamente la diligencia mientras el personal de la misma se fue acostumbrando a la obscuridad, pues por la misma construcción no existen ventanas ni forma alguna para darle luz natural. Según manifiesta el maestro Rodríguez Acevedo este era un lugar principal por estar destinado para pintar al óleo el ciclorama de la gesta emancipadora. El personal de la diligencia pudo constatar que no se encuentra en este sitio un muro circular interno construido para materializar la obra pictórica que se encuentre terminado, si bien pudo apreciarse un comienzo de muro aproximadamente 1.20 metros construido en ladrillo; este comienzo de muro si es

de forma circular y distinto de la pared de cerramiento de la edificación. En la parte central del techo se encuentra una especie de soporte metálico para el falso techo que según manifiesta el maestro Rodríguez Acevedo estaba proyectado para la distribución de luz, obra que tampoco esta terminada.

Tampoco se observa la existencia de un sistema de iluminación especial pero si se pudo apreciar una red metálica para aire acondicionado, también en forma circular, sin que se sepa si se encuentra en condiciones de funcionamiento. Se verificó la existencia, como ya se dijo, de una escalera amplia adecuada, hecha en piedra y cemento, debidamente terminada. En esta segunda planta tampoco se encontraron instalaciones de agua ni servicios sanitarios, ni baños, ni lavamanos, etc. Estas fueron las comprobaciones que pudo hacer el personal de la diligencia" (folio 30 fte. y vto. C. Anexo 2).

De lo anterior se deduce que la nación no cumplió con su obligación primigenia (1a del contrato No. 286 de 1969) de suministrar al CONTRATISTA y su personal auxiliar oportuno alojamiento en la zona de la obra y todas aquellas otras facilidades inherentes al cumplimiento del contrato. Ni tampoco cumplió las del contrato último, (el 210 de 1974) descritas así:

"CLAUSULA SEGUNDA: EL GOBIERNO se compromete a entregar a LOS CONTRATISTAS, para que estos puedan comenzar a materializar la obra pictórica, el muro circular interno en el edificio construído para este efecto sobre el Puente de Boyacá terminado y pañetado, las obras de falso techo, la plataforma de observación del publico, el control de humedad y temperatura y la iluminación especial en servicio, todo esto siguiendo las instrucciones dadas por el Maestro Rodríguez Acevedo y a su entera satisfacción, en un plazo de seis (6) meses contados a partir de la legalización del presente contrato.-

PARAGRAFO 1o.- EL GOBIERNO mantendrá en forma permanente y por su cuenta en el edificio del Ciclorama, los servicios de agua, energía control de humedad y temperatura e iluminación especial, mientras los contratistas adelanten la obra pictórica" (folio 225 C.1).

La inspección judicial practicada por esta Corporación al sitio del Puente de Boyacá, corroboró el significado de la que se efectuó anticipadamente al proceso, en la cual se hizo constar:

"El Juzgado en compañía de todas las personas citadas constató que el recibo de la edificación que esta formado por dos plantas que en general se encuentra sin terminar. En la primera en forma circular se encuentran varias dependencias en obra negra. Existe una segunda planta sin escalera de acceso, en donde tiene lugar el objeto principal de la diligencia por ser el sitio en donde se va a pintar el "Ciclorama aludido". El Juzgado el términos generales constata que se encuentra únicamente el muro circular de sustentación de la edificación con sus correspondientes columnas de amarre sin terminado de pin-

tura. Existe en la parte central una plataforma sin terminar que según el interesado corresponde a la plataforma destina (sic) al público. No aparece ningún muro especial en donde se pueda realizar directamente la pintura del "Ciclorama". Solamente se encontraron arrumes de ladrillo suelto como listos para alguna obra, así como un poco de varillas de hierro también para construcción. No se observa sino el techo propio de la edificación no existe el techo falso de que habla el memorial, Tan solo hay una estructura metálica circular con radios concéntricos que sostienen el techo de la edificación. Se encuentra sobre la estructura anotada, un extractor de aire general de forma circular sin poder constatar si se encuentra funcionando o no. No se encuentra ningún sistema que se pueda determinar como que sea de control de humedad o de temperatura del edificio. Tampoco se observa la existencia de sistemas de iluminación especial. En cuanto a instalaciones de agua únicamente aparecen en la primera planta. Estas son las observaciones generales por parte del Juzgado. Los señores peritos, se servirán determinar técnicamente las observaciones generales del Juzgado en cuanto al estado actual de la obra; y también en la misma forma se referirán a todos y cada uno de los puntos propuestos por la parte interesada en la diligencia" (folios 95 y 96 C.1).

Los peritos CARLOS GONZALEZ ROZO y JOSE GABRIEL OSPINA SALAMANCA, designados en aquella ocasión, precisaron:

"No existe ningún muro circular interno; solamente está construido el muro circular de cerramiento del edificio en medio de las columnas que soportan la cubierta del mismo edificio.

"(...)"

"El muro en mensión (sic) no esta construído ni siquiera iniciado.

"(...)"

"No existe en la actualidad ningún techo falso. Solamente se puede apreciar las cerchas metálicas que soportan la cubierta de donde se supone que colgara el falso techo.

"(...)"

"La plataforma de observación del público en varios niveles se encuentra incompleta y en obra negra.

"(...)"

"En cuanto al sistema de control de humedad y temperatura no está en funcionamiento, pero su instalación está incompleta, solo esta construida la red

CONSEJO DE ESTADO BIBLIOTECA

de distribución faltando las instalaciones eléctricas y el equipo de maquinaria, etc.

"(...)"

"No existe ningún sistema de iluminacion especial.

"(...)"

"En el segundo piso donde se vá ha (sic) elaborar la obra pictórica no existe instalación de agua, este servicio solo se encuentra en el primer piso" (folios 98 y 99 Anexo 1).

Obra en el plenario otra muy abundante prueba sobre el incumplimiento de la administración respecto de la entrega oportuna del muro circular, cuya transcripción en esta providencia desbordaría en exceso la necesidad de su motivación. Pero, para complementar la significación en la vida del contrato del incumplimiento administrativo en lo relativo con la construcción del ciclorama, conviene apreciar los conceptos de los pintores Rodolfo Velásquez Rubio y Gerardo Aragón Villafañe, en desarrollo de la tarea pericial que les confió el Consejo de Estado. Se expresó así el primero de los nombrados:

"En mi experiencia como pintor profesional, catedrático de la Universidad Nacional de Colombia en la rama del arte por 18 años ininterrumpidos y específicamente en el área de Pintura Mural, materia en la cual estoy especializado y que en la actualidad regento; exdirector del Departamento de Bellas Artes (Antigua Escuela de Bellas Artes) y ex-vicedecano de la Facultad de Artes de la Universidad Nacional de Colombia, es mi deseo, a manera de introducción del presente peritazgo, hacer unas apreciaciones de carácter general sobre una expresión pictórica.

"Entiéndese por Pintura Mural, aquella que se realiza sobre un muro preparado para este fin y donde el ejecutante formará un todo integrado a la pared y al conjunto arquitectónico. Predominan dos técnicas principales en él, ellas son: La pintura al fresco o húmeda, que se realiza sobre una superficie preparada para este objeto cuya base es: agua, cal y arena, que al secar sobre carbonatación natural por la integración de estos elementos y se va petrificando; mientras sucede este fenómeno, se aplica al pañete húmedo, colores minerales para formar una amalgama cuya resultante es llegar a su estado natural o sea la piedra.

"La otra técnica consiste en pintar sobre la superficie o reboque seco bien con pintura a la cal, o emulsiones al temple, o al aceite, o con colores a la cola, o con emulsiones acrílicas y sintéticas en general, bajo una preparación especial y acorde a la técnica específica que se utilizará. De esta técnica (al seco) y con los materiales mencionados, hay unos más apropiados que otros y por consiguiente de mayor durabilidad; se tendrá en cuenta además, si el mural

se realiza el interior o a la intemperie, para la escogencia de los materiales adecuados, por esto se requiere una preparación especial sobre el muro cuya dirección es indispensable por parte del ejecutante.

"Los Cicloramas son Pinturas Murales que se determinan en ciclos, requieren preparación especial sobre el muro que permitan una ejecución limpia y tersa siempre y cuando los materiales escogidos sean acordes para el logro del objetivo previsto y su buena conservación para la posteridad.

"La escogencia de la técnica es de libre potestad el artística, es por esto que, a través de la historia del arte, un Miguel Angel, un Piero de la Francesca, un Giotto, un Ghirlandajo, prefirieron la técnica del fresco; o un Cimabue, un Goya, un Picasso, un Siqueiros, prefirieron la técnica del seco. Enumero tan solo estos maestros del arte universal para no hacer interminable la lista.

"Hago incapie (sic) en los murales realizados por el pintor mejicano David Alfaro Siqueiros en su país de origen y en los Estados Unidos de Norte América, quien además fué un gran investigador de nuevos materiales para el muralismo; utilizó acrílicos, caceinas y vinilitas, todos estos, acordes al desarrollo y avance de las técnicas contemporáneas" (folio 60 fte, y vto. Anexo 2).

Sobre el estado del varias veces mencionado muro, en la fecha de la inspección judicial (16 de febrero de 1979), explicó el experto lo siguiente:

"Se encuentra un muro circular iniciado en la totalidad de su longitud, paralero y distante del muro de cerramiento en 1.20 metros, espacio adecuado que supongo sea este el muro solicitado por el artista para la materialización pictórica del Ciclorama; está el muro citado en la segunda planta, ejecutado en la técnica de pandereta con un espesor de 0.10 metros y en ladrillo hueco; a distancia prudente y con el fin de reforzar el muro, se hallan columnas de concreto con refuerzo en hierro, estas también iniciadas y acordes a la altura en que va la construcción del muro. El muro como se anota, esta en proceso de construcción y a una altura general de 1.30 mts. pero frente a la desembocadura de la escalera que conduce de la primera a la segunda planta, se encuentra el muro, a una altura de 1.60 metros y en una longitud de 18.00 metros aproximadamente" (folio 60 vto. y 61 Anexo 2).

Por su parte el pintor GERARDO ARAGON VILLAFAÑE dijo:

"El MURO circular interno está en construcción; no se encuentra terminado en su totalidad; carece de pañete; no es apto para la ejecución de la obra pictórica a la fecha de esta inspección. pero es de anotar, que el trabajo faltante, puede realizarse en un término aproximado de 30 a 40 días" (folio 68 vto. Anexo 2).

El hecho de que los peritos no hubieran obrado conjuntamente, ni hubieren deliberado anticipadamente para proferir su experticio, impide considerar sus conceptos como dictamen (artículo 237 ordinal 5 inciso segundo C. de P.C.) pero, por la calificación de los deponentes y por el contenido intrínseco de sus respuestas, deben apreciarse sus opiniones como *informes o testimonios técnicos*, (artículo 243 C. de P.C.) a los cuales se les dio la debida publicidad procesal, máxime cuando los pintores aludidos provenían de la Escuela de Bellas Artes de la Universidad Nacional (folio 36 vto. Anexo 2).

Dedúcese del examen de conjunto de las anteriores pruebas que la nación no cumplió con su obligación de entregar la construcción circular, debidamente terminada, para que el artista ejecutara la serie pictórica convenida; y que sin el muro, resultaba imposible exigir el cumplimiento del objeto del contrato, por ser ese el lugar en donde se iba a pintar el ciclorama. El artista no podía pintarlo en otra parte, según el mismo convenio.

F) DE LAS OBRAS ACCESORIAS.

Sobra expresar, por ahora, otras consideraciones relacionadas con el cumplimiento de la nación en cuanto al mantenimiento, por su cuenta, de "los servicios de agua, energía, control de humedad y temperatura e iluminación especial, mientras los contratistas adelanten la obra pictórica", (Cláusula Segunda, parágrafo 1o. del contrato 210 de 1974) porque esto suponía la previa entrega del muro par iniciar su pintada, lo cual debió ocurrir el cinco (5) de febrero de 1975, porque 6 meses antes a esa fecha se legalizó el último contrato (folios 165, 166 y 171 C.1).

G) DE LOS PAGOS PARCIALES.

Respecto de los pagos, afirmó la parte actora que el interventor no levantó las actas de recibo de la obra, condición necesaria para satisfacer los diversos instalamentos pactados. conforme a los términos del contrato No. 210 de 1974, las actas de recibo de obra debieron levantarse, cada seis meses, a partir del primero (1o.) de febrero de 1975 y, ciertamente, ninguna acta se levantó, a pesar de que había diversos dibujos elaborados, como se deduce el contenido de la inspección judicial practicada en los talleres del artista, en donde se halló:

> "Dibujos, bocetos y croquis de diferentes tamaños y en cantidad abundante que el pintor Rodríguez Acevedo señaló como la obra material previa, necesaria y suficiente para realizar sobre el muro circular interno del edificio destinado al efecto por el Gobierno en el Puente de Boyacá, la obra del Ciclorama de la Batalla Libertadora en colores al óleo; manifestó que todos estos dibujos fueron terminados en los años de 1975 y el primero de febrero de 1976, siguiendo el guión de la Campaña Libertadora elaborado por él, y aprobado por la Academia Colombiana de Historia en 1970; que los bocetos corresponden aspectos de las escenas que involucran la organización de la vanguardia del ejército libertados en los Llanos de Casanare, el paso del llano y de sus ríos en pleno invierno, las escaramuzas sobre el Río Payero, la

reunión del estado mayor en el Llano de Miguel, el paso de Pisba y la muerte de ganado, caballos y hombres, la entrega de ropas en Socha, la Batalla del Puente de Gámeza, el paso del ejército en tarabitas o balsas en el cañon del Río Chicamocha, la batalla del Pantano de Vargas, la ocupación de la ciudad de Tunja, la batalla del Puente de Boyacá, y finalmente, la llegada de Bolívar sólo a Bogotá.

"(...)

"El personal de la diligencia continuó examinando los dibujos y encontró diseños de cabezas terminadas de los próceres Simón Bolivar, Francisco de Paula Santander, coronel moreno, teniente coronel Arredondo, coronel Obando, coronel París, Capellán Mariño, General Anzóategui, coronel Córdoba, General Zoublette, Capitán O'learly, Sargento Chincá y otros participantes en la Batalla de Boyacá. A continuación y como complemento de los dibujos fueron presentadas fotografías alusivas a los temas del Ciclorama, que según manifiesta el Maestro Rodríguez Acevedo son más de mil quinientas, "diapositivas", una muestra de las cuales fue proyectada al personal de la diligencia en una pantalla y allí se vio el paisaje de los llanos de Casanare, el paso de tropas a caballo por los ríos del llano, el río Payero, el célebre Trincherón o fortaleza española en forma de estrella, el llano de Miguel y sus tipos llaneros; y paisajes del páramo de Pisba, del pasaje de Socha, de los alrededores de Gámeza, del Cañon del Río Chicamocha, del Pantano de Vargas y maniobras hechas por el actual ejército y su caballería en acciones sobre la ruta de los libertadores en cercanías de Yopal. Tanto las fotografías como las "diapositivas" quedaron incorporadas al proceso en el Estudio del Maestro Rodríguez Acevedo, a órdenes de los señores peritos, por disposición del señor Consejero Sustanciador" (folios 40 y 41 Anexo 2).

La riqueza pictórica destinada a plasmar la monumental obra, está corroborada también por los relatos de varios pintores y otras personas allegadas al maestro JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO. El perito RODOLFO VELASQUEZ RUBIO dijo:

"Se ha encontrado en el estudio del pintor Rodríguez Acevedo los siguientes trabajos sobre el tema para el Ciclorama del Puente de Boyacá, trabajos que como se anota son dibujos, bocetos y croquis, previos al dibujo o cartón definitivo para la ejecución a color del Ciclorama. 1 (un) Dibujo a la aguada de la escena de la Fragua, tamaño 0.66 x 0.41 mts. 1 (un) Dibujo de la doma de potros, en técnica mixta, tamaño 1.00 x 0.60 mts. 1 (un) Croquis del ciclorama (organización del Ejército Libertador; paso del río) a carboncillo, tamaño 2,80 x 0.20 mts. 1 (un) Dibujo a carboncillo sobre la Fragua, tamaño 2.00 x 0.70 mts. 20 (veinte) Dibujos a lápiz de cabezas a tamaño natural, 0,35 x 0,25 mts, c/u y que según expresó el Pintor Rodríguez Acevedo, representan a: Francisco de Paula Santander 5 (cinco) dibujos. José María Córdoba 1 (un) dibujo. Joaquín Paris 1 (un) dibujo. Juan Nepomuceno Moreno 1 (un) dibujo.

José María Cancino 1 (un) dibujo. José Antonio Anzóategui 1 (un) dibujo. Pedro Fortul (1) un dibujo. Antonio Obando 1 (un) dibujo. Daniel Florencio O'Leary 1 (un) dibujo. Raynald Sasmajours 1 (un) dibujo. Jacinto Lara 1 (un) dibujo. Juan José Rondón 1 (un) dibujo. Carlos Saublette 1 (un dibujo. Juan José Rondón 1 (un) dibujo. Fray Ignacio Nariño 1 (un) dibujo. Antonio Arredondo 1 (un) dibujo. 1 (un) dibujo a lápiz del llano en invierno, tema general, tamaño 0.70 x 2.00 mts 1 (un) Croquis a lápiz sobre dos escenas: doma de potros y la forja, tamaño 0.26 x 0.85 mts. 4 (cuatro) Bocetos a lápiz sobre doma de potros, tamaño 0.40 x 0.30 mts c/u 1 (un) Oleo sobre papel grueso o cartulina, sobre el paso del llano, detalle de cabeza de caballo, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 1 (un) Oleo sobre papel o cartulina, doma de potros, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 1 (un) Oleo sobre papel, Paisaje del llano, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 12 (doce) Dibujos a lápiz y carboncillo sobre figuras ecuestres, tamaño 0.70 x 1.00 mts. c/u. 1 (un) Dibujo a lápiz y carbón, detalle cabeza de caballo, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 1 (un) bocero a carboncillo, caballo y figura humana. 1 (un) boceto a lápiz, figura femenina, tamaño 0.70 x 1.50 mts. 1 (un) Dibujo a lápiz de llaneros en el Pantano de Vargas, tamaño 1.00 x 0.70 mts. 1 (un) Boceto a lápiz sobre estudio de figura femenina, al desnudo, tamaño 1.00 x 0.70 mts. c/u.

"4 (cuatro) Dibujos a lápiz sobre cabezas masculinas, tamaño 0.50 x 0.70 mts. c/u 4 (cuatro) Dibujos a lápiz, detalles figuras ecuestres, tamaño 0.50 x 0.70 mts. c/u 1 (un) Boceto a Lápiz estudio a escalas sobre escenas en Pisba y socha tamaño 0.50 x 0.35 mts. 1 (un) Esquema del ciclorama, detalle de escenas (dos) en papel milimetrado y a lápiz tamaño, 0.50 x 0.20 mts. 18 (dieciocho) Bocetos a lápiz sobre detalles de cabezas masculinas y femeninas tamaño 0.30 x 0.20 mts. c/u 1 (un) Boceto a lápiz y carboncillo del paso de los llanos tamaño 0.70 x 1.00 mts Dibujos Terminados a carboncillo: 1 (una) figura Femenina, tamaño 0.70 x 1.50 mts 1 (una) figura Femenina, tamaño 1.00 x 1.50 mts 1 (una) figura Femenina, tamaño 2.00 x 1.50 mts 1 (una) figura Femenina, tamaño 1.50 x 1.50 mts 1 (una) figura Femenina, tamaño 1.00 x 0.70 mts 1 (una) figura Femenina, tamaño 1.50 x 0.70 mts 1 (una) figura Femenina, tamaño 1.00 x 0.70 mts. 1 (una Figura Masculina, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 1 (una Figura Masculina, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 1 (una Figura Masculina, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 1 (una Figura Masculina, tamaño 2.10 x 1.00 mts. 1 (una Figura Masculina, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 1 (una Figura Masculina, tamaño 0.70 x 1.00 mts. 2 (dos) Dibujos a lápiz, cabeza del libertados Simón Bolivar, tamaño 0.50 x 0.0 mts. c/u 1.200 (mil doscientos) Transparencia a color en 35 m.m. c/u sobre múltiples temas para consulta sobre vestuario, movimiento, figura, escorso, etc. para la ejecución de bocetos y dibujos previos para el cartón o dibujo definitivo del ciclorama. Doscientas (200) fotografías en blanco y negro en diferentes formas, para consulta y temas como las diapositivas ya mencionadas" (folios 65 a 66 Anexo 2).

Esta relación la ratificó el perito, GERARDO ARAGON VILLAFAÑE, quien la elaboró conjuntamente con el otro auxiliar de la justicia (folio 72 Anexo

2); y la corroboran los testimonios del escultor ALONSO NEIRA MARTINEZ, del pintor JORGE ELIAS TRIANA MEJIA, del pintor OSCAR RODRIGUEZ NARANJO, de la señora OLGA SANTIAGO DE ROMERO y del señor GABRIEL VASQUEZ, cuyas versiones se transcriben en el acápite H) de esta providencia.

Es un hecho inconcluso que el Contratista dio comienzo a sus trabajos antes de que el Gobierno adfecuara el escenario donde se consumaría la obra proyectada. Obviamente, como no se levantaron las Actas de Recibo de Obra por el Interventor, tampoco se tramitaron los pagos parciales acordados en la Cláusula Séptima del Contrato 210. Pese a la gran cantidad de obra ejecutada por el artista, el cobro de los instalamentos semestrales no pudo concretarse por causas imputables a la Nación, que no puso en el proyecto el empeño necesario para que el Ciclorama se materializara. El tiempo transcurrió en medio de la indiferencia oficial que dejó las obras en un *statu-quo* indefinido, más propio del abandono que del interés porque la obra fuera una realidad.

H) LA CONDUCTA DE LA PARTE DEMANDANTE.

De la conducta del actor y de su preocupación por darle cumplimiento al contrato, dan fe los testimonios rendidos por los personajes que, en alguna forma, estuvieron vinculados al proceso de la negociación, desde el instante en que al maestro se le encomendó la tarea pictórica por sus excepcionales condiciones artísticas, hasta el momento en que, por negligencia de la Administración nacional, se frustró la ejecución de los trabajos.

Obra a folios 103 del Anexo 1, la comunicación de 5 de febrero de 1969, dirigida al actor por el doctor Carlos Eduardo Vargas Rubiano, Director Ejecutivo de la Junta del Sesquicentenario de la campaña Libertadora, que puede considerarse como la causa generadora del contrato que, por lo demás, el demandante nunca buscó. Dice el documento:

"Por honrosa comisión de la Junta Asesora del Gobierno Nacional para la organización de los programas y obras del Sesquicentenario, me permito solicitarle su valiosa colaboración para la ejecución de las pinturas en los murales del Ciclorama que se construirá en el Puente de Boyacá, y que representarán en desarrollo de la gloriosa Campaña Libertadora.

"De acuerdo con nuestra entrevista pasada, en la sede de la firma de Arquitectos y Proyectistas, con el Grupo Técnico, en donde usted pudo apreciar las dimensiones de dicha obra, quiero solicitarle hoy, muy atentamente, nos dé los siguientes datos:

"1. En qué plazo, a partir del perfeccionamiento del respectivo contrato, podría terminarse la obra; y

"2. El valor aproximado del costo de la misma, con el fin de hacer las apropiaciones correspondientes desde ahora.

"Conforme se lo manifesté personalmente, la Junta vería con sumo agrado que usted, que es uno de los grandes artistas del siglo y oriundo de nuestra ilustre capital de Boyacá, se hiciera cargo de la ejecución de esta importante realización artística que destacaría a perpetuidad la gloriosa Campaña Libertadora. (folio 103. Anexo 1).

Aparece a folio 53, Anexo 2, el testimonio del doctor CARLOS LLERAS RESTREPO, que por contener aspectos de interés histórico y por la autoridad e idoneidad de quien lo rindió, merece transcribirse en lo pertinente:

"Este proyecto -manifestó el ex-presidente- fue fruto de un acuerdo entre la Junta que hizo el programa de obra para la celebración del Sesquicentenario de la Batalla de Boyacá y el Gobierno. Se tuvo en cuenta la conveniencia no solo de perpetuar la memoria de los héroes de la independencia sino la de poder atraer tanto al sitio del Pantano de Vargas como al Puente de Boyacá el turismo, principalmente el Venezolano, y también el que los niños de escuelas y colegios pudieran tener una visión artística de lo que fue la gesta libertadora. Por estas razones se acordó levantar el monumento de los lanceros en el Pantano de Vargas y hacer en el Puente de Boyacá una obra pictórica de gran alcance, sobre cuyas características se discutió mucho. Teniendo en cuenta el atractivo que tienen los llamados cicloramas que conmemoran batallas en distintos puntos, sobre todo los existentes en Bélgica y la Unión Soviética, se decidió hacer algo semejante en el Puente de Boyacá; pero se juzgo también que la simple representación de la Batalla tendría muy poco interés educativo, por lo cual se allegó a la concepción de una serie cuadros que debían representar toda la campaña libertadora de 1819, desde la salida de los Llanos Venezolanos hasta la entrada de Bolívar en Bogotá. Se convino la construcción del edificio en cuyos muros internos debían pintarse esos cuadros y el montaje de un sistema para transmitir en varios idiomas la explicación de los cuadros,e decir, la historia sintética de la campaña Libertadora. En sentir del gobierno y de la Comisión Organizadora esta Obra era esencial para atraer las gentes al campo de Boyacá y debía complementar las otras que se levantaron o que se proyectó levantar en el Puente: Las plazas de Armas en las cuales, según el propósito del Gobierno de entonces, se debía hacer anualmente la jura de bandera de las graduaciones de oficiales, el restaurante y el monumento religioso, destinado a honrar a los religiosos que participaron en la independencia y a reemplazar la pequeña iglesia que había sido levantada sobre una de las colinas que dominan el campo y que afeaba extraordinariamente el conjunto de éste.

"SEGUNDO. Si saben por qué motivos dicha obra de arte no fue finalmente iniciada ni concluida: CONTESTO.- Hasta donde yo recuerdo, durante mi gobierno se firmó el primer contrato con el pintor Rodríguez

Acevedo como Director y parcial ejecutor de la obra pictórica. El escogimiento de este artista se hizo de acuerdo con la Junta Organizadora y teniendo en cuenta varias circunstancias: el hecho de ser él boyacense, entusiasta por su departamento y muy familiarizado con la historia de las Campañas Libertadoras; sus condiciones superiores de artista y la circunstancia de haber pintado figuras de próceres de la independencia con gran realismo y destreza, entre las causales cabe mencionar el retrato del General Hermógenes Maza que si no recuerdo mal pintó por encargo del Banco Popular. Se estimó que la obra proyectada debía representar de la manera más fiel las figuras más conocidas de la gesta 1819 y que para ello se requería un pintor que tuviera precisamente las condiciones que caracterizan a Rodríguez Acevedo. Este expuso a la Junta el hecho de que, dada la magnitud de la obra, tenía que contar con otros pintores de su misma Escuela que colaborarán con él, y, desde un principio manifestó que al lado de pintores colombianos debían figurar pintores extranjeros con experiencia en esta clase de obras y también de la Escuela Realista. Esto se discutió ampliamente; se encontró muy razonable y se autorizó al maestro Rodríguez para que hiciera las gestiones del caso lo mismo que ara conseguir ciertos materiales que él debía adquirir en Europa. No tengo una memoria clara de si fue durante mi gobierno o posteriormente que el Maestro Rodríguez Acevedo viajó a Europa con ese fin; pero si recuerdo muy bien que con miembros de la Junta discutimos en el Taller del Maestro Rodríguez Acevedo la concepción general de la obra y hasta examinamos algunos bocetos (sic) preliminares. Cuando terminó mi período de Gobierno tenía yo el convencimiento de que la obra se realizaría de conformidad con lo proyectado. Me parece recordar que meses más tarde, hallándome yo en la ciudad de Roma, recibí una carta del maestro Rodríguez en la cual me hablaba de que habías tropezado con dificultades en el Ministerio de Obras Públicas, con objeciones a la contratación de pintores extranjeros y con problemas para la apertura de los créditos presupuestales. Si no estoy equivocado, yo escribí al Presidente Pastrana una carga rogándole que ordenara la continuación de la obra; pero no se si esta carta la envié de Roma o de Bogotá cuando regrese al país y el maestro Rodríguez volvió a hablarme insistentemente acerca de los obstáculos que le presentaba el ministerio de Obras. Según me relato por el mismo tiempo Rodríguez Acevedo, éste trató el mismo problema con el Dr. Juan Lozano y Lozano quien se dirigió también por escrito al Presidente Pastrana. Recuerdo también que Rodríguez me dijo que el Presidente había dado orden al Ministerio para que se solucionara cualquier problema; pero mucho más tarde Rodríguez Acevedo, en verdadero estado de desesperación, me volvió a informar por teléfono que, a pesar de las órdenes presidenciales, los problemas en el Ministerio de Obras seguían sin resolver". (folios 53 y 54 Anexo 2).

El viacrucis al que fue sometido el actor tuvo, pues, contornos de tragicomedia: viajó a Europa, en cumplimiento de la comisión que el Gobierno le encargó, para contratar el personal artístico y para conseguir los materiales

yelementos pictóricos que requería, desentendiéndose de todo compromiso ajeno al que contrajo con al Administración Nacional; en Europa permaneció más tiempo del previsto, en función de su trabajo, tocando a las puertas de las Embajadas de Colombia en Madrid, París, Roma, Bruselas y Londres, para que el Ministerio de Obras Públicas escuchara su voz de angustia en procura de unas minutas de contrato con famosos pintores que colaborarían en la obra y de unas licencias de importación para pinturas y pinceles; regresó al país, con la esperanza de recuperar el tiempo perdido y se dedicó de lleno a reanudar los estudios interrumpidos en la elaboración de diseños, dibujos, bocetos y croquis, necesarios y suficientes para realizar sobre el muro circular la obra del Ciclorama.

Artistas, colaboradores y amigos del maestro, dieron testimonio de su consagración a la obra.

GABRIEL VASQUEZ BARRERO, narró:

"Desde su regreso de Europa visite con mucha frecuencia el estudio del maestro Rodríguez Acevedo y puede darme cuenta de todo lo relacionado en el Ciclorama desde la adjudicación que le hizo la Junta Administrativa del Ciclorama hasta la fecha. Conocí entonces todo el proceso de la elaboración de los contratos con el Ministerio de Obras Públicas y fuí testigo de su dedicación absoluta a esta obra y de todos los tropiezos contra los cuales le ha tocado luchar. Cada uno de estos contratos estaban precididos de complicadas discusiones en el Ministerio de obras Hasta su aprobación total por el Gobierno y la presentación de garantías de cumplimiento, todas excesivamente costosas; la garantía del último contrato valió cerca de $300.000.oo Desde el año de 1969 el estudio del maestro Rodríguez permanecía en constante actividad, primero en reuniones diarias con los miembros de la Academia Colombiana de Historia para el estudio del guión de la Campaña Libertadora; después con permanente modelos en que se estudiaban automáticamente todas las actitudes posibles en la obra del Ciclorama. Semanalmente se visitaba en el campo, en la sabana y en Bogotá agrupaciones de ganado, caballos, gente del pueblo, etc. Igualmente se visitaba todas las semanas el desarrollo de la obra del Ciclorama en el Puente de Boyacá de la cual fueron contratistas inicialmente la firma Cuellar Serrano Gómez y posteriormente la firma del Ingeniero Guillermo Romero, Toda esta actividad fue suspendida por el viaje ordenado por el Ministerio al maestro Rodríguez Acevedo a Europa para la adquisición de materiales y la escogencia y contratación de pintores. Con estos pintores debatió el maestro todo el desarrollo del guión, se estudiaron documentos en archivo y viajó posteriormente a Bélgica e Inglaterra para la adquisición de materiales. Terminado este proceso sólo queda esperar la llegada de los contratos de trabajo que el Ministerio de Obras Públicas había ofrecido remitir a España por intermedio de la Embajada de Colombia en ese país. Igualmente el Ministerio se había comprometido a remitir las licencias

para la importación de los materiales que habían sido ya adquiridos" (folio 44 y 44 vto. Anexo 2).

ALONSO NEIRA MARTINEZ, dijo:

"Si, conocí varias frases del proyecto y muchos dibujos de bocetos y dibujos al tamaño natural, así como numerosos estudios y vestiduras de la época, así como también un gran número de fotografías o transparencias tomadas en los sitios donde se desarrolló la Campaña Libertadora. Además por petición del maestro Rodríguez Acevedo tuve la oportunidad de hacer una ampliación de uno de esos temas al tamaño definitivo en que debe ejecutarse la obra. El dibujo a que me he referido era o correspondía al último proceso de dibujo antes de empezar a trabajar en el propio sitio del Ciclorama ya que para continuar el trabajo deberían pasarse los dibujos al muro en que se debía pintar el CICLORAMA" (folio 48 Anexo 2)

JORGE ELIAS TRIANA MEJIA, expresó:

"... He tenido oportunidad en varias ocasiones de visitar el estudio del maestro Rodríguez Acevedo y darme cuenta cabal de todo el proceso de proyección realización investigación de los temas que habrían de conformar el trabajo monumental del CICLORAMA, además de los dibujos, proyecciones y bocetos preparatorios, pude darme cuenta también de todo el estudio previo histórico esencial para poder realizar esta monumental obra. También pude observar en mis diferentes visitas al Estudio todo el material fotográfico representado en diapositivas y otros medios fundamentales como documentos gráficos para que la obra pudiera tener la eficacia planeada por el maestro Rodríguez Acevedo. Como pintor muralista puedo asegurar que sin estos trabajos previos que a mi entender constituyen el noventa por ciento de la obra no se puede realizar un trabajo de tal magnitud" Al siguiente punto contestó: "Esta pregunta ya quedó contestada en mi anterior respuesta pero recuerdo algunas cosas que me impresionaron mucho, como por ejemplo la documentación del paisaje del Páramo de Pisba, el estudio de los movimientos y características de la caballería de los llaneros y la ambientación general de todos los paisajes que fueron escenario de esa Epopeya Histórica de los llaneros que transmontaron el Páramo para culminar en la Batalla de Boyacá" (fl.49 y 49 Vto. Anexo 2).

OSCAR RODRIGUEZ NARANJO, contó:

"Efectivamente, cuando estuve en su taller ví bocetos, dibujos, figuras a caballo, lanceros, animales, armas, herramientas, esbozos de próceres, gran cantidad de rollos de dibujos, trabajos estos preparatorios o preliminares para los grandes murales que le habían encargado para el Ciclorama del Puente de Boyacá, trabajos todos que forzosamente hay que ejecutar muchísimas veces antes de la ejecución ya al óleo, de la obra definitiva. Igualmente ya también

bocetos al óleo. También conocí en el taller del maestro rodríguez Acevedo más de mil diapositivas relacionadas con la trayectoria del Ejército Libertador, todas interesantísimas, lo que yo vi ya capacitada al maestro Rodríguez Acevedo para proceder a pintar en colores la obra pictórica" (fl. 51. vto. Anexo 2).

OLGA SANTIAGO DE ROMERO, declaró:

"Conozco al Maestro José Rodríguez Acevedo, hace unos doce años cuando empecé a ir a su estudio, por amistad con la secretaria de él, y estuve posando para él cuando se empezó a trabajar lo del Ciclorama para el Puente de Boyacá, y también estuve ayudando a la parte administrativa, organizando los viajes a las distintas partes a donde fue necesario viajar en gestiones relacionadas con tal trabajo. Por lo anterior tuve oportunidad de ver cómo se realizaba la cantidad de dibujos, diapositivas realizadas por él en las distintas partes donde era necesario, en los cuales tomé parte, lo mismo que ni esposo Jorge Romero. El trabajo se basa principalmente, como ya lo dije en dibujos y diapositivas, siendo las diapositivas algo más de 3.000. La gran cantidad de dibujos versan sobre próceres, caballos, en distintos aspectos, con cuyos ejemplares se pueden formar aspectos de la campaña libertadora. Los dibujos estuvieron terminados desde mucho antes de enero de 1975, ya que el maestro venía trabajando desde 1969 en esa obra. Para la obra el referencia el maestro tomó fotografías de los aspectos de la campaña en los sitios en donde se desarrolló, fotografías que junto con las diapositivas y dibujos reposan en el estudio del maestro, tanto en Bogotá como en Cota. El contrato para la realización del Ciclorama constaba de tres etapas, de las cuales el maestro iba realizando etapa por etapa, sin que hubiera recibido ningún dinero por tal concepto. Aclarando que las tres etapas del contrato fueron ejecutadas en su totalidad por el Maestro Rodríguez Acevedo" (fl. 43 y 43 Vto. Anexo 2).

El análisis de la probanza anterior revela el interés y la disposición que animaba al artista para cumplir sus obligaciones contractuales, pese a los tropiezos y a los inconvenientes que desde un principio le creó la Administración, la cual, por el contrario, adoptó un comportamiento renuente a atender su compromiso.

I. LA EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

La apoderada de la Nación alegó que "para la fecha de entrega de las obras, pactada en el contrato, no tenían listos los dibujos de las escenas 1a. 2a. y 3a. que componen la primera etapa del trabajo a realizar ni tampoco los tuvieron para el primero de febrero de 1975, fecha en la que debían percibir el primero (sic) contado semestral de $2'178.363.oo" (fl. 102 Anexo 2) y sobre esta afirmación fundamentó la excepción de contrato no cumplido.

La excepción propuesta está regulada en el artículo 1609 del C.C., que preceptúa:

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

La excepción tiene el alcance de enervar las pretensiones del actor, cuando éste, a su vez, ha incumplido las cargas contractuales correlativas.

En fallo del 16 de febrero de 1984, expediente 2459, esta Sala discurrió así:

"La excepción de contrato no cumplido debe ser entendida como un recurso dilatorio y temporal, que impide, frente al incumplimiento de recíprocas obligaciones, las consecuencias sustanciales del negocio, en su producción prestacional. sin embargo, la inobservancia de un contratante de un deber, que es primero en el tiempo, no puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento, puesto que su conducta la rechaza, por ser contrario a la *bona fides in solvendo*. (ANALES Nos. 481-482, Primer Semestre 1984, pag. 623).

Dentro de esa perspectiva jurisprudencia, es de rigor establecer a quién corresponde primero en el tiempo el deber de ejecutar el contrato, y es menester examinar, además, la conducta de las partes durante el desarrollo contractual.

Se estableció antes, cómo, con aplicación de la Cláusula Segunda del Contrato 210, la iniciación de la obra pictórica estaba atada a la entrega previa del muro circular y demás obras preliminares a cargo del Gobierno, en un plazo de seis meses a partir de la legalización del contrato. Y se estableció, también, con aplicación de la Cláusula Cuarta, que sólo a partir de la firma del Acta de Entrega de las obras preliminares y 60 días más, empezaba a contarse el plazo de los 40 meses para que el artista entregara al Gobierno, completamente terminadas, las obras pictóricas.

La relación entre la entrega de las obras preliminares y la iniciación de la obra pictórica, creaba un compromiso de naturaleza esencial para la Administración, primero en el tiempo físico, sin cuyo cumplimiento era imposible exigirle al artista la obligación recíproca a su cargo. Es decir, que primero estaba la obligación del Gobierno y luego la contraprestación del artista.

En ese orden de ideas, el incumplimiento contractual que se le endilga al contratista, carece de respaldo probatorio en la medida en que al plenario se aportaron evidencias de la desatención del Gobierno en su deber correlativo, que desvirtúan la excepción formulada por la procuraduría judicial de la entidad demandada.

J) LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.

El procurador judicial del actor pretende la terminación o resiliación del Contrato 210 de 2 de mayo de 1974 que adicionó, modificó y transformó los

contratos 206 del 14 de diciembre de 1969 y 202 de 24 de julio de 1970. Subsidiariamente, suplica la cesación judicial del Contrato 210 y la consecuente indemnización de perjuicios, en ambos casos.

Para la colaboradora Fiscal de esta Corporación, el contrato 210 de 1974 sustituyó a los contratos 286 de 1969 y 202 de 1970, dejándolos sin efecto. Señala que el último convenio es un contrato de obra, solemne, *intuitu personae*, bilateral, oneroso y de ejecución de obra única en tiempo diferido. Agrega que el contratista asumió una obligación de resultado, razón que impide calificar el contrato como de tracto sucesivo. Afirma que tanto la resiliación como la terminación son formas de extinguir los contratos de ejecución periódica, sucesiva o de tracto sucesivo y, acorde con tales consideraciones estima que la primera petición de la demanda no puede prosperar.

La Sala no comparte los planteamientos expuestos en la Vista Fiscal, por las siguientes razones:

1. A los contratos de obra y de arrendamiento de servicios inmateriales, regulados en los Capítulos VIII y IX del Título XXVI Libro Cuarto del C.C. bajo el título de ARRENDAMIENTO, se les da el mismo tratamiento, sin distinguir entre uno y otro y se les denomina "contrato de obra o de empresa".

Sobre esta materia, el profesor César Gómez Estrada, enseña:

"309. Concepto de contrato de obra o empresa. Como ya se dejó insinuado antes, hay contrato de obra o empresa siempre que dos personas se obligan entre sí, la una a pagar por ello a la primera un precio o remuneración, pero sin que aquella se ponga bajo el servicio, subordinación o dependencia de ésta. Es indiferente la naturaleza material o inmaterial de la tarea o labor objeto del contrato. Si se pone atención sobre relaciones jurídicas que constantemente y a diario se forman con personas dedicadas a determinadas actividades especializadas que constituyen para ellas fuentes de renta de trabajo, se advierte a poco que tales relaciones no son otra cosa que contratos de obra o empresa: el electricista que hace la reparación de un aparato; el albañil que refacciona una pared, el pintor que le da color a un edificio, el médico que atiende a un enfermo, el ingeniero que mide un terreno, el abogado que se encarga de estudiar la titulación de un inmueble y rendir concepto sobre ella, o de elaborar una minuta para un contrato, o de representar judicialmente a una persona en un proceso; el violinista que se obliga a dar un concierto; etc. Todos estos son casos concretos de contrato de obra o empresa" (De los Principales Contratos Civiles, 2a. ed., Temis Bogotá, 1987, pag 358).

2. La ejecución de una obra en la que predomina la inteligencia de las dotes artísticas de quien la ejecuta, aunque genera una obligación de resultado, está sujeta, por su naturaleza, a las disposiciones especiales que regulan el arrendamiento.

3. Por remisión del artículo 2063 del C.C., el artículo 2056 ibídem establece en su primer inciso:

"Habrá lugar a reclamación de perjuicios según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución...".

Encuadrado en este contexto, el incumplimiento de un contrato de obra o de empresa vigente, conlleva la RESILIACION, TERMINACION o CESACION del mismo. Por ser una cuestión de simple semántica, no cabe duda que los vocablos son unívocos y que, gramaticalmente, traducen el mismo sentido: extinción del contrato.

Mal podría dejarse en la incertidumbre la vigencia de un contrato de obra o de empresa incumplido por el contratante, cuando el artífice pide la resiliación, la terminación o cesación del negocio jurídico.

4. En el caso en cometo, la demanda estuvo bien formulada al deprecar la terminación o resiliación del contrato 210 de 1974 o, subsidiariamente, la cesación judicial del mismo, por cuanto la relación contractual estaba aún vigente.

En efecto, la legalización del contrato 210 tuvo lugar el 5 de agosto de 1974 (fl. 165 C.1). Seis meses después, es decir, el 5 de febrero de 1975, vencía el plazo para que el Gobierno hiciera entrega al Contratista del muro circular y demás obras preliminares (Cláusula Segunda). El Contratista gozaba de 60 días adicionales a la firma del Acta de Entrega de las obras preliminares, para la iniciación de la obra artística (Cláusula cuarta), o sea, que el trabajo pictórico debió iniciarse el 6 de abril de 1975. Y como al Contratista se le concedieron 40 meses para cumplir su compromiso, el término contractual vencía el 6 de agosto de 1978.

Esto explica bien que para la fecha de presentación de la demanda, 27 de abril de 1978, aún estaba vigente el contrato 210 de 1974 y que sea procedente decretar su terminación, como en efecto se ordenará en esta providencia.

K) LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.

Este proceso es un monumento a la desidia de la administración nacional en el manejo de sus obligaciones contractuales. El celo equivocado y la falta de acuciosidad de algunos funcionarios públicos, privó al país de una obra pictórica trazada por la mano maestra de un artista, en la que se plasmaría nuestra gesta emancipadora y se perpetuaría la memoria de nuestros próceres. Como produjo

consecuencias jurídicas, procede el reconocimiento de los perjuicios materiales reclamados, en su modalidad del daño emergente y lucro cesante.

La Sala accederá a reconocer, por concepto de perjuicios morales, una indemnización equivalente en pesos a 1.000 gramos oro, para resarcir en parte la dolencia de orden psicológico que afectó hondamente la personalidad del maestro, como se desprende nítidamente de algunos testimonios allegados al proceso (fls. 48 vto., 49 vto., 51 vto., 54 vto., todos integrantes del Anexo 2).

a) El daño emergente, o sea la pérdida por no haberse cumplido la obligación, está representado en el valor del contrato 210/74, $17.404.446.oo (Cláusula Quinta). A dicha suma se le deducirá el anticipo por $3'000.000.oo entregados al Contratista (Hecho 14 de la demanda), "dentro de los cuales quedaron comprendidos los anticipos y gastos de dos contratos que para la misma finalidad habian sido celebrados entre las mismas partes" (fl. 82 Anexo 2), quedando un saldo neto por pagar de $14'404.446.oo);

b) El lucro cesante, está representado por los intereses puros o técnicos del 6% anual, sobre cada uno de los instalamentos regulados en la Cláusula Séptima del contrato 210/74, desde que se hicieron exigibles hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, liquidados así:

1) Desde el 1o. de febrero de 1975:

$$\frac{2'178.363.oo \times 184}{100 \times 12} = \$\ 2'004.094.oo$$

2) Desde el 1o. de agosto de 1975:

$$\frac{2'178.363.oo \times 6 \times 178}{100 \times 12} = \$\ 1'938.743.oo$$

3) Desde el 1o. de febrero de 1976:

$$\frac{2'178.363.oo \times 6 \times 172}{100 \times 12} = \$\ 1'873.392.oo$$

4) Desde el 1o. de agosto de 1976:

$$\frac{2'178.363.oo \times 6 \times 166}{100 \times 12} = \$\ 1'808.041.oo$$

5) Desde el 1o. de febrero de 1977:

$$\frac{2'178.363.oo \times 6 \times 160}{100 \times 12} = \$\ 1'742.690.oo$$

6) Desde el 1o. de agosto de 1977:

$$\frac{2'178.363.oo \times 6 \times 154}{100 \times 12} = \$\ 1'677.340.oo$$

7) Desde el 1o. de agosto de 1978 (vto.cto.) = $ 947.330.oo

TOTAL LUCRO CESANTE: $11'991.630.oo

La Sala accederá a reconocer, por concepto de perjuicios morales, una indemnización equivalente en pesos a 1.000 gramos oro, para resarcir en parte la dolencia de orden psicológico que afectó hondamente la personalidad del maestro, como se desprende nítidamente de algunos testimonios allegados al proceso (fls. 48 vto., 49 vto., 51 voto., 54 vto., todos integrantes del Anexo 2).

En esta forma, reitera la Sala la pauta jurisprudencial vertida en fallo del 24 de septiembre de 1987, Exp. No. 4039, Ponente, Dr. Jorge Valencia Arango, en el cual se dijo:

"c) Ciertamente en la generalidad de los contratos el objeto de las obligaciones pactadas tiene un valor patrimonial y ello ha servido a doctrina y jurisprudencia para negar la procedencia de la indemnización de los perjuicios morales.

"Pero en casos excepcionales, tratándose de aquellos contratos en que el valor venal no existe o es írrito frente a otros factores consustancialmente unidos a la persona humana, como el afecto, el honor, la capacidad laboral personal o profesional, el cerrar la vía a los perjuicios morales implica suma desprotección y negación de indemnización de los verdaderos perjuicios sufridos con clara violación de los principios legales que se dejan reseñados.

11. En el *sub-lite* se trata de un contrato de interventoría, especie de la consultoría que, cuando no se trata de adjudicarlos, mediante el concurso de méritos, a una persona jurídica, caso en el cual privan las condiciones empresariales, sino a una persona natural, se ponderan en forma muy especial, las calidad personales del candidato, su capacidad de trabajo en forma similar a como sucede con el trabajador subordinado titular del contrato de trabajo- su

idoneidad profesional y su solvencia científica y moral, en forma que el contrato se celebra *intuitu personae*.

"No puede negarse que tal conducta censurable, causo dolor, desengaño, frustración y angustia en quien, por su comportamiento, tenía pleno derecho a esperar un tratamiento totalmente distinto.

Y ese dolor, por ir circunstancialmente unido a la dignidad personal, profesional y científica del contratista, adquiere mayor relievancia que los perjuicios materiales sufridos".

En el caso de autos, en innegable que la inejecución de la prestación pactada, produjo en el actor perjuicios de alcance moral incalculable, como que la irrealización de su obra maestra traumatizó su identidad profesional y artística.

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: Decrétase la terminación del Contrato No. 210 de fecha 2 de mayo de 1974, celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas, de una parte y el maestro JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO y la sociedad "RODRIGUEZ ACEVEDO LIMITADA", de otra parte, por incumplimiento de la entidad pública demandada.

SEGUNDO: Condénase a la Nación (Ministerio de Obras Públicas), a pagar a la parte demandante, la suma de VEINTISES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETENTA Y SEIS PESOS ($26'396.076.oo), moneda legal colombiana, discriminada así:

Por concepto de daño emergente, $14'404.446.oo

Por concepto de lucro cesante, $11'991.630.oo

TERCERO: Condénase a la Nación (Ministerio de Obras Públicas), a pagar a la parte demandante, por concepto de perjuicios morales, el equivalente en pesos a 1.000 gramos oro, al precio que certifique el Banco de República, a la fecha de ejecutoria de este proveído.

CUARTO: La cantidad líquida reconocida en esta providencia causará intereses comerciales y corrientes dentro de los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término (art. 177 C.C.A.)

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Gustavo de Greiff Restrepo, Julio César Uribe Acosta.,*

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

ACCION DE REPARACION DIRECTA/ CADUCIDAD - Término

Es cierto que el artículo 136 del C.C.A. establece que las pretensiones en procesos de reparación directa deben incoarse en el plazo de dos años "contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa...", pero es natural que de tal hecho, omisión u operación debe tener conocimiento el perjudicado, pues de lo contrario ¿cómo puede sancionarse su inactividad, con la caducidad?

En el *sub lite,* dado el estado de la cuestión no siendo clara la determinación del momento cuando pudo comenzar a correr el término o plazo de caducidad no debe aplicarse la facultad de rechazar *in limine* la demandado, puesto que bien es sabido que dicho rechazo es procedente tan solo cuando no hay duda acerca de la causa que lo justifique, por lo cual, debe admitirse aquella, dejando para el momento de sentenciar la oportunidad de examinar si ocurrió o no el fenómeno de la caducidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Tercera.- Bogotá, D.E., veintinueve (29) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Gustavo de Greiff Restrepo.*

Referencia: Expediente No. 5936. Actor: JULIAN URRUTIA Y OTROS.

Con fecha 9 de junio de 1989, los ciudadanos Amelia Ordóñez viuda de Urrutia, Ordóñez y Roderique Baldomero Urrutia Ordóñez, por intermedio de apoderado judicial, demandaron a la Nación-Policía Nacional para que se la declare responsable por la muerte del señor Guillermo Alberto (o Guillermo Ysaac) Urrutia Ordóñez y al pago de los consecuenciales perjuicios sufridos por tal hecho.

La muerte del señor Urrutia Ordóñez ocurrió en la noche del 27 de abril de 1986 o en las primeras horas del día siguiente.

El Tribunal ante el cual se presentó la demanda, que lo fue el Administrativo del Huila, competente por razón del factor territorial, por auto del 22 de julio de 1989, resolvió no admitir la demanda por caducidad de la acción.

Los actores han interpuesto recurso de apelación contra dicha providencia, para lo cual ponen de presente que por la manera como ocurrieron los hechos (muerte del Sr. Urrutia por elementos desconocidos, actuación de agentes de la Policía Nacional que pretendieron hacerla aparecer como causada por personas desconocidas, investigación penal que culminó con auto de enjuiciamiento a los posibles responsables del hecho el 9 de agosto de 1987, cuando por razones de reserva del sumario sólo hasta ese momento pudieron conocerla los parientes y la víctima y ahora demandantes y de la cual resultó que los presuntos actores fueron agentes de la aquella institución) sólo tuvieron conocimiento de la probable responsabilidad de la Nación con ocasión de los primeros resultados de la citada investigación, por lo cual sólo a partir de ese momento les era imposible incoar el proceso de reparación directa, pues antes, se preguntan, como iniciar un proceso contencioso administrativo originado en un homicidio sin autores conocidos, más aún cuando la misma autoridad los encubría?

La Colaboradora fiscal de la Corporación considera que debe confirmarse el auto recurrido porque:

a) El que los actores hubieran tenido dudas desde un comienzo, sobre la identificación de los actores del crimen, no implica que solamente hasta después del auto de llamamiento a juicio hubiera sido posible acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

b) La circunstancia de haberse producido el llamamiento a juico el 3 de agosto de 1987 permite presumir que los agentes de policía "estuvieron vinculados a la investigación desde tiempo atrás."

c) La presencia de los agentes de la policía en lo ocurrido aparece desde el día mismo de la muerte del señor Urrutia, siendo este un hecho destacado en los pocos que se narran en la demanda (en donde se dice que aquel salió del colegio donde se celebraba una fiestas acompañado de agentes de la policía, quienes fueron los últimos que lo vieron vivo).

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA

Es cierto que el art. 136 del C.C.A. establece que las pretensiones en procesos de reparación directa debe incoarse en el plazo de dos años "contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa...", pero es natural que

de tal hecho, omisión u operación debe tener conocimiento el perjudicado, pues de lo contrario cómo puede sancionarse su inactividad, con la caducidad?

Normalmente, lo que ordinariamente sucede *("quode plerumque fit")* es que producido un hecho de la administración que causa perjuicio a alguien, este lo conoce en el momento mismo en que materialmente ocurre, pero puede haber casos en que ello no sucede así y el de autos es precisamente uno de ellos. En principio y salvo que en el curso del proceso aparezca lo contrario, cómo puede afirmarse que el acto de la muerte del Sr. Urrutia *a manos o por obra* de agentes de la policía nacional pudo ser conocido por quienes con aquél resultaron perjudicados, si aparentemente los mismos actores realizaron maniobras destinados a ocultar el hecho de su intervención y a hacerlo aparecer como obra de desconocidos?, y cómo hacer los datos de una investigación penal antes del llamamiento a juicio de los implicados, dada la reserva del sumario? El sólo hecho de haberse visto a la víctima por última vez acompañado de agentes de la policía nacional, por si solo, no podía implicar responsabilidad de estos en su desaparición, como para aceptar que desde ese momento se debía haber actuado contra la Nación.

Además, debe tenerse en cuenta que en casos como este - y vuelve a repetirse que a menos de resultar algo distinto de las probanzas que se alleguen, la responsabilidad de la administración - respecto de terceros que resultan perjudicados - no solo radica en la muerte de la persona que económicamente veía por ellos o cuya desaparición les causa un perjuicio moral, sino que también guarda relación con las maniobras engañosas encaminadas a ocultar o la ocurrencia del hecho o su autoría, de tal manera que el uso del singular en el aparte citado del art. 136 del C.C.A. no puede significar que se excluya de tal responsabilidad no esté constituída por una serie de hechos u omisiones, fuera de que la referencia que una "operación administrativa" generalmente implica una sucesión de hechos, actuaciones u omisiones.

Por lo anterior en el *sub-lite,* dado el estado de la cuestión, no siendo clara la determinación del momento cuando pudo comenzar a correr el término o plazo de caducidad, no debe aplicarse la facultad de rechazar *in limine* la demanda puesto que bien es sabido que dicho rechazo es producente tan solo cuando no hay duda acerca de la causa que lo justifique, por lo cual, debe admitirse aquella, dejando para el momento de sentenciar la oportunidad de examinar si ocurrió o no el fenómeno de la caducidad.

Por lo expuesto,

SE RESUELVE:

Revócase la providencia impugnada proferida el 22 de julio de 1989 por la Tribunal Administrativa del Huila, dentro del proceso referenciado y en su lugar se admite la demanda presentada por los ciudadanos Julián Urrutia y Amelia Ordoñez contra la Nación-Policía Nacional.

En consecuencia,

SE DISPONE

1o. Notifíquese personalmente este auto al señor Ministro de Defensa y al señor Director General de la Policía Nacional.

2o. Notifíquese personalmente esta providencia al Agente del Ministerio Público.

3o. Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos del numeral 5º del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo (art. 46 Decreto Ley 2304 de 1989).

4o. Por el *a-quo* se dará cumplimiento a los anteriores proveídos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de fecha veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa (1990).

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente de la Sala; *Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Gustavo De Greiff Restrepo, Carlos Ramírez Arcila,* Conjuez.

Félix Arturo Mora Villate, Secretario.

SECCION CUARTA

DEMANDA - Requisitos/ **PARTE** - Designación/ **AUTO ADMISORIO/ NOTIFICACION**

El artículo 137 ordinal 1o. del Decreto 01 de 1984 exige como requisito de la demanda, que se designen las partes y sus representantes y el artículo 207 de la misma norma ordena la notificación personal del auto admisorio de la demanda a los representantes de las entidades públicas, previstos en los artículos 149 y 150 *ibídem*.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., abril cinco (5) de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Radicación No. 2882. Actor: Carlos Alfredo Ramírez G.

El Doctor Carlos Alfredo Ramírez Guerrero en demanda presentada ante esta Corporación y en ejercicio de la acción de nulidad, solicita se declare la nulidad del artículo 4º del Decreto Reglamentario No. 1889 de 1988, proferido por el Señor Presidente de la República y solicita se decrete su suspensión provisional.

Del estudio cuidadoso del libelo demandatorio se observa, que el actor dá cumplimiento a lo exigido por el Decreto 01 de 1984, con excepción de lo ordenado en los numerales 1o. y 4o. del artículo 137, relacionado con la designación de las partes, y con los fundamentos de derecho de las pretensiones.

AL RESPECTO OBSERVA LA SALA

Con la expedición del Decreto 01 de 1984, se puso a término a la controversia que se había planteado sobre si en el proceso contencioso administrativo existían o no partes procesales o si por el contrario debía entenderse que lo demandado era un acto de la Administración, controvertida que tenía mayor trascendencia cuando

de acciones de nulidad se trataba y cuando inclusive se cuestionaba si era necesario o no notificar las demandas a la Administración Pública o si era suficiente una simple comunicación.

En efecto, en su artículo 150 dicho decreto expresamente establece: "Las entidades públicas y las privadas que cumplen funciones públicas *son partes en todos los procesos contencioso administrativos que adelanten contra ellas o contra los actos que expidan*. Por consiguiente, el auto admisorio de la demanda se notificará personalmente a sus representantes legales..." (Se subraya).

Y el artículo 49 del mismo Decreto 01 de 1984 dispone que las entidades públicas y privadas que cumplen funciones públicas podrán obrar como demandantes, demandadas o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes debidamente acreditados. Y precisa quienes son los representantes de la Nación.

Dentro del anterior planteamiento, el artículo 137 ordinal 1º del mismo Decreto 01 de 1984 exige como requisito de la demanda, que se designen la partes y sus representantes y el artículo 207 de la misma norma ordena la notificación personal del auto admisorio de la demanda a los representantes de las entidades públicas, previstos en los citados artículos 149 y 150.

Por otra parte aunque el actor, compara los requisitos exigidos en el decreto reglamentario demandado, enfrente a los previstos en el artículo 224 del estatuto tributario, para el reconocimiento de la exención sobre renta, proveniente de nuevas empresas en la zona del Nevado del Ruiz, no precisa los fundamentos de sus pretensiones, ni las normas violadas, tal como lo exige el artículo 137 ordinal 4º del Decreto 01 de 1984.

POR LO EXPUESTO SE RESUELVE:

1o. No se dá curso a la demanda presentada por el Doctor Carlos Alfredo Ramírez Guerrero contra el artículo 4º del Decreto Reglamentario No. 1889 de 1989 proferido por el Presidente de la República.

2o. El actor podrá corregir su demanda dentro del término de 5 días de conformidad con lo dispuesto por el artículo 143 del Decreto 01 de 1984.

Notifíquese,

Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

La expresión "gravámenes adicionales" utilizado por el legislador en el artículo 76 de la Ley 14 de 1983, en el caso en estudio se relaciona con la prohibición legal de imponer otro tributo distinto al regulado en dicha norma a favor de los departamentos, intendencias y comisarías equivalente al 100% sobre el precio de distribución. Dicha autorización no se hizo para los municipios y el Distrito Especial de Bogotá y es bien sabido que la soberanía tributaria de los entes territoriales distintos de la nación, es relativa en cuanto se requiere de la autorización del legislador en cada caso.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Código 206, 4o. del artículo 22 del Acuerdo 21 de 1983 en cuanto al gravamen al consumo de cigarrillos nada más, e igualmente en relación con el Código 205 del artículo 37 del Acuerdo 18 de 1987, expedido por el Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., abril seis (6) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente 2713. Actor: Pablo J. Cáceres Corrales C/ D.E. de Bogotá. AUTO.

1. La apoderada especial del Distrito Especial de Bogotá, asesor V. de la Personería de Bogotá, doctora María Clemencia Rodríguez A. interpuso recurso de apelación "contra el numeral 5o. del auto de marzo 9 de 1989, expedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda- por medio del cual se decretó la suspensión provisional de los artículos 22 del Acuerdo 21 de 1983, Código 206, 4o. del Acuerdo 15 de 1987, Código 204, 37 del Acuerdo 18 de 1987,

Código 205, expedidos por el Distrito Especial de Bogotá, en cuanto gravan la venta de cigarrillos nacionales y extranjeros.- Las normas suspendidas expresan:

"Acuerdo 21 de 1983. Artículo 22.- Tarifas comerciales.- A las actividades comerciales se les aplicará la siguiente tarifa mensual sobre la base gravable: Código 206.- "Venta de cigarrillos y licores 9%". "Acuerdo No. 15 de 1987.- Artículo 4º, Código 204; 10%". "Artículo 4º: Tarifas Comerciales.- A las actividades comerciales se les aplicará la siguiente tarifa mensual sobre la base gravable:

"Código 204. Venta de cigarrillos y licores...10% Xmil.

"Acuerdo No. 18 de 1987. "Por el cual se expide el presupuesto ordinario de rentas e ingresos y de inversiones y gastos de la Administración Central del Distrito Especial de Bogotá, para la vigencia fiscal del 1o. de enero de 1988, y se dictan otras disposiciones".

"Artículo 37. En concordancia con lo previsto en el Acuerdo No. 15 de 1927, a las actividades detalladas a continuación se les aplicará la siguiente tarifa mensual, sobre la base gravable:

"Código 205: Venta de cigarrillos y licores. 10%"

El actor acusa la violación de las siguientes normas de jerarquía superior:

"Artículo 197 de la Constitución Política.- Son atribuciones de los Concejos que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

"2a. Votar, en conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, las contribuciones y gastos locales:"

"Ley 14 de 1983.- Artículo 76.- Los departamentos, intendencias, comisarías y Distrito Especial de Bogotá, no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de cigarrillos, nacionales y extranjeros, bodegajes obligatorios, gastos de administración o cualquier otra gravamen, distinto al único de consumo que determine esta ley".

"Los departamentos, intendencias, podrán establecer contractualmente el servicio de bodegaje oficial, sin perjuicio de que los particulares puedan utilizar, sin que ello les implique erogaciones o cargas adicionales, su propio sistema de bodegaje conforme a las normas vigentes".

2o. "Artículo 138, Decreto 1222 de 1986. Los departamentos, intendencias, comisarías y el Distrito Especial de Bogotá no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de cigarrillo nacionales y extranjeros, bodegajes obligatorios, gastos de administración o cualquier otro gravamen distinto al único de consumo que determina este código".

"Los departamentos, intendencias, comisarías y el Distrito Especial de Bogotá podrán establecer contractualmente el servicio de bodegaje oficial sin perjuicio de que los particulares puedan utilizar, sin que ella implique erogación o cargas adicionales, su propio sistema de bodegaje, conforme a las normas vigentes".

Consideró el *a-quo,* que evidentemente las normas acusadas que establecen una tarifa del impuesto de industria y comercio sobre la venta de cigarrillos contradicen en forma manifiesta la prohibición claramente establecida en las normas superiores procedentes de "establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de cigarrillos nacionales y extranjeros", "por lo tanto hay lugar a decretar la medida cautelar de suspensión provisional".

3o. Al sustentar el recurso de apelación la apoderada del Distrito Especial de Bogotá, dice que la Ley 14 de 1983, dictada para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales, regula en el capítulo II lo relativo al impuesto de industria y comercio, señalando la materia imponible, la base gravable, el sujeto pasivo y las actividades gravadas y modificando la normatividad existente en relación con las prohibiciones impuestas por el legislador a los municipios para gravar con impuesto de industria y comercio y avisos; reiteró en el artículo 39, numeral 2o., las prohibiciones consagradas en la Ley de 1904 y además, la de imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola, excluyendo de la prohibición la producción de artículos alimenticios en donde haya un proceso de transformación por elemental que sea; los artículos de producción nacional destinados a la exportación, la explotación de canteras y minas diferentes de las de sal, esmeraldas y metales preciosos, cuando las regalías o participaciones para el municipio sea igual o superior de lo que correspondería pagar por impuesto de industria y comercio, o gravar con este impuesto, los establecimientos educativos, públicos, entidades de beneficencia, culturales y deportivas, los sindicatos, asociaciones de profesionales y gremiales sin ánimo de lucro, los partidos políticos y los hospitales adscritos al sistema nacional de salud, la primera etapa de transformación en predios rurales en actividades agropecuarias, excepto de la actividad industrial donde se realice alguna transformación por elemental que sea y las actividades del Instituto de Mercadeo Agropecuario IDEMA.- Así, pues, que el legislador previó todas las actividades que debían quedar exentas del impuesto de industria y comercio y avisos en los municipios, incluido el Distrito Especial de Bogotá, y finalmente que el impuesto nacional de consumo impuesto al cigarrillo es distinto al de industria y comercio y tableros, que no puede considerarse incluido de la prohibición del artículo 76 de la Ley 14/83 porque no se trata de un impuesto "adicional" al de consumo de cigarrillos, sino de un tributo principal y directo, y alude a la sentencia de 4 de marzo de 1988 de la Sección Cuarta expediente 1.505 actor Bavaria S.A. en la que se hace un estudio sobre el desarrollo normativo de las prohibiciones y exenciones a los impuestos.

SE CONSIDERA

No comparte la Sala la interpretación que se da por el apelante a la expresión "gravámenes adicionales" utilizado por el legislador en el artículo 76 de la Ley 14 de 1983, en el sentido de que se refiere a *gravámenes complementarios* del impuesto nacional de consumo de cigarrillos, sino el sentido material y obvio de esta expresión en la lengua castellana, como "acción y efecto de añadir o agregar algo", "añadir o aumentar alguna cosa", que en el caso en estudio, se relaciona con la prohibición legal de imponer otro tributo distinto al regulado en el artículo 76, a favor de los Departamentos, Intendencias y Comisarías equivalente al 100% sobre el precio de distribución.- Obsérvese que la ley solo autoriza ese gravamen a favor de los entes territoriales específicamente señalados en el artículo 76 de la Ley 14 de 1984, autorización que no hizo para los municipios y el Distrito Especial de Bogotá y es bien sabido que la soberanía tributaria de los entes territoriales distintos a la Nación, es relativa en cuanto se requiere de la autorización del legislador en cada caso.

Se observa que la demanda solo ataca el gravamen de industria y comercio a los cigarrillos, por lo que no se invalidará lo relacionado con licores, como lo hizo el Tribunal al anular el Código completo.

Lo expuesto es suficiente para confirmar el auto recurrido en cuanto suspendió provisionalmente el artículo 22 del Acuerdo 21 de 1983, Código 206, para precisar, que se suspende el Código 206 del artículo 22, solo en relación con el gravamen a los cigarrillos, quedando vigente en cuanto grava licores; la misma determinación se toma en cuanto al artículo 4º del Acuerdo 15 de 1987, Código 204, que solo se suspende en cuanto gravó los cigarrillos, y similar decisión se toma en relación con el artículo 37 del Acuerdo 18 de 1987, Código 205, pero solo en cuanto grava la venta de cigarrillos.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

Confirmar el auto apelado en cuanto suspendió el gravamen al consumo de cigarrillos nada mas, e igualmente en relación con el código 205, artículo 37 del Acuerdo 18 de 1987.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen.Cúmplase.

Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Coon, Consuelo Sarria Olcos, Alberto Múnera Cabas, Conjuez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

No puede aceptarse que se trata ni del impuesto de industria y comercio, ni del impuesto de casinos, ni de juegos permitidos, en los términos regulados por la ley. El acto demandado establece un impuesto diferente: para unos juegos determinados, el cual se cobra sobre cada máquina a través del cual se realice el juego.

Tratándose de un impuesto diferente, el poder impositivo corresponde únicamente al Congreso de la República.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo 042 de 1988 del Concejo Municipal de Cúcuta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá,D.E., abril seis (6) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 2708. Apelación auto de julio 31 de 1989, del Tribunal del Norte de Santander, en juicio de nulidad y suspensión provisional contra el Acuerdo 42 de 1988, expedido por el Concejo Municipal de Cúcuta. Actor: Elías Jaimes Castillo. AUTO.

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del Municipio de Cúcuta contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, el 31 de julio de 1989, del Concejo Municipal de Cúcuta.

ANTECEDENTES

El actor, en ejercicio de la acción de nulidad, demandó el Acuerdo No. 42 del Consejo Municipal de Cúcuta, mediante la cual "se fijan impuestos a los juegos electrónicos". Solicitó también su suspensión provisional, por considerar que el citado acuerdo violó de manera manifiesta el artículo 197, numeral 2o. de la Constitución Nacional, en cuanto no existe norma legal alguna que autorice al Concejo Municipal de Cúcuta para crear dicho impuesto.

Y violó también, los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 "...en donde se señala quienes son los sujetos pasivos del impuesto de Industria y Comercio, así como la base gravable para hacer efectivo éste".

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander decretó la suspensión provisional solicitada, por considerar que de la simple confrontación de las normas superiores "...se percibe prima facie que el Acuerdo No. 042 del 19 de septiembre de 1988 viola flagrantemente las normas superiores que cita el actor como infringidas, esto es, los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 197 atribuciones 2a. y 7a. de la Constitución Nacional".

EL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado del Municipio de Cúcuta interpuso el recurso de apelación a la suspensión provisional decretada y para fundamentarlo cita las normas que sirvieron de base al acuerdo demandado, que lo fueron los artículos 171 y 172 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Afirma luego que los impuestos municipales tienen su fundamento constitucional en el artículo 197 numeral 2º de la Constitución Nacional y considera que el Decreto 1333 de 1986 permite conservar los impuestos ya existentes y crear otros, entre ellos el de casinos al cual debe equipararse el de juegos electrónicos, y no, como lo hizo el actor al de industria y comercio.

Se refiere a lo dispuesto en el artículo 107, del Decreto 401 de 1985, según el cual, "los juegos permitidos requieren para su funcionamiento del permiso expedido por el Alcalde Municipal de 1988, el cual se concederá previo el pago de los impuestos correspondientes" y lo relaciona con el artículo 225 del Decreto 1333 de 1986 que dice que "El impuesto sobre juegos permitidos no incluye el de industria y comercio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Acuerdo demandado "fija el impuesto de los juegos electrónicos en el Municipio así:

a) Habilidad, tales como Ataris, Videos y similares, un impuesto no menor de DIEZ MIL PESOS ($10.000.oo) M/l., ni mayor de TREINTA MIL PESOS ($30.000.oo) M/l., mensuales por cada máquina o unidad.

b) Destreza, tales como Baby Fruit, Bingo, Misterio y similares, un impuesto no menor de CINCUENTA MIL PESOS ($50.000.oo) M/l., ni mayor de CIENTO VEINTE MIL PESOS ($120.000.oo) M/l., mensuales, por cada máquina".

Y autoriza al Alcalde de San José de Cúcuta, para incrementar anualmente los anteriores impuestos en un 15 a 30%.

Hay constancia al folio 2 vuelto, de que el citado acuerdo se encuentra vigente.

El Tribunal a quo decretó la suspensión provisional porque consideró que dicho acto "...viola flagrantemente las normas superiores que cita el actor como infringidas, esto es, los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983 y el artículo 197 atribuciones 2a. y 7a. de la Constitución Nacional".

Observa la Sala que según el texto mismo del acto demandado, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta al fijar el impuesto a los juegos electrónicos, en los términos allí incluidos, no se refiere al impuesto de industria y comercio, ni al de casinos, sino que simplemente fija un impuesto nuevo para los juegos electrónicos.

De acuerdo con lo anterior, no comparte la Sala lo sostenido por el a quo, en cuanto su planteamiento es contradictorio ya que considera que se viola manifiestamente la Ley 14 de 1983, porque entiende que con el acto demandado se está regulando el impuesto de industria y comercio y a la vez considera que se ha desconocido también el ordinal 2º del artículo 197 de la Constitución Nacional, en cuanto el Concejo Municipal no puede crear impuestos sino de acuerdo con la ley.

Sin embargo, a juicio de la Sala, la suspensión provisional decretada debe mantenerse, por cuanto el Concejo Municipal al expedir el acto cuestionado, lo hizo sin existir la norma de carácter legal que regule el impuesto tal como éste lo reglamentó.

No es válida la afirmación hecha por el recurrente en el sentido de que el impuesto regulado en el Acuerdo 042 de 1988 del Concejo Municipal de San José de Cúcuta sea el de los juegos permitidos.

El impuesto a los juegos permitidos tuvo su origen en la Ley 12 de 1932 como uno de los mecanismos para obtener recursos para el servicio de los bonos del

empréstito patriótico que en dicha ley se crearon y se estableció en un 10% sobre ***"el valor de cada boleta o tiquete de apuesta en toda clase de juegos permitidos".***

Posteriormente, la Ley 69 de 1946 en su artículo 12 restableció dicho impuesto y ya, en el Decreto 1333 de 1986, en el artículo 227 se declaró vigente y en el artículo 228 se estableció que sería de propiedad de los Municipios y del Distrito Especial de Bogotá.

Es un impuesto vigente, cedido a los Municipios y que se cobra sobre el valor de las boletas o tiquetes de apuesta en toda clase de juegos permitidos.

El acto demandado establece un impuesto diferente; para unos juegos determinados, el cual se cobra no sobre el valor de boletas o tiquetes, ni sobre los premios, sino por cada máquina, a través de la cual se realice el juego.

No puede entonces aceptarse que se trata ni del impuesto de industria y comercio, ni del impuesto de casinos, ni del impuesto de juegos permitidos, en los términos regulados por la ley.

Y tratándose de un impuesto diferente, el Consejo de Estado ha precisado en varias oportunidades que el poder impositivo corresponde únicamente al Congreso de la República, de tal manera que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no pueden crear tributos que no hayan sido autorizados por la ley. O sea que su facultad impositiva es derivada ya que requiere la autorización expresa en la cual se precisen las condiciones y límites de los respectivos impuestos.

Mediante el Acuerdo demandado, se creó un impuesto, sin que exista ley que lo establezca, autorice su imposición o señale sus condiciones y límites, lo cual hace evidente la violación manifiesta de normas superiores y es suficiente para que proceda la suspensión provisional de sus efectos jurídicos.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso.

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado.

Se reconocerá personería al doctor Carlos Humberto Claro Yaruro quien actúa como apoderado del Alcalde del Municipio de Cúcuta, según poder que obra el folio 14.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; (Ausente); *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

La sala encuentra contrariado el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, en armonía con el artículo 197-2 de la Constitución por el acuerdo demandado, en el sentido de condicionar el aumento del impuesto de industria y comercio a la variación de los índices de precios según certificación del DANE, sin que exista autorización del legislador.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE la expresión "y el incremento será igual al que registre el índice de precios que certifique el DANE", del artículo 16 del Acuerdo No. 6 de 1984 del concejo municipal de Neiva; igualmente se suspende la frase: "Anualmente esta tarifa se reajustará en un porcentaje igual en el índice de precios que anualmente certifique el DANE", contenida en los parágrafos 1,2,3,4,5 y 6 del art. 21 y el artículo 26 del mismo acuerdo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., abril seis (6) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente 2816. Actor: José Jaime Chaves Muñoz. AUTO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto de primero de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) (fls. 38/40) que admitió la demanda contra algunos apartes de los artículos 16, 21, 26, 36, 38 y 39 del Acuerdo No. 006 del Concejo de Neiva orgánico del Impuesto de Industria y Comercio, en cuanto dichas normas disponen el incremento o reajuste de gravámenes impositivos por industria y comercio conforme al índice que registre el aumento de precios que anualmente certifique el DANE,

pero se negó a decretar la suspensión provisional.- El recurso de apelación es solo en cuanto a este punto. Dijo el *a-quo:*

"No encuentra el Tribunal que se cumpla la exigencia de que las normas acusadas violen a simple vista, *prima facie,* el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, ya que si bien es cierto que los artículos 16, 21, 36, 38 y 39 del Acuerdo Municipal censurado incrementan la base del Impuesto de Industria y Comercio conforme al índice de precios que anualmente certifique el Dane, no es posible predicar y mucho menos demostrar sin que se allegue al proceso la prueba requerida de que ese índice de precios sea superior al incremento que se deduce con la aplicación de los porcentajes señalados por el artículo 33 de la precitada ley "1 al 7 por mil y 2 al 10 por mil. *En otras palabras se requiere demostrar que el índice de precios que anualmente certifique el Dane sea superior a los porcentajes que indica la ley y como ello es materia de debate probatorio no se puede por consiguiente con la simple comparación de las normas establecer este evento,* por lo que habrá de negarse la suspensión por éste aspecto".

Al interponer y sustentar el recurso de apelación el recurrente dice que tanto en el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 como en el 31 del Decreto 2304 de 1989, se requiere la confrontación de las normas para detectar el quebranto de la de mayor jerarquía, o el examen de documentos públicos.

LA SALA CONSIDERA

Nada mejor para el juez al decidir un caso como el ***sub-lite,*** que el examen de las disposiciones que deben aplicarse, porque en ellas el legislador ha previsto las distintas situaciones de conflicto.- En efecto, cuando se dictó el auto recurrido-Primero (1o.) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989), ya estaba vigente el Decreto 2304 de 7 de octubre anterior, en cuyo artículo 31 se lee- "Procedencia de la suspensión". El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. "Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentando antes de que sea admitida".

2. "Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, ***por confrontación directa*** o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud".

3. "Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor".

En el caso ***sub-lite,*** se tiene que la acción mediante la cual el actor puso en movimiento la jurisdicción, es la simple nulidad, así llamada en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984 y en el 14 del Decreto 2304 de 1989, la cual persigue que se

mantenga incólume el orden jurídico, lo que por lo mismo, excluye la satisfacción de cualquier interés particular; queda entonces decidido un primer aspecto relativo a la naturaleza de la acción; también un segundo aspecto como es el de que la suspensión se hubiese solicitado de modo expreso, quedando así cumplido de parte del demandante los dos primeros supuestos; y el último, que es el de mayor importancia, cual es el de la contradicción entre dos normas de distinta jerarquía, requiere para su dilucidación, por ser la acción de simple nulidad, "que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, ***por confrontación directa*** o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud". (Lo subrayado es de la Sala).

La Sala procederá de conformidad con la ley a transcribir íntegramente las normas en conflicto, al efecto de establecer de sus propios términos si hay contradicción entre ellas subrayando o destacando las partes de los artículos demandados que infrinjan normas de superior jerarquía.

Las normas cuya violación se acusa son los artículos 43 y 197-2 de la Constitución Nacional y 33 de la Ley 14 de 1983; ellas tienen el siguiente tenor literal, en su orden:

ARTICULO 43 C.N.- "En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones".

ARTICULO 197 No. 2.- "Son atribuciones de los Concejos, que ejercerán conforme a la ley, las siguientes:

2a. Votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales".

LEY 14/83 ART. 33.- "El impuesto de Industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior con exclusión de devoluciones, ingresos provenientes de venta de activos fijos y de explotaciones- recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y precepción de subsidios".

"Sobre la base gravable definida en este artículo se aplicará la tarifa que determinen los Concejos Municipales dentro de los siguientes límites:

1. Del dos al siete por mil (2-7 x 1.000) mensual para actividades industriales, y;

2. Del dos al diez por mil (2-10 x 1.000) mensual para actividades comerciales y de servicios;

Los municipios que tengan adoptados como base del impuesto los ingresos brutos o ventas brutas podrán mantener las tarifas que en la fecha de la promulgación de esta ley hayan establecido por encima de los límites consagrados en el presente artículo".

Los artículos del Acuerdo del Concejo Municipal de Neiva No. 6 de 1984, septiembre 12 - expresan lo siguiente:

ARTICULO 16.- *"AFORO MINIMO DEL IMPUESTO:*

"Ningún establecimiento o actividad objeto de gravamen del impuesto de Industria y Comercio pagará menos de DOSCIENTOS PESOS ($200.oo) mensuales, ***y el incremento será igual al que registre el índice de aumento de precios al que registre el índice de aumento de precios que anualmente certifique el DANE"***. (Lo subrayado es de la parte que se pide anular).

ARTICULO 21.- *"PROCEDIMIENTO PARA LA LIQUIDACION DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO".*

"El monto del impuesto a pagar se liquida multiplicando la base gravable determinada en el artículo 11 por la tarifa mensual definida en los artículos 17.- 18.- y 19.- que corresponde a la actividad desarrollada y multiplicando por el número de meses en que se ejerció la actividad durante el año".

PARAGRAFO 1o.- "Los bares, estaderos, moteles, cantinas, griles y en general los establecimientos de diversión autorizados para funcionar como nocturnos tendrán una tarifa mínima de TRES MIL PESOS ($3.000.oo) mensuales, sin perjuicio del cobro de los gravámenes adicionales a que tuviere lugar. *Anualmente esta tarifa se reajustará en un porcentaje igual en el índice de precios que anualmente certifique el DANE*" (Lo subrayado es la parte atacada).

PARAGRAFO 2o.- "Las casas o almacenes de ***COMPRA-VENTA*** denominadas también ***PRENDARIAS*** tendrán una tarifa mínima mensual de DIEZ MIL PESOS ($10.000.oo) M/cte., sin perjuicio de los otros gravámenes. ***Anualmente esta tarifa se reajustará en un porcentaje igual al incremento en el índice de precios que anualmente certifique el DANE"***

PARAGRAFO 3o.- "Fíjase un tarifa mínima mensual de CINCO MIL PESOS ($5.000.oo) Mcte., para las funerarias y salas de velación, sin perjuicio de otros gravámenes. ***Anualmente esta tarifa se reajustará en un porcentaje igual al incremento en el índice de precios que anualmente certifique el DANE"***

PARAGRAFO 4o.- "Los coreográficos, casa de lenocinio y similares permitidos, serán gravados por Industria y Comercio mediante una tarifa mínima de CINCO MIL PESOS ($5.000.00) mensuales, sin perjuicio del cobro de los gravámenes adicionales a que hubiere lugar; *Anualmente esta tarifa se reajustará en un*

porcentaje igual al incremento en el índice de precios que anualmente certifique el DANE".

PARAGRAFO 5o.- "Los parqueaderos o garajes de un piso, por impuesto pagaran de industria y comercio una tarifa mínima, sin perjuicio del cobro de los gravámenes adicionales a que hubiere lugar así:

I. Los que tengan un área de hasta quinientos (500) mts cuadrados, NOVECIENTOS PESOS ($900.oo) mensuales;

II. Los que tengan más de quinientos metros (500) cuadrados de un área la suma de UN MIL SETECIENTOS PESOS ($1.700.oo) mensuales". ***"Anualmente esta tarifa se reajustará en un porcentaje igual al incremento en el índice de precios que anualmente certifique el DANE"***

ARTICULO 26.- "Las saunas, baños turcos, peluquería, salones de belleza, academias de baile y de gimnacia (sic) y establecimientos de alquiler y reparación de bicicletas, triciclos y similares, ebanistería, carpintería, serán gravados mediante tarifa mínima de DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS ($250.OO) mensuales, sin perjuicio del cobro de los gravámenes adicionales a que hubiere lugar. ***Anualmente esta tarifa se reajustará en un porcentaje igual al incremento en el índice de precios que anualmente certifique el DANE"***

ARTICULO 36.- ***"MULTAS.***

"La Secretaría de Hacienda Municipal, estará facultada para imponer multas hasta de VEINTE MIL PESOS ($20.000.oo) en los siguientes casos:

PARAGRAFO.- ***"El valor fijado como tope para la determinación del monto de las multas de que trata el presente artículo se reajustará conforme al índice de precios que anualmente certifique el DANE"***

ARTICULO 38.- ***"VALOR FACTURACION.***

"El servicio de facturación por tabulados de los Impuestos Municipales tendrán un valor de DIEZ PESOS ($10.00) por período facturado, reajustado este valor de acuerdo al movimiento del índice de precios que registre el Departamento Nacional de Estadística y al costo del mismo sistema".

ARTICULO 39.- "Se cobrará una tasa de DIEZ PESOS ($10.00) por concepto de cada reliquidación a los contribuyentes morosos independiente de los interesados ***y recargos reajustado de acuerdo al movimiento del índice de precios que registre el Departamento Nacional de Estadística y a los costos que acarrea dicha Sistematización".***

La sencilla comparación, de las normas en conflicto demuestra que el Concejo Municipal de Neiva, se apartó del criterio del legislador señalados en el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, que autoriza a estas Corporaciones para fijar las tarifas de

impuestos de industria y comercio del dos al siete por mil mensual para actividades industriales y del dos al diez por mil mensual para actividades comerciales y de servicios, para acoger, sin autorización legal, un sistema con pagos mínimos aun cuando no haya ingresos brutos, y adicionalmente un sistema de ajuste automático conforme a la variación de precios al consumidor que certifique el DANE, el que si bien puede consultar la realidad de la inflación que padece la Nación, también es cierto que los Departamentos y Municipios tienen una relativa competencia constitucional para determinar los impuestos necesarios para su subsistencia, como quiera que necesitan, en cada caso, la autorización de la ley, por lo que conforme a la Constitución, su facultad para imponer tributos, está condicionada a la autorización del legislador, y a los términos de esta, razón por la cual el Consejo de Estado ha reconocido que la competencia de estas entidades territoriales para imponer tributos, no es autónoma sino reglada por la Ley.

Así las cosas, la Sala encuentra contrariado el artículo 33 de la Ley 14 de 1983, en armonía con el artículo 197 numeral 2o. de la Constitución Nacional por el acuerdo del Concejo Municipal en el sentido de condicionar el aumento del impuesto de Industria y Comercio a la variación de los índices de precios según certificación del DANE, y en consecuencia, se decretará la suspensión provisional de las normas atacadas en cuanto ellas condicionan el aumento del impuesto a la variación del índice de precios que anualmente certifique el DANE, sin que exista autorización del legislador.

Se suspenderá en cuanto al ajuste se refiere al impuesto de industria y comercio a los cigarrillos que regula la Ley 14 de 1983, pero no se suspenderán los artículos 36, 38 y 39 que se refieren a multas, tasas y servicios de facturación, porque estos aspectos no están regulados en la Ley 14 de 1983, cuya violación es el fundamento de la acusación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Suspéndase provisionalmente la expresión "y el incremento será igual al que registre el índice de aumento de precios que certifique el "DANE", del artículo 16; del Acuerdo No. 6 de 1984 del Concejo Municipal de Neiva; igualmente se suspende la frase: "Anualmente esta tarifa se reajustará en un porcentaje igual en el índice de precios que anualmente certifique el DANE", contenida en los parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 21 y el artículo 26 del mismo Acuerdo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala Ausente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Coon, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Sujeto Pasivo/ **SUCESION ILIQUIDA**

Es voluntad expresa del legislador que el conjunto de bienes dejados por una persona natural al morir, continúe con la personalidad jurídica del causante para efectos tributarios. Es el mismo legislador quien presume, como norma general, que todo patrimonio debe producir un mínimo de rentabilidad. Cuando la Administración Tributaria aplicando la presunción determina, a la sucesión contribuyente, la renta gravable sobre su patrimonio líquido del año fiscal inmediatamente anterior, a la tarifa del 7%, no ha hecho otra cosa que observar la ley. (Ejercicio fiscal de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, abril veinte (20) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2226. Apelación sentencia de mayo 13 de 1988 del Tribunal de Antioquia en juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. Impuesto de renta y complementarios año gravable de 1984. Actor: Sucesión de Martha Lucía Saldarriaga. FALLO.

Desde la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la SUCESION DE MARTHA LUCIA SALDARRIAGA OCHOA, NIT. 32.518.452, contra la sentencia del 13 de mayo de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda, en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la actora contra el acto administrativo de determinación oficial del impuesto de renta y complementarios que practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín para el período fiscal de 1984.

1. ANTECEDENTES

Por el año gravable de 1984, la sucesión presentó su declaración tributaria del impuesto de renta y complementarios en el cual denuncia un patrimonio líquido de $25.130.253 y ninguna renta gravable.

La Administración de Impuestos, en base al patrimonio líquido declarado por la causante en el año inmediatamente anterior por valor de $24.879.183, requirió a la contribuyente proponiéndole la modificación de su liquidación privada, en el sentido de calcularle el impuesto sobre la renta por el sistema de renta presuntiva señalado en el artículo 15 de la Ley 09 de 1983, y desconocerle el descuento por el impuesto predial pagado, en razón de que los recibos de pago del impuesto figuran a nombre de una persona distinta de la contribuyente.

En la respuesta al requerimiento, la sucesión planteó sus argumentos jurídicos en contra de lo propuesto por la Administración y acompaño los recibos de pago del impuesto predial pagado.

La Administración de Impuestos dando aplicación al artículo 15 del Decreto 2053 de 1974, practicó la liquidación de revisión determinando renta presuntiva a la sucesión con base en el patrimonio líquido declarado en el año gravable inmediatamente anterior, aplicando el porcentaje del 7%, aceptó el descuento del impuesto predial conforme al procedimiento señalado en la ley y reajustó así mismo la sanción por extemporaneidad.

Inconforme la contribuyente, interpuso recurso de reconsideración ante la misma Administración obteniendo fallo adverso a sus pretensiones y acudió en demanda de restablecimiento del Derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, alegando violación de los artículos 20 de la Constitución Nacional, 30 del Decreto 2053 de 1974, 31 de la ley 52 de 1977, 1395 del Código Civil, 2o. del Decreto 353 de 1984 y 21 de la Ley 14 de 1984.

2. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda al considerar que el artículo 3º del Decreto 2053 de 1974, sujetó al impuesto de renta y complementarios tanto a las personas naturales como a las sucesiones ilíquidas conforme al régimen y tarifas establecidas en los títulos IV y V del mismo Decreto y que el artículo 15 de la Ley 09 de 1983, relativo al fenómeno de la renta presuntiva incluye a todos los contribuyentes por igual.

3. LA APELACION

Se fundamenta en el hecho de que los frutos civiles y naturales producidos con posterioridad a la muerte del causante, pertenecen a los herederos teniendo en

cuenta las normas de la ley civil y que mal puede la ley tributaria gravar con impuesto de renta a un contribuyente por los ingresos que otro ha percibido.

4. CONCEPTO DEL FISCAL

La Señora Fiscal Sexta de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse porque, para efectos netamente tributarios el legislador previó que una vez fallecido el causante hubiera continuidad en sus bienes y rentas y para ello elevó la sucesión a la categoría de contribuyente.

Y que de otra parte el sistema de renta presunta tiene como base el principio de que "todo patrimonio debe cumplir una función social".

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dispone el Decreto 2053 de 1974 en su artículo 3º:

"Las personas naturales y las *sucesiones ilíquidas* están sometidas al impuesto sobre la renta y complementarios con el régimen y las tarifas establecidas en los títulos III, V y VI del presente decreto. El impuesto complementario de remesas sólo se causa sobre las rentas y ganancias ocasionales que se transfieran al exterior..." (Se subraya).

Es voluntad expresa del legislador que el conjunto de bienes dejados por una persona natural al morir, continúe con la personalidad jurídica del causante para efectos tributarios. Y es a este conjunto de bienes a quien el legislador atribuye la realización del hecho imposible de la obligación tributaria, desde el momento del fallecimiento del *decuyus* hasta aquél en que se ejecutoríe la sentencia aprobada de la partición, conforme con el postulado del los artículos 3º, numeral 2o. del Decreto 2053 de 1974 y 22 literal a) de la Ley 52 de 1977.

De la misma manera, es el mismo legislador quien presume, como norma general, que todo patrimonio debe producir un mínimo de rentabilidad, y fija así mismo los porcentajes y base para su determinación (Ley 9 de 1983 artículos 15 a 20).

Entonces, cuando la Administración Tributaria aplicando la presunción determina, a la sucesión contribuyente, la renta gravable sobre su patrimonio líquido del año fiscal inmediatamente anterior, a la tarifa del 7% no ha hecho otra cosa que observar la ley y no violarla como pretende la demanda.

No alegó, ni probó la parte demandante, que estuviera en alguna de las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, que exoneraran a la sucesión de imposición por renta presunta.

No es de recibo alegar en esta oportunidad la violación del artículo 1395 del Código Civil, pues no se trata de decidir sobre la percepción de los frutos de los

bienes de la sucesión por parte de los herederos que hubieren sido reconocidos como tales en el proceso sucesoral, sino de la imposición sobre los frutos, que supuestamente debió producir el acervo herencial, que por voluntad de la norma especial tributaria se gravan en cabeza del causante.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Causación

El impuesto sobre las ventas se causa con la emisión de la factura o documento equivalente, por parte del vendedor o de quien presta el servicio aunque el precio se haya pagado, la cosa vendida no se haya entregado o independientemente de las estipulaciones de las partes sobre reserva de dominio, condición resolutoria, pago de contado o a crédito, etc., A falta de factura, se reputa válido, para efectos del impuesto, el documento equivalente y la fecha de expedición de la primera o del documento equivalente se tendrá como momento de causación del impuesto. (Ejercicio fiscal de 1981, IV bimestre).

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Devolución/ **IMPUESTO DESCONTABLE**

La ley sí supone una estrecha relación entre la declaración tributaria en materia de impuesto sobre las ventas y los asientos débitos y créditos que deben llevarse en la cuenta corriente del impuesto y la correspondencia que se impone entre lo declarado y el resultado periódico de la cuenta "impuesto sobre las ventas por pagar", hasta concluir que su contabilización y solicitud oportuna son requisitos indispensables para la viabilidad del descuento. (Ejercicio fiscal de 1981 - IV bimestre).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., abril veinte (20) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2483. Actor: NASER LEZACA & CIA. contra la NACION. Apelación de la sentencia de diciembre 19 de 1988 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho -IMPO-VENTAS- IV Bimestre de 1981. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad NAZER LEZACA Y CIA. LTDA., contra la sentencia de diciembre de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad contra la operación administrativa que la determinó el impuesto sobre las ventas a su cargo, por el período fiscal correspondiente al IV Bimestre de 1981.

ANTECEDENTES

La sociedad Naser Lezca y Cía. Ltda., presentó la declaración del impuesto sobre las ventas del IV biemestrede 1981. Investigada la declaración presentada, la Administración de Impuestos encontró que la compañía, pese a haber contabilizado como ventas el valor del $3.115.685.oo no denunció tal suma en la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al IV bimestre de 1981, procedió en consecuencia a requerir al contribuyente con el fin de manifestarle su intención de adicionarle el monto de las ventas declarado con el valor omitido, y le planteó asi mismo el desconocimiento de los impuestos descontables ante la ausencia de registro en el libro diario de las operaciones que originaban su derecho.

Como la sociedad no atendió el requerimiento, la Administración le practicó liquidación de revisión, adicionando las ventas omitidas, desconociendo impuestos descontables en cuantía de $286.605.oo por concepto de costos y gastos de producción y $780.313.oo, por impuestos pagados en Aduana, por cuanto el contribuyente no registra movimiento en el período en el libro Diario.

Inconforme, el contribuyente interpuso los recursos pertinentes en la vía gubernativa, que le fueron fallados contrariamente a sus pretensiones, por lo que, acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien mediante la providencia apelada, denegó las súplicas de la demanda.

LA APELACION

El recurrente señala como fundamento de su apelación:

1. La no aceptación por parte del Tribunal, del carácter de anticipo de la suma de $3.115.665.oo, recibida de la Fábrica de Licores del Tolima, tal como aparece certificada por el contador público, con base en los libros contabilidad de la compañía.

Trae al efecto como prueba el dictamen rendido por peritos sobre el mismo contrato 028 FLT, pero por período fiscal diferente.

2. La no aceptación de los libros auxiliares como plena prueba para efectos de los impuestos descontables, por el hecho de no existir el registro en el Libro Diario principal, como si la contabilidad no fuera una sola.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, fiscal Sexto de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse, porque:

1. La adición en ventas en cuantía de $3.115.655.oo, efectuada por la Administración tuvo su razón de ser en el hecho de estar contabilizada como tal y no declarada. Que efectivamente conforme al artículo 3º del Decreto 1988 de 1974, en los contratos de confección de obra material se considera, para efectos del impuesto a las ventas, que hay venta cuando el artífice suministra la materia principal; que de acuerdo con el artículo 5º, *ibídem*, el impuesto se causa con la emisión de la factura u otro documento equivalente. Y que además el recurente no acompañó copia del contrato respectivo.

2. El rechazo de los impuestos descontables era procedente, dada la estrecha vinculacion que la ley impone, entre el contenido de la declaración de ventas y los asientos contable débitos y créditos de la cuenta corriente y la correspondencia que debe existir entre lo declarado y el resultado periódico de dicha cuenta, hasta concluir que la contabilización oportuna es un requisito más para la viabilidad del descuento.

3. La sanción por inexactitud era aplicable, porque revisada la declaración de la sociedad, encontró la Fiscalía que el valor declarado fue inferior en $3.115.665.oo al monto determinado por la Administración de Impuestos con base en los registros contables y no en diferencia de criterios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. ***Causación del impuesto***

De conformidad con lo establecido por el artículo 5º, del Decreto Extraordinario 1988 de 1974:

"El impuesto se causa:

a) En las ventas, incluídas las de mercancías importadas en la fecha de la emisión de la factura u otro documento equivalente y falta de estos, en el momento de la entrega, aunque se haya pactado reserva de dominio o condición resolutoria..."

b) ...

c) ...

d) ...

e) En la prestación de servicios en el momento de la emisión de la factura o documento equivalente y en su defecto, en el de terminación de los mismos."

Se observa, conforme a la norma parcialmente transcrita, que el impuesto se causa con la emisión de la factura o documento equivalente, por parte, del vendedor o de quien presta el servicio aunque el precio no se haya pagado, la cosa vendida no se haya entregado e intependientemente de las estipulaciones de las partes sobre reserva de dominio, condición resolutoria pago de contado o a crédito, etc. A falta de factura, se reputa valido, para efectos del impuesto, el documento equivalente y la fecha de expedición de la primera o del documento equivalente se tendrá como momento de causación del impuesto.

En el caso sub-judice, no hay duda que el contribuyente celebró un contrato con la empresa de Licores del Tolima y que *recibió a buena cuenta* la suma $3.115.665.oo (Fl. 9 Cuaderno de Antecedentes) y si bien el recurrente manifiesta que lo recibió como anticipo, tal hecho en nada retarda la causación del impuesto conforme con la Ley.

Su obligación era declarar el valor de la venta conforme con la factura expedida o en defecto, conforme al contrato celebrado, porque, se repite, en materia de impuesto a las ventas, es la leyquien precisa el momento de causación del impuesto. No asiste razón al recurrente cuando manifiesta que el impuesto se causa en el momento de la entrega del bien vendido, o con base en la factura definitiva.

2. *Impuestos descontables*

Señala el Decreto 1988 de 1974 en sus artículos:

26. "Los responsables del impuesto sobre las ventas deben llevar una cuenta corriente, en la cual:

a) El valor del impuesto por las ventas se acredite a "Impuestos sobre las ventas por pagar".

b) El valor de los impuestos pagados o causados por las compras, importaciones o devouciones de mercancías se debite.

Parágrafo. El valor del saldo crédito se consignará en las Oficinas de Impuestos Nacionales respectivas, en los plazos señalado por Resolución del Ministerio de Hacienda."

27. Para que proceda el descuento a que se refiere el ordinal b) del artículo 26 del presente Decreto, es necesario que se acompañe a la declaración de ventas correspondiente una simple relación de los números y fechas de las facturas o de los comprobantes que respalden el descuento solicitado...".

Del contexto de las normas parcialmente transcritas como de las que las complementan y reglamentan se infiere que la Ley, sí supone una estrecha relación entre la declaración tributaria en materia de impuesto sobre las ventas y los asientos débitos y créditos que deben llevarse en la cuenta corriente del impuesto y la correspondencia que se impone entre lo declarado y el resultado periódico de la cuenta "impuesto sobre las ventas por pagar", hasta concluir que su contabilización y solicitud oportuna son requisitos indispensables para la viabilidad del descuento.

No puede arguirse que se lleva la contabilidad conforme con las exigencias legales cuando el registro de las operaciones se hace solamente en los libros complementarios o auxiliares, con desconocimiento de la obligación impuesta por el artículo 33 del Decreto 2821 de 1974, que exige que el contribuyente, para efectos fiscales, debe sujetar su contabilidad, no solamente al Título IV del Libro I del Código del Comercio, sino que debe, entre otros requisitos, mostrar fielmente el movimiento diario de ventas y compras.

No prospera entonces el cargo de violación del artículo 49 del Código del Comercio, por no aceptar los libros como medio de prueba, cuando el obligado a llevarlos registra los asientos únicamente en los libros auxiliares o cuando el dictamen pericial se produce exclusivamente sobre estos libros complementarios.

3. Sanción por inexactitud

De acuerdo con el artículo 27 de la Ley 52 de 1977, vigente en el año de 1981:

"Constituye inexactitud la declaración de datos básicos falsos, incompletos o inexistentes o la omisión de los que debieron denunciarse.

No se configura inexactirud cuando el menor impuesto que hubiera podido resultar se derive de errores de apreciación ni de las diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos *y cifras denunciadas sean completos y verdaderos*". (Subraya de Sala).

Aún cuando la sociedad Naser Lezaca, alega que la sanción se impuso por la diferencia de criterio, realmente la originó la no inclusión en la declaración tributaria de una suma contabilizada como ingreso, hecho que configura la omisión de un dato básico que debió denunciarse, siendo procedente entonces la sanción por inexactitud.

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

FALLA:

Confirmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia/ **IMPUESTO**- Distribución

No se puede percibir de la confrontación establecida una contradicción manifiesta o grosera entre las normas comparadas, máxime si se tiene en cuenta que por una parte la disposición suspendida se dictó para reemplazar otra que regía, y por otra parte, que su objeto es el de señalar una distribución del impuesto, lo que hace suponer que el impuesto existía y que la nueva distribución, varía otra norma preexistente.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del literal a) del artículo 1º de la Ordenanza No. 6 de 1987 (junio 4), proferida por la Asamblea Departamental del Atlántico.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- **Bogotá, D.E., abril veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1990).**

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Referencia: Expediente No. 2886. Actor: Javier Múnera Oviedo. Apelación Interlocutorios. Apelación del auto de 27 de noviembre de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico. Juicio de nulidad y suspensión provisional contra el literal a) del artículo 1º de la ordenanza No. 6 de 4 de junio de 1987 de la Asamblea Departamental del Atlántico. AUTO.

Decide la Sala los recursos de apelación propuestos por el Departamento del Atlántico y por Gabriel Racedo Therán, contra el auto de 27 de noviembre de 1989 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del juicio de nulidad contra el literal a) del artículo 1º de la Ordenanza No. 6 del 4 de junio de 1987, emanada de la Asamblea Departamental del Atlántico. Por medio del auto apelado se decretó la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

EL AUTO DE SUSPENSION PROVISIONAL

El Tribunal Administrativo del Atlántico por medio del auto objeto de la doble apelación decretó la suspensión provisional del literal a) del artículo 1º de la Ordenanza No. 6 de 1987, citada, cuyo texto es:

> "El producido neto del Impuesto de Vigilancia Policiva tendrá la siguiente destinación a) el 45% será destinado y girado directamente por la entidad recaudadora al Fondo para la Educación Superior Oficial, la Recreación y el Deporte, FESORD": (folios 5 y 6).

Consideró el Tribunal que el acto administrativo transcrito es manifiestamente violatorio de los numerales 5tos. de los artículos 62 y 71 del Decreto 1222 de 1986 y del artículo 191 de la Constitución Nacional. El análisis que hace la providencia recurrida para fundamentar la decisión es del siguiente tenor:

> "En el artículo 1º, inciso 2º literal a) de la Ordenanza No. 6 de 4 de junio de 1987, impugnada en este proceso, la Asamblea Departamental del Atlán- tico establece una autorización para la cesión parcial del producto del Impuesto de Vigilancia, en un 45% el cual debe ser girado directamente por la entidad recaudadora al Fondo por FESORD, Educación Superior Oficial, la Recreación y el Deporte, FESORD.
>
> "Sobre esta materia tanto el Tribunal como el H. Consejo de Estado han sido explícitos en sostener que es función privativa de la ley, señalar las contribuciones con las condiciones y dentro de los límites fijados en la misma.
>
> ...
>
> "Lo anterior quiere decir que las Asambleas Departamentales no pueden estatuir por medio de Ordenanzas, contribuciones o impuestos, ni pueden modificar el destino de su producido, por mandato expreso de la Constitución Nacional y del Régimen Departamental, y si así lo hicieren, como ocurre con la ordenanza cuya nulidad se solicita, contradirían abiertamente las prescripciones de la Constitución y la ley señaladas como violadas por el impugnante" (folios 38 y 39).

LOS RECURSOS DE APELACION

Tanto la representante judicial del Departamento como el interviniente impugnante argumentan en sus memoriales de apelación en contra del auto que decretó la suspensión provisional manifestando que no existe la invocada violación manifiesta que el Tribunal reconoce en su providencia y que, si bien es cierto que no es posible a las Asambleas imponer contribuciones sin la previa autorización de la ley, la ordenanza demandada no contiene en la norma suspendida disposición de creación de impuesto alguno, ya que como se infiere en

su texto, se limita a redistribuir el producido de un impuesto existente, que por cierto, data desde 1958.

Discurre así la argumentación de uno de los apelantes:

"En este orden de ideas, queda claro que la disposición aplicable es el artículo 183 de la Constitución y no el 191, porque el impuesto de Vigilancia Policiva es una renta de Orden estrictamente Departamental. Tal afirmación no es gratuita. Encuentra sustento legal en el numeral 1º del artículo 62 del Decreto 1222 de 1986 que permite la organización de impuestos para la atención de la Administración pública. Un gasto precisamente atinente a la Administración Pública es la Vigilancia Policiva. Tanto así, que el numeral 9º del artículo 60 de; Decreto 1222 de 1986, establece como una de las Atribuciones de las Asambleas, la de reglamentar todo lo relativo a la Policía Local. Con todos estos argumentos se pretende comprobar que el Impuesto de Vigilancia y Recreación Policiva es una renta de carácter departamental, y no si es legal o no el citado gravamen, por cuanto como se dijo, la misma no se halla cuestionada, por no halarse (sic) demandanda la (demanda) (sic) ordenanza que lo creó.

"Probado como se halla que el impuesto ya citado, es una renta de carácter departamental, es claro que la H. Asamblea podía redistribuirlo en la forma en la forma (sic) que considerara conveniente, y que era viable jurídicamente la cesión del 45% hecho al FESORD.

"En este orden de ideas quiero concluir afirmando que el literal a) del artículo 1º de la Ordenanza No. 6 de junio 4 de 1987, no ha trasgredido ninguna norma de carácter superior, sino todo lo contrario, se ajusta plenamente al artículo 183 de la C.N. Qué al no haber trasgredido ninguna norma superior, mal puede hablarse de una clara y nítida trasgresión de las leyes que justifique la Suspensión Provisional de la norma atacada". (folio 57).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Establecida la confrontación entre la norma que se demanda y aquellas de carácter superior que se predican como violadas en forma manifiesta, con el fin de determinar si la razón está de parte del Tribunal o de parte de los apelantes, en verdad que no puede la Sala avalar el fundamento dado por el *a-quo* a su decisión de suspender provisionalmente el literal a) del artículo 1º de la ordenanza No. 6 de 1987. En efecto, no halla que se pueda percibir de la confrontación establecida una contradicción manifiesta o grosera entre las normas comparadas, máxime si se tiene en cuenta que por una parte, la disposición suspendida se dictó para reemplazar otra que regía desde 1984 (ordenanza 21/84) y por otra parte, que su objeto es el de señalar una distribución del producto del impuesto, lo que hace suponer a su

turno dos circunstancias: que el impuesto ya existía, establecido por norma diferente a la cuestionada, y que la distribución nueva, varía otra también preexistente. Analizar entonces si estos supuestos son correctivos para llegar a la conclusión de si la Asamblea podía o no redistribuir el impuesto en la forma que lo hace la norma acusada, implica entrar en precisiones y juicios de valor que no son admisibles dentro del proceso de adopción de la medida de suspensión provisional.

Así las coas, tienen razón los apelantes y será preciso revocar el auto apelado en lo que concierne a la suspensión provisional otorgándole prosperidad a los recursos de apelación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

REVOCAR el auto apelado en cuanto decretó la suspensión provisional del literal a) del artículo 1º de la Ordenanza No. 6 de 4 de junio de 1987, proferida por la Asamblea Departamental del Atlántico, dejando subsistentes las demás disposiciones de dicho proveído.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LIQUIDACION OFICIAL/ NOTIFICACION POSTAL

El artículo 39 del Decreto 3803 de 1982 consagra una presunción *"iuris tantum"* que, cabe desvirtuar con prueba contraria. Quien alegue en su favor la presunción estando acreditadas las circunstancias específicas, se releva de la carga de probar el hecho inferido, que es la notificación; pero a quien la contradiga, se permite demostrar la inexistencia de tal hecho incluso en el evento de estar probadas las circunstancias o antecedentes del mismo, salvo disposición legal que expresamente lo prohiba. (Ejercicio fiscal de 1980).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, abril veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Referencia: Radicación 2048. Apelación sentencia de octubre 9 de 1987 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal por el año de 1980. Actor: Financiera Santa Fe S.A. FALLO.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor delegado del Director General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, contra la sentencia de primer grado, de 9 de octubre de 1987, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido por la sociedad FINANCIERA SANTA FE, S.A., COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL FIANFE, S.A., en relación con actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del ejercicio fiscal de 1980, a su cargo.

Dichos actos, la liquidación de revisión No. 101638 de 15 de julio de 1983 y los autos números 740 de 6 de diciembre de 1984 y 10 de 14 de enero de 1985, habían sido expedidos por las Divisiones de Liquidación y Recursos Tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES

Dentro del procedimiento de fiscalización, se había librado a la demandante el requerimiento especial No. 153 de 6 de abril de 1983, contentivo de un proyecto de modificaciones de factores de liquidación privada, en el *ítem* de gastos por la desestimación de "descuentos por cartera", intereses y comisiones, en cuantías, respectivamente, de $7.232.035, $11.239.304 y $1.373.005, y en el de pasivo, por el rechazo de deudas en cifra acumulada de $76.075.538, habiéndose planteado, por confrontación de activos, una renta líquida de $183.003.677.

Examinadas las objeciones y pruebas de la requerida, el funcionario liquidador aceptó solo parcialmente estas, en lo concerniente a rubros de activo, por considerar que el certificado suscrito por contador público y el agente especial de la Superintendencia Bancaria, relativo a un aumento de capital en suma de $100.000.000, no satisfacía las exigencias del artículo 158 del Código de Comercio en la materia, manteniendo, así, la diferencia patrimonial por $106.328.139, que imputo a renta gravable, para un impuesto liquidado de $42.531.256.

Por último, en la decisión de los recurso gubernativos, se denegó el pronunciamiento e mérito impetrado, debido a la verificada inoportunidad de la reclamación, no encontrándose justificadas las razones que adujo la recurrente, de no haber sido legalmente notificada la liquidación, por haber devuelto la Administración Postal el correspondiente pliego, con la anotación de "no reside", asunto sobre el que la oficina de recursos alegó no tener competencia por ser esta, supuestamente, privativa de la unidad de liquidación.

LA DEMANDA

En un primer aparte, "nulidad por falta de notificación", la demandante aduce configurada la causal tercera de nulidad del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, e infringidos los artículos 75 de la Ley 9a. de 1983, y 39 y 41 del Decreto 3803 de 1982, por haberse practicado y notificado el acto liquidatorio, a su vez, fuera del término de dos años.

Al respecto explica que, habiéndose presentado la declaración de renta el 15 de abril de 1981, el plazo de la revisión oficiosa venció el 14 de julio de 1983, incluidos los tres meses de la suspensión provocada por el requerimiento especial de 6 de abril de este año.

Agrega que, la notificación no se produjo realmente, dado que el pliego que contenía la liquidación, según constancia de la unidad de notificación de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bogotá, de 10 de septiembre de 1984, no fue entregado a su destinataria, sino devuelto por la Administración Postal Nacional, con la frase "no reside", pese a que la dirección impresa en dicho pliego era la misma informada en la declaración del período discutido y la contest-

ación del requerimiento, error imputable genéricamente a "la Administración" y del que no era viable deducir consecuencias adversas para la declarante.

Añade que la notificación por correo es eficaz en el entendimiento de que, siendo correcta la dirección suministrada por el contribuyente, aquél entregue oportunamente la correspondencia, y constituye una "presunción de notificación", susceptible de prueba contraria, de modo que si, en el caso, la liquidación no llega a su destinatario, por causa ajena a este, "se entiende que no se realizó la notificación, siendo por tanto nula la liquidación según lo ordena el artículo 57, numeral 3º, de la Ley 52 de 1977...".

Dentro de una segunda sección, "nulidad por violación del derecho de defensa", se indican violados los artículos 26 de la Constitución 39 del Decreto 3803 de 1982 44 y 48 del Decreto 01 de 1984 y 313 del Código de Procedimiento Civil, por haber inadmitido los recursos administrativos intentados de buena fe por la contribuyente, una vez tuvo ésta conocimiento de la liquidación oficial, ignorándose, de este modo, que "la finalidad de la notificación de las decisiones administrativas y judiciales es la de ponerlas en conocimiento de los interesados a efectos de que puedan si no están de acuerdo con ellas, interponer los recursos que otorga la ley, cumpliéndose así el mandato del debido proceso y la garantía de que nadie será condenado sin ser oído y vencido en juicio. Es entonces y solo en virtud de este conocimiento cuando empiezan a correr los términos para interponer los recursos, términos que de ninguna manera pueden contarse si el particular afectado no sabe de la existencia de la decisión administrativa o judicial...".

Lo anterior se predica también, de la notificación por correo de que trata el artículo 29 del Decreto 3830 de 1982, de modo que si las diligencias adelantadas por la Administración, para notificar la liquidación, resultaren fallidas, "se entenderá que nunca se hizo dicha notificación puesto que no cumplió con su finalidad y que tampoco empezaron a correr los términos para interponer los recursos contra tal determinación, puesto que solo se puede discutir lo que se conoce...".

Para terminar, bajo el acápite "violación de las normas que regulan la liquidación por comparación de patrimonios", señala quebrantados los artículos 31 de la Ley 52 de 1977, 73 y 75 del Decreto 1651 de 1961 y 74 del Decreto 2053 de 1974, que tocan con el fondo de la cuestión debatida.

Sobre el particular, específicamente en lo referente a la causa del incremento patrimonial, la actora sostiene haberla justificado con la contestación del requerimiento, sin embargo de lo cual no se atendieron las razones y comprobaciones relacionadas con el aumento de capital y la capitalización de ganancias ocasionales, por $6.328.138, punto este último que ni siquiera mencionó el liquidador.

Se habrían desconocido así, el "espíritu de justicia", que obliga a los funcionarios impositivos, y el principio de la indivisibilidad de la confesión de aplicación general, pues de la afirmación de haberse recibido dineros, que perjudicaba a la

confesante, para aumento de capital, no podía tenerse por cierta solo la primera proposición y desechar la segunda.

Por otra parte, que el pretexto de la inoponibilidad de la reforma del contrato social para tal aumento, por falta del registro de la misma en la Cámara de Comercio del lugar implicaría el absurdo de que un tercero, que admite conocer el acto no publicitado, estuviera en situación de aceptar solo la parte de este que le favorece y desconocer la restante.

De donde, si la Administración estimó que el acto mediante el cual se había incrementado el capital en cien millones de pesos le era imposible, lo era en su integridad, no pudiendo "gravar por ninguna causa esos cien millones, puesto que le (eran) inoponibles ( ), como si no existieran; pero si la Administración acepta la existencia de los cien millones en cabeza de la sociedad contribuyente, debe también aceptar la causa del negocio cual (era) el aumento del capital efectivamente pagado por los socios según consta en la escritura pública correspondiente...", con mayor razón si para efecto de la tasación del impuesto, la Administración no era un tercero.

Dos acotaciones finales: que de acuerdo con la legislación bancaria, el registro en la Cámara de Comercio no obliga a las entidades financieras, cuya inscripción se realiza ante la Superintendencia Bancaria, de conformidad con los artículos 1º de la Ley 57 de 1931, 104 de la Ley 145 de 1923 y 1º, ordinal d), del Decreto 125 de 1976, "de contera": violados.

Y que, a términos de los artículos 10 a 13 de la Ley 20 de 1979, las ganancias ocasionales no distribuidas por las sociedades, son susceptibles de capitalización, circunstancia no atendida en los actos anexados, no obstante constar la misma en la respuesta dada al requerimiento.

LA PARTE IMPUGNADORA

En su momento, la parte opositora, la Dirección General de Impuestos Nacionales, subrayó la validez y legalidad de la actuación administrativa demandada, haciendo hincapié en el hecho de que por no haberse desatado de fondo la reclamación promovida ante la Administración, tampoco había tenido lugar el agotamiento gubernativo, a voces del artículo 71 del Decreto 01 de 1984, en consonancia con los artículos 63 de la Ley 52 de 1977, 30, inciso 5º, y 38 y 40 del Decreto 3803 de 1982, siendo pues, "por defecto y no por efecto", de donde se infiere el incumplimiento de un presupuesto fundamental para ocurrir ante la jurisdicción, según el artículo 82 del mismo Decreto 01 de 1984, lo que induciría un fallo inhibitorio que, en efecto, solicitó proferir.

EL FALLO APELADO

El *a-quo* halla, en primer lugar, que la notificación, según la constancia expedida por la oficina de kárdex de direcciones de la Administración de Impuestos, con fecha 8 de agosto e 1983, se remitió a la dirección previamente informada por la contribuyente.

En segundo término, de acuerdo con oficio de 10 de septiembre de 1984, suscrito por el coordinador de la unidad de notificación de la citada Administración, que el cuestionado documento fue devuelto a esta, con la anotación "no reside", hecho, por lo demás, corroborado por la Administración Postal Nacional, según constancia escrita, igualmente aportada al proceso, y el testimonio rendido por el antecitado coordinador de notificaciones en diligencia practicada por el Tribunal, y que "no se originó en causas imputables a la actora".

De lo anterior y con supuesto en que el artículo 39 del Decreto 3803 de 1982 consagra una presunción legal, deriva haberse desvirtuado ésta y demostrado la violación del derecho de defensa, considerándose relevado de analizar otros cargos para un pronunciamiento estimatorio de las súplicas de la demanda, que se tradujo en la nulidad de la actuación administrativa y la confirmación de los factores de liquidación privada.

La sentencia fue objeto de la salvedad de voto de una magistrada de la Sala de decisión para quien, en resumen, debió demostrarse que la devolución de la liquidación, "no fue por culpa imputable al contribuyente", pues el hecho de la devolución, "no significa que la dirección informada corresponda al lugar donde reside el contribuyente".

EL RECURSO DE APELACION

El apelante, aunque no niega que en el artículo 39 del Decreto 3803 citado se establezca una presunción legal, discrepa de los postulados del fallo en torno de la eficacia de las pruebas esgrimidas contra aquella, a las que apenas si reconoce el carácter de "principio de prueba", insuficiente para el fin perseguido, teniendo en cuenta que la notificación se surte, "por el simple hecho de la introducción del envío al correo", siendo correcta la dirección a que se remite.

Contrariamente, estima "hecho plenamente demostrado en el informativo que la Administración envió la notificación de la liquidación a la dirección correcta suministradas por el contribuyente además de haberse introducido al correo en la fecha oportuna y, por ende, se entiende surtida dicha notificación y es perfectamente válido el acto administrativo de cuya notificación se tata...".

En lo demás, dice compartir el salvamento de voto antes mencionado y se reafirma en que, no acreditado error alguno de la Administración en lo atinente a la fecha de introducción al correo, o la dirección de la destinataria, los actos ata-

cados son eficaces y, de hecho no agotan la vía gubernativa, debiendo revocarse la sentencia y dictarse un fallo inhibitorio.

ULTIMAS ALEGACIONES

La actora, en relación con los argumentos de la Magistrada disidente recogidos por el apelante, asume que el recurso contencioso estriba en la hipótesis de no estar plenamente demostrado su domicilio social, lo que, en síntesis, considera "falso, en vista de la prueba de que hizo acopio al proceso, o se produjo en este, y de cuyos elementos hace relación.

La parte opositoria no alegó de conclusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Tras somera recapitulación de los hechos y omisiones fundamentales de la acción y las incidencias del juicio, el señor Fiscal Tercero de esta Corporación se pronuncia por la revocación de la sentencia y la expedición, en lugar de esta, de una declaración en el sentido de no ser procedente una decisión de fondo, "por indebido agotamiento de la vía gubernativa".

Considera indiscutible, el hecho de que, como la propia demandante lo reconoce, la controvertida liquidación hubiera sido enviada a la dirección que aquella suministró en su declaración y la contestación del requerimiento, que era la misma que aún conservaba a tiempo de la demanda, por tanto, la correcta.

Alude a otros negocios, de que ha tenido conocimiento, en los cuales los demandantes han acudido "a toda clase de argumentaciones, cada una de estas acomodadas a sus propios intereses", como en el presente, donde se sostiene que de haberse producido el envío de la liquidación a la dirección del destinatario, mas sin que este la recibiera, "se presume que no hubo notificación", presunción no contemplada, a su ver, en norma alguna, menos en el artículo 39 del Decreto 3803 de 1982.

Prosigue, que la notificación por correo supone dos etapas: una, la de la introducción del remitido por correo y, otra, la de la entrega del mismo al destinatario. Y que si bien la ley hubiera podido ordenar que la notificación sólo se surtiera en la última, lo cierto es que, concretamente, en el artículo 39 citado, dispuso que fuese en la primera, "y esta voluntad de la ley no admite cuestionamiento de ninguna clase...".

Conceptúa, por otro aspecto, que así la Administración de Correos haga parte del Estado, conjuntamente con la de impuestos, y deba informar esta en grado análogo, la pretendida "culpa" de aquélla no está demostrada, pareciéndole "insoluto", además, que salvo la liquidación, la contribuyente hubiera

recibido otras comunicaciones de la Administración impositiva, todas dirigidas a la misma dirección.

Concluye pues, que la notificación de la liquidación discutida, "se realizó legalmente el 15 de julio de 1983, y, por lo tanto, la interposición, el 9 de diciembre de 1984, del recurso de reconsideración fue extemporánea...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1o. ***Sobre la aducida inoportunidad de la reclamación en vía gubernativa y el agotamiento de ésta*:**

Por virtud del principio de la eficacia, consagrado en el artículo 3º del Decreto 01 de 1984, al funcionario de la unidad de recursos tributarios de la Administración, se imponía la remoción oficiosa de obstáculos meramente formales, con miras a evitar una decisión inhibitoria, estándole vedado, además, conforme al artículo 10, inciso 2º, ib., exigir documentos u otras pruebas susceptibles de obtenerse en los archivos de la propia Administración.

Si lo alegado por la recurrente era, justamente, que la virtud extemporaneidad del recurso gubernativo obedecía a la supuesta ausencia de notificación del acto impugnado, dicho funcionario tenía la carga de examinar y verificar esta irregularidad y proferir resolución de mérito, estimatoria o desestimatoria de las pretensiones de la reclamante en torno de la misma, pues era una de las razones para recurrir que, a reglas de los artículos 59, inciso 2º, ib., y 37, numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil, constituía materia inexcusable de una decisión de fondo.

No le era, pues lícito inhibirse, menos con el expediente de rehusar una competencia propia de la que, al contrario, carecía, evidentemente, la oficina de liquidación, que no era la llamada a desatar el recurso intentado.

Es palmario, por tanto, que el "indebido" agotamiento gubernativo, si lo hubo, inducido por la conducta omisiva de la unidad de recursos tributarios, solo podía generar secuelas funestas para la Administración.

En este punto, la apelación no puede prosperar.

2o. ***Sobre la eficacia de la notificación postal***

El artículo 39 del Decreto 3803 de 1982 consagra, en efecto, una presunción *juris tantum* que, de suyo, cabe desvirtuar con prueba contraria, pues no se funda en principios incuestionables, sino en circunstancias específicas determinadas por el legislador de emergencia, a saber, el envío de la copia del acto liquidatorio a la dirección informada por el contribuyente y la introducción de tal copia al correo.

Es cierto que quien alegue en su favor la presunción, estando acreditadas las circunstancias específicas se releva de la carga de probar el hecho inferido, que es la notificación.

Pero lo es, también, que a quien la contradiga, se permite demostrar la inexistencia de tal hecho, incluso en el evento de estar probadas las circunstancias o antecedentes del mismo, salvo disposición legal que expresamente lo prohiba (Cfr. Código Civil, artículo 66).

O lo que es lo mismo, que el contradictor tiene la opción de probar, o contra el hecho presumido mismo, o contra los supuestos o antecedentes de que éste se colige.

Pues bien: la actora demostró, tanto en el proceso administrativo como en el judicial, que el hecho de la entrega o introducción al correo del pliego de la liquidación oficial, había sido contrarrestado o invalidado por otro de efecto inverso, la devolución o desanotación de aquél y, de paso, la inexistencia material del hecho inferido.

Y como, de otra parte, no se observa que la función fiscalizadora de la Administración se hubiera ejercitado, como debiera, en punto a repetir el envío, practicar otra forma de notificación, o reunir la prueba del dolo o culpa de la destinataria, que tenia en favor suyo la presunción de inocencia, carece de relevancia la cuestión atañedera a que algunas de las comunicaciones libradas a aquella, a la misma dirección, si hubieran cumplido su finalidad notificatoria.

Así que en este punto, en discrepancia con los juicios razonamientos del apelante y de la fiscalía, se debe sostener igualmente el fallo recurrido, con lo cual se agota el asunto de *litis*, por sustracción de materia jurídica, como lo anotó oportunamente el *a-quo*.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.

Jorge A. Torrado Torrado, **Secretario.**

INSPECCION CONTABLE-Naturaleza/ **PRUEBA PERICIAL**-Inexistencia/ **PRUEBA CONTABLE**

El acta de inspección administrativa no tiene el carácter de prueba pericial y a lo sumo, por así estar previsto en la ley, se presume que sus datos se extractaron de libros. El valor facturado por el medio publicitario debe ser el mismo que la agencia cobre al cliente o anunciante, salvo que aquélla hubiera realizado trabajos especiales. Por supuesto no existe un sistema de contabilización uniforme aplicable al trabajo de las agencias. Simplemente se parte del supuesto de que las cuentas por cobrar son principalmente cargos a clientes por espacios de publicidad en los medios de difusión, o servicios prestados. Y que sus cuentas por pagar son deudas con editores y otros, por servicios o espacios de publicidad contratados por la agencia en lugar y a nombre de sus clientes. (Ejercicio fiscal de 1974).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., abril veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 0227. Apelación sentencia de diciembre 10 de 1982, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Revisión de impuesto por el año gravable de 1974. Actor: Propagandas y Publiservicios, Cía. Ltda. FALLO.

La Sociedad PROPAGANDAS Y PUBLISERVICIOS, COMPAÑIA LIMITADA, apeló mediante apoderado, la sentencia de 10 de diciembre de 1982, desfavorable a las pretensiones de la demanda, dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los juicios acumulados de revisión de impuestos números 1083, 1233 y 1224 que, en su orden, habían promovido la misma y sus asociados, señores María Patricia Velasco Barriga y Juan Carlos Ve-

lasco Barriga, en relación con actos de investigación, determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1974.

Dichos actos, a saber, la liquidación de revisión No. 102048 de 3 de mayo de 1977 y las resoluciones números 3101 de 29 de mayo de 1978 y 2612 de 2 de agosto de 1979, habían sido expedidas, las dos primeras, por las unidades de auditoría y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y, el último, por la Subdirección Jurídica, División de Recursos Tributarios, de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Sobre el recurso, procede a resolver la Sala, cumplidos los trámites de reconstrucción del proceso.

ANTECEDENTES

En acta de visita de inspección contable, concurrida el 13 de enero de 1977, y dada en traslado a la sociedad contribuyente el febrero 21 subsiguiente, la comisión asignada por la Sección de Autoría Externa, Grupo de Revisoría Contable, de la citada Administración, proyectó la adición de los ingresos brutos de liquidación privada, en cifra de $12.486.239, diferencia entre los "ingresos netos" por $14.809.385, determinados con base en la facturación exhibida por la contribuyente y la "renta bruta" declarada, que lo había sido por $2.323.146.

En apoyo de tal modificación, los comisionados adujeron el hecho de "no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 48 y 53 del Código de Comercio, y 6º, 33 y 34, numeral 3º, del Decreto 2821 de 1974...", habiendo propuesto, además, la aplicación de las sanciones por inexactitud y libros de contabilidad, con base, respectivamente, en los artículos 124 y 126 del Decreto 1651 de 1961 y "33 al 35, inclusive," del Decreto 2821 de 1974.

La liquidación de revisión acogió los planteamientos de la comisión visitadora, en el sentido de sumar a la renta bruta declarada ($2.323.146), los "ingresos no declarados" ($12.486.240), pero, disminuidos éstos en el equivalente de 75% de los mismos ($9.364.680), por concepto de "costo presuntivo", en forma que la "Renta bruta omitida" se liquidó finalmente por $3.121.560 y la "renta bruta fiscal" por $5.444.706.

Se impusieron, asímismo, las sugeridas sanciones por inexactitud y libros.

Los "gastos generales" muestran en la liquidación oficial, una ligera variación por defecto, sin razón aparente. Frente a los computados en la declaración y el acto de inspección.

El incremento de los ingresos se justificó en términos análogos a los del acto de inspección, o sea, por el incumplimiento "a lo estatuido por los artículos 33 y 34, numeral 3º del Decreto 2821 de 1974..." y, además, "a los requisitos exigidos por el artículo 55 Decreto 2053 de 1974...". Se denegó el cruce con "declaraciones de renta de los acreedores", solicitado por la contribuyente, y se desestimaron los "documentos enviados (por éste) para comprobar que la renta bruta (...) solo la constituyen (sic) el 15% del valor de los negocios", por carecer aquellos de fecha cierta, lo mismo que un certificado de contador público, teniendo en cuenta "que la sociedad fue objeto de una inspección ocular de sus libros de contabilidad practicada por funcionarios competentes y su concepto constituye plena prueba salvo que el contribuyente hubiera demostrado su disconformi-

P y G DECLARACION		P y G ACTA	LIQUIDACION
Ingresos:			
Comisiones	$ 2.304.476	$ 14.852.926	
Otros	18.670	32.255	
Brutos...	2.323.146	14.885.181	
(-) Cargos		75.795	
Netos	($ 2.323.146)	$ 14.809.386	$ 12.486.240
(-) Costo presunto, 75%			9.364.680
Brutos omitidos...			$ 3.121.560
(+) Declarados			$ 2.323.146
Brutos fiscales...	$ 2.323.146	($ 14.809.386)	$ 5.444.706
EGRESOS:			
Gastos generales	2.138.518	2.138.518	2.136.718
Renta Líquida...	$ 184.628	$ 12.670.868	$ 3.307.988

dad...".

El siguiente, es el movimiento resumido de las cuentas de ingreso y egreso en la declaración y los reseñados actos:

La resolución administrativa que decidió, adversamente, en primera instancia, los recursos intentados contra la liquidación, expresó en resumen:

a) La contribuyente no satisfizo las exigencias de los artículos 33 y 34, numeral 3º, del Decreto 2821 de 1974, "...la visita adoleció del análisis de los costos de los ingresos por concepto de facturación, pero ello se debió a las formas de contabilización que emplea la empresa, ya que a los costos le daba un tratamiento diferente, no llevándolos a cuentas de resultado, sino a la cuenta de acreedores varios...".

Los documentos aportados por la reclamante, para ilustrar el procedimiento contable empleado en la determinación de los "ingresos propios", no son los "comprobantes externos" que ésta afirma, sino meras relaciones sin firma, carentes de mérito probatorio.

b) La fijación del costo de presunción es válida y surte efectos plenos, puesto que no se acreditaron medios directos para la liquidación de los mismos.

c) La circunstancia de que la reclamante dé a sus costos "un tratamiento diferente, no llevándolos a cuentas de resultado sino a la cuenta de Acreedores Varios, configura el supuesto de hecho del numeral 3º del artículo 34 del Decreto 2821 de 1974, sobre manejo irregular de libros y la consiguiente sanción.

d) Las contravenciones del Código Penal difieren de las fiscales, no siendo por tanto, aplicable a estas la prescripción alegada en materia de inexactitud o libros, que se rige por los artículos 15 y 16 del Decreto 2821 de 1974.

La providencia gubernativa de segundo grado, se reafirmó en el hecho de que, contrario a lo aseverado por la constituyente, ésta solo anexó en la vía gubernativa "una relación de servicios prestados a la empresa contribuyente a sus clientes" y que, "aunque en ella se relaciona el número de las facturas, estas no aparecen en el informativo..." y confirmó la impugnada.

LA DEMANDA

El apoderado de la actora, señala y explica transgredidos estos preceptos:

1. El artículo 17 del Decreto 2053 de 1974, por haberse pretermidido el procedimiento ordinario de depuración de la renta bruta previsto en este, sustituyéndolo por el excepcional del costo presuntivo, no obstante estar debidamente acreditados los costos realizados en el ejercicio.

Seguidamente reproduce los principales apartes de los escritos de objeciones al acto de inspección y de los recursos administrados, donde la contribuyente había puesto de relieve el carácter de "comisionistas publicitarios" (sic), consignado en su declaración de renta, con actividades de simple intermediación entre los "ordenantes" de los correspondientes trabajos y los "medios publicitarios (periódicos, revistas, radio, televisión etc.)", admitiendo que el monto de los ingresos totales reportado por la comisión visitadora era, realmente, el indicado por ésta, de

$14.809.385.13, más sin que el mismo estuviera a su cargo, ni en favor suyo, sino, respectivamente, a cargo y a favor de los "ordenantes" y "medios" citados, no correspondiéndole, pues, en cada transacción, más que una comisión del 15% del importe de ésta (paréntesis en el texto transcrito).

Y habiéndose expresado, igualmente, que la Contabilización se efectuaba debitando "deudores varios, cuenta de cada ordenante", por el 100% del trabajo ordenado, según factura enviada de aquellos, acreditando "acreedores varios" por el 85% del valor del trabajo ejecutado, y acreditando "Ingresos" por el 15% restante, valor de la comisión. Cualquier pago o abono en cuenta de un "deudor", daba lugar inmediatamente a registrar el abono y cargo a "deudores" y "acreedores", respectivamente.

La contribuyente había alegado también, que si el importe de la glosa ($12.486.239) equivalía al valor de los trabajos ejecutados, debió tenerse el mismo como costo, no pudiendo obligársele a declararlo como ingreso bruto propio, pues pertenecía a terceros y a estos se trasladaban, de acuerdo con los comprobantes externos que los visitadores habrían tenido a la vista.

2. El artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, en cuanto se utilizó ilegalmente el método "estrictamente excepcional" contemplado en esta disposición, para la determinación del costo.

Sobre el particular, el libelista sostiene que la contribuyente llevaba "los libros de contabilidad determinados por la ley como obligatorios y los auxiliares necesarios para el completo entendimiento de aquellos", según consta en el acta de inspección, cuyos apartes pertinentes transcribe.

Del mismo modo que, de acuerdo con el artículo 55 del Código de Comercio, conservaba archivados y ordenados los soportes contables de rigor, internos y externos, en especial, "los comprobante y facturas correspondientes a los valores trasladados por PROPAGANDAS Y PUBLISERVICIOS CIA. LTDA. a los diferentes medios y proveedores (televisión, radio, periódicos, revistas, etc), en cuantía de $12.486.238.77, que vendría a contribuir el costo imputable a la suma recibida de las personas que ordenaron los trabajos publicitarios correspondientes ($14.809.385.13) para generar una utilidad a favor de mi representada equivalente al 15.686%, del total de lo recibido, 15.686% que constituye su comisión (...)" y que "fueron entregados para su examen y revisión a los señores de la visita quienes no los estimaron, aparentemente en forma deliberada, afirmación que apoyo en la extorsión que se intentó sobre el gerente de la empresa, señor CARLOS VELASCO VILLEGAS, por parte del sujeto GERMAN CORONADO, quien fue privado de la libertad como resultado del denuncio penal (...) ante el Juzgado 15 de Instrucción Criminal (...). No sobra destacar, como dato curioso, que a los pocos días de practicarse la visita, a la sociedad, los señores MENESES Y ROA (los visitadores) fueron declarados insubsistentes de sus cargos a raíz de una supuesta acusación elevada por otro contribuyente..." (Mayúsculas y paréntesis en el texto transcrito, salvo el último).

También, que anexa a la nota de 28 de abril de 1977, había remitido a la División de Auditoría Externa de la Administración, "la relación detallada de los traslados efectuados a quienes le prestaron sus servicios, con indicación de los nombres y apellidos o razón social de los beneficiarios, número de identificación tributaria, concepto y cantidad pagada...".

En igual forma, que con ocasión del recurso administrativo de reposición, había acompañado, en copias autenticadas, la totalidad de los comprobantes externos de los visitadores habían omitido examinar, junto con relación discriminada de los beneficiarios y las facturas, de cuya entrega, a la Sección de Correspondencia de la Administración, en 2.157 folios, se había dejado constancia en la copia del escrito del recurso y que, "en esta oportunidad, me permito corroborar con la certificación expedida por el señor Notario Cuarto del Círculo de Bogotá". El certificado notarial, según lo transcrito en la demanda, refiere la autenticación de 2.100 copias, aclarándose en esta, que el mayor número de folios indicados en el memorial del recurso, obedecía al acopio de otros anexos.

Cuestiona, así, lo dicho al respecto por los funcionarios de las oficina nacional y central de recursos tributarios, especialmente la afirmación de estos últimos relativa a que el expediente "contentivo de la resolución No. 1-0003101-P de mayo 29 de 1978", consta solo de 218 folios, pues halla que la misma se basó en la constancia del grupo de correspondencia, radicación y pruebas de la Sección de Documentación de la Dirección General de Impuestos Nacionales, "dependencia a donde fueron remitidos los antecedentes desde la Administración de Impuestos de Bogotá, sin la inclusión, claro está, de las 2.100 fotocopias de los comprobantes externos, extraviados al parecer con claros propósitos de represalia...".

3. El artículo 27 del Decreto 2821 de 1974 supuesto que en la vía gubernativa se ignoró íntegramente el mérito probatorio de la documentación acompañada del recurso de reposición, aspecto en el que remite, una vez más, a conducta "mal intencionada, extraña a inexplicable" de los visitadores, denunciada en su momento por el representante legal de la sociedad actora, motivo por el que éste había pedido la práctica de una inspección ocular, denegada con violación del precepto indicado y del artículo 6º del Decreto 1078 de 1974, "toda vez que la solicitud (...) estaba reforzada, no solo por las serias acusaciones del señor Gerente, sino también con otros medios probatorios, tales como los comprobantes externos (...) y la certificación expedida por el contador público PEDRO IGNACIO SANTOS PARDO, con matrícula No. 439-P (sic), e inscrito en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, sobre los libros de la sociedad, sistema contable y demás aspectos relativos a la forma en que son llevados ..." (mayúsculas en el texto transcrito).

4. Los artículos 33, 34, 35 y 40 del Decreto 2821 de 1974, los dos primeros y el último, por haberse esgrimido sus disposiciones como fundamento de la edición de la renta bruta, pero no del reconocimiento del costo correlativo y dándose a un mismo medio probatorio tales valoraciones contrapuestas, contra el principio de la indivisibilidad de la prueba. El tercero, no configurarse ninguno de los supuestos

ahí contemplados para la aplicación de la sanción por libros, la cual, en su sentir, carece de motivación específica.

5. Los artículos 124 y 126 del Decreto 1651 de 1961, dado que es de la esencia del fenómeno de la inexactitud, la concreción de errores y omisiones de los que derive un menor impuesto, por causas imputables, o no, al declarante, que en el caso en consideración no se estructuran y que, "todo quedaría reducido, entonces, a una diferencia de interpretación entre la firma y los funcionarios de impuestos acerca de las disposiciones legales relativas a la forma de llevar los registros contables, eventualidad en la que tampoco se causa sanción por inexactitud...".

Entre otras pruebas, la actora solicitó y obtuvo la práctica de inspección judicial, con intervención de peritos contadores.

EL FALLO APELADO

En el examen del cargo atinente a la presunción del costo, destácase el hecho de que el estado de pérdidas y ganancias, anexo a la declaración del período discutido, no muestra, "el total de ingresos sobre los cuales se hubieran estimado las comisiones, menos aún los costos, ni el porcentaje de comisión, sin que en los restantes anexos se encuentren datos al respecto", y, en cambio, la visita administrativa revele, objetivamente, la existencia de "ingresos no contabilizados con un total de $12.486.238.77...".

Asímismo, conforma al dictamen de los expertos y la facturación acompañada a la adición y ampliación del mismo, que si bien era demostrable que los medios publicitarios facturaban el valor del servicio a la demandante y, esta, a su turno, a sus clientes, de quienes recibía las correspondientes cantidades dinerarias para pagar a aquellos, también lo era que el total de lo percibido en condición de intermediaria, constituía su ingreso bruto y lo pagado a los medios, el costo imputable a tal ingreso, lo cual evidenciaba que "la demandante si estaba obligada a denunciar ingresos y costos, lo que no hizo...".

Se desaprueba, pues, el método de contabilización utilizado, principalmente, en cuanto se parte del supuesto de un beneficio bruto del 15% de lo percibido, sin prueba de ello.

Con miras a dilucidar el problema de la "realidad de los costos", se analizan cuatro "cuadros" producidos por los peritos:

El primero, una relación de las facturas libradas por los medios publicitarios, con totalizaciones mensuales, por valor acumulado de $12.398.317.73.

El segundo, una relación de las facturas expedidas a los clientes, que suman, en bruto, $14.852.925.80.

El tercero, el movimiento de la cuenta comisiones publicitarias, con saldo final de $2.398.941.85.

Y el último, un listado de facturas, "en las cuales se cita el porcentaje de comisión por un total de comisiones de tan solo $120.338.65...".

Al decir del *a quo*, de no haberse exigido la adición y ampliación del peritaje, en punto a que se suministraran, "en reproducción textual, las facturas expedidas por 7 medios publicitarios, en los meses señalados para cada uno de ellos en el auto respectivo, así como las facturas de la actora a los correspondientes clientes, necesariamente los cuadros a que antes se hizo referencia habrían llevado a la Sala a una decisión favorable a las pretensiones de la demandante...".

Mas, encuentra que las facturas añadidas a la ampliación del experticio, desvirtúan las conclusiones de ésta, pues de las siete requeridas, expedidas por medios publicitarios, solamente dos concuerdan en cuantía con los costos relacionados en el "cuadro No. 1", acusando, las restantes, valores superiores a los discriminados en este, inconsistencia que implicaría, o que hubo ingresos no contabilizados, o que se registró pérdida en lugar de utilidad, pero que en todo caso da al traste con el argumento de que este era solo del 15% y demuestra que los libros no reflejaban la realidad de los costos.

En lo que dice relación con la facturación a clientes, confrontada con la anterior, encuentra "un hecho absurdo: que el valor del servicio facturado por el medio publicitario se pasa por idéntico valor al cliente, sin que en ninguna de las facturas aparezca porcentaje de comisión, excepción hecha de las expedidas por Editorial América S.A., y Publicidad Salgar Jaramillo, que son precisamente las que coinciden en la primera confrontación. Quiere decir entonces que la actora habría trabajado en la mayoría de los casos a título gratuito...".

Ello sin tomar en cuenta aún, que hay facturas, como la No. 09924 de Induacero, donde se pacta una comisión del 17.65% que, por si fuera poco, no cubre sino parte del servicio prestado.

Como consecuencia, concede razón a la Administración Impositiva en cuanto afirmó que los costos discutidos no eran determinables a través de la contabilidad exhibida por la contribuyente y estima configurados los supuestos del artículo 31 del Decreto 2953 de 1974, por ausencia de la debida correspondencia entre la pericia y la facturación, e igualmente demostrable que los costos computados en aquella no eran los reales.

Por lo que hace a las sanciones, sostiene que la forma de contabilización de los ingresos y las inconsistencias establecidas en el peritaje, en frente de la facturación analizada, fuerzan la confirmación de la aplicada por libros.

Y que si "los costos que arroja la facturación es (sic) mayor (sic) que la (sic) contabilizada (sic) y la misma actora sostiene que tuvo la utilidad del 15% de los

ingresos, es porque hay ingresos no denunciados, por lo tanto, no hay base para revisar la sanción (por inexactitud)...". (Paréntesis, fuera de texto).

Finalmente, respecto de los juicios acumulados de los socios María Patricia Velasco Barriga y Juan Carlos Barriga, se pronuncia adversamente a las pretensiones de sus respectivas demandas, en cuanto condicionadas estas a la prosperidad de la acción promovida por la sociedad.

EL RECURSO DE APELACION

Estima la apelante que la controversia está centrada en la disparidad de criterios, en torno del método de determinación de sus ingresos "netos" que, según la Administración y el fallo recurrido, cuyos fundamentos no discute, debería sujetarse a la declaración de la totalidad de los ingresos percibidos de los clientes, empero que no está dispuesta a aceptar, "bajo ningún punto de vista", que se computen aquellos sin reconocer el traslado de los correspondientes costos, en cuantía de $12.486.238.77, los cuales, dice, figuran en los comprobantes y facturas puestos a disposición de la comisión visitadora y, posteriormente, de la oficina seccional de recursos tributarios.

Cree entender el porqué de la no apreciación de tales documentos en la vía gubernativa, más no que el Tribunal de primera instancia se hubiera abstenido de pedir los mismos a la Administración.

Sobre el dictamen de los expertos precisa que, a) las facturas se libraron a su nombre, por cuanta y a cargo de los clientes; b) aunque la mayoría de aquellas no discriminan la comisión, se parte de que el cuestionado porcentaje del 15% "es el valor que común y ordinariamente se paga a las agencias publicitarias, aplicable, dicho sea de paso, en casi todos los países del mundo"; c) la utilidad bruta resulta, por tanto, como se admite en la sentencia, de restar, de los valores pagados por los clientes, los costos o traslados a los medios publicitarios; éstos aparecen, por su valor neto, en el primer cuadro del experticio y aquellos, por su valor bruto, sin el descuento de la comisión, en el segundo; en tanto que "el análisis y comprobación contable de los ingresos o comisiones", figuran en el tercero, y una "pequeñísima parte" de las facturas que contienen discriminado el importe de la comisión, en el cuarto; contrario a lo que supone el *a-quo*, las cifras del primer cuadro, es de los costos o traslados, deben ser menores que las facturadas por el medio publicitario, correspondiente a la diferencia al valor de la comisión; los dos casos citados por el *a quo*, en los que coinciden los valores, se explican porque incluyen la comisión; e) el hecho de la factura producida por el medio publicitario era cuantitativamente igual a la que la sociedad libra a su cliente, obedece a que aquélla recibe de ésta el 100% del importe del servicio, se reserva el 15% por concepto de su comisión, y paga el 8.5% al medio publicitario, si en algunos casos figura un porcentaje de comisión del 17.65%, es porque en los mismos el medio publicitario no ha reconocido comisión, en cuyo evento, de acuerdo con "la fórmula matemática empleada por todas las agencias publicitarias (...), sobre los valores netos de recarga de

comisión, sumándole a este valor neto el 17.65%, que equivale de manera exacta al 15% del valor bruto (100-15 = 85% - 85 X 17.65% = 100)..." (paréntesis en el texto del recurso).

O lo que es lo mismo, que al valor bruto se resta el 15% y al valor neto se añade el 17.65%, "para generar siempre el mismo margen de utilidad o comisión...".

Concluye, pues, que no se puede "generalizar" el método de facturación, como lo hizo el *a-quo*, sino que debe atenderse a si cada factura expresa un valor "neto" o uno "bruto", según lo expuesto en los cuadros del peritaje, no siendo lícito, en todo caso, mantener el sistema de presunción del costo, pues éste se prevé sólo en las hipótesis del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, que, en su sentir, no se dan aquí, pues los costos eran conocidos y de no serlo, debían haberse determinado de acuerdo con los incurridos por otras agencias publicitarias.

En lo que respecta a las sanciones, remite a los fundamentos de la demanda.

ALEGATOS DE LAS PARTES

El Director General de Impuestos Nacionales, alegato único, por conducto de su delegado, manifiesta oponerse a las pretensiones de la apelante, por considerar que, de conformidad con el experticio, sus anexos y ampliación y adición, y la facturación anexa a los autos, ocurrió el fenómeno de la ocultación de ingresos reportado por la comisión visitadora y ratificado en el fallo de instancia, a más de que, en materia de costos, no era previsible otra forma de determinación de aquellos que el empleado por la Administración.

Pide, igualmente, mantener las sanciones aplicadas, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho del citado fallo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO:

En su vista de fondo, el señor Fiscal Tercero de esta Corporación, se pronuncia por la revocación de la sentencia apelada para que, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Estima que el asunto se debe dirimir con arreglo al alcance probatorio que se concede al dictamen pericial, el cual, en la primera instancia del juicio, se tuvo por la Fiscalía, como "muy detallado y explícito", y demostrativo de que, según lo afirmado por la accionante, el informativo tributario tenía respaldo pleno en su contabilidad, la que, por lo demás, era llevada con sujeción a la ley,

Y que dado que la ampliación y adición del peritaje dicho, "no se complementa con nuevos estudios u observaciones", sino que se limita a allegar los documentos solicitados por el *a-quo*, conserva sus caracteres primitivos, en el sentido de ser, "el producto de un minucioso, serio y detallado análisis de la contabilidad

de la contribuyente y de una considerable cantidad de documentos y comprobantes contables", que ofrece, a su ver, plena credibilidad, y no se afecta en su contexto por las discrepancias surgidas con ocasión de la "ampliación", debiendo ser apreciado con sujeción a las reglas del artículo 241 del Código de Procedimiento Civil.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. ***Sobre el acta de inspección contable***

La motivación del informe rendido por la comisión visitadora, base y sustento de la liquidación oficial y de los demás actos administrativos, es deficiente, pues en parte alguna de la misma se especifica por qué se infringieron los artículos 48 y 53 del Código de Comercio, o los artículos 6º, 33 y 34, numeral 3º del Decreto 2821 de 1974, que tratan, en su mayoría, de tan variados como numerosos tópicos de orden técnico contable.

Apenas si se diría medianamente singularizada la supuesta transgresión del artículo 34, numeral 3º, de este último decreto, porque alude concretamente a un solo vicio: que no se llevan los libros adecuados a la índole de la actividad, o no reflejan estos su verdadero movimiento, hipótesis descontables, por sustracción de materia, pues en el detallado análisis de los libros principales y auxiliares, que se hace en el capítulo pertinente del acta de inspección, no se glosan irregularidades de tal especie, en lo que se debe dar razón a la actora.

Se sigue que la presunción de ser ciertos los hechos consignados en la declaración y a los cuales remitía expresamente el artículo 72 del Decreto 1651 de 1961, no fue desvirtuada por el acta en cuestión ni, de otro lado, la Administración presentó prueba contraria, toda vez que se atuvo, particularmente en la liquidación, a argumentos de vaguedad semejante a la de los expuestos en el acta. Contrariamente, en este mismo acto, restó eficacia a pruebas, como el certificado de contador público aducido en el término del traslado del acta, con el expediente de haberle precedido una inspección de libros.

La Sala ha dicho que el acta de inspección administrativa no tiene el carácter de prueba pericial y que a lo sumo, por así estar previsto en el artículo 92 Ib., se presume que sus datos se extractaron de libros, más, como en la misma según lo dicho, nada se precisó en relación con vicios o irregularidades específicos, carecía de mérito de plena prueba que se le atribuyó en la liquidación de revisión.

2. ***Sobre la determinación de costos***

Dentro de las prácticas mercantiles, usualmente aceptadas, la agencia publicitaria ejecuta un actividad de intermediación entre el anunciante y el editor del aviso o medio publicitario, que es retribuida realmente por este, mediante el reconocimiento de un margen de beneficio, generalmente del 15% como lo apunta la actora, y de un determinado descuento que, naturalmente, no se otorgarían por el

editor o medio si el anunciante se propusiera preparar, redactar, diseñar y colocar personalmente la propaganda o anuncio, con prescindencia de la agencia.

La colocación directa de un aviso, por ejemplo, en una revista, se carga al anunciante a un precio convenido en línea, que no incluya en importe de la confección del mismo, por lo que, de hecho, es más económico para aquel encargar su publicidad a una agencia, a menos que se trate de un trabajo artístico, o que se requiera la elaboración de clisés o planchas para ilustrar el anuncio, que constituyen un cargo adicional del costo, que habrá de facturar directamente la agencia que ejecuta esta labor.

Esto significa que el valor facturado por el medio publicitario debe ser el mismo que la agencia cobre al cliente o anunciante. Salvo que aquélla hubiera realizado los trabajos especiales mencionados.

Por supuesto, no existe un sistema de contabilización uniforme aplicable al trabajo de las agencias. Simplemente se parte del supuesto de que las cuentas por cobrar son principalmente cargos a clientes por espacios de publicidad en los medios de difusión, o servicios prestados. Y que sus cuentas por pagar son deudas con editores y otros, por servicios o espacios de publicidad contratados por la agencia en lugar y a nombre de sus clientes.

Por ello, el principio, no es objetable el procedimiento de los cargos y abonos permanentes, respectivamente, a la cuenta "deudores", por el importe total del trabajo realizado, y a la cuenta "acreedores", por el 85% de aquél, con crédito a "ingresos" por el 15% restante, que representaría el valor de las comisiones.

Tal método hace prever, sin embargo, que esta última cuenta deba ser acreditada, además, con los valores correspondientes a los trabajos especiales ejecutados directamente por la agencia para sus clientes y a los descuentos concedidos por el editor o el medio publicitario en general y, por otra parte, que en las declaraciones tributarias se muestra el movimiento acumulado de las tres cuentas y se imputen sus respectivos valores a pérdidas y ganancias, en forma de distinguir, nítidamente, el monto del ingreso bruto y el de los costos y gastos totales de las transacciones, pues, en últimas, como se admite en la demanda, es la agencia la que percibe íntegramente aquel y paga estos.

Ahora bien, aunque la demandante restringió el informe tributario en controversia al ingreso calculado "por dentro", lo cierto es que la Administración no demostró, en ninguna de las fases gubernativa o judicial del proceso, comisiones superiores a las declaradas, o pagos de los clientes por trabajos especiales, o descuentos concedidos por los medios publicitarios, de donde se derive que, a pesar de la incorrección, no del procedimiento contable sino de la declaración de renta del período discutido, no se configuró la omisión de los ingresos aducida por los funcionarios impositivos ni, había lugar a las sanciones liquidadas.

Los reparos del *a-quo,* en cuanto a la presunta inconsistencia de cuantía de algunas de las facturas analizadas, con los extractos del movimiento contable presentados por los peritos contadores, se tienen por desvirtuados conforme a las explicaciones del señor apoderado de la actora suministradas en su escrito de apelación. Además, porque es preciso admitir que el experticio reunía los caracteres de idoneidad que, acertadamente, le atribuye el señor Fiscal Tercero.

En conclusión, la virtual ineficacia probatoria del acta de inspección, la aptitud del sistema contable y comprobantes de la actora y la calidad de la prueba pericial practicada en juicio, son suficientes para que prospere el recurso intentado y se revoque la sentencia objeto de este.

Y puesto que en los juicios acumulados solo se debatió el mayor valor que, por participaciones en la sociedad actora, se liquidó a los socios, procederán, asimismo, las correlativas modificaciones.

PROPAGANDAS Y PUBLISERVICIOS, COMPAÑIA LIMITADA
NIT: 60.008.326 A
AÑO GRAVABLE: 1974

CONCEPTO	BASE IMPONIBLE	IMPUESTO
Renta:		
Gravable, según liquidación privada No. 5424, mayo5/75, a la tasa del 20%	$ 185.686	$ 37.137
Descuentos:		
Por donaciones, no discutido		360
TOTAL A CARGO...		$ 36.777

REPARTO DE RENTA

Renta gravable		$ 185.686
menos: Impuesto liquidado:	$ 37.237	
Reserva legal del ejercicio	18.463	55.600
Renta para distribuir		$ 130.086

SOCIOS	PROPORCION	PARTICIPACION
Carlos Velasco Barriga	40	$ 52.034
Consuelo Barriga de Velasco	20	26.016
María Consuelo Velasco Barriga	10	13.009
María Patricia Velasco Barriga	10	13.009
María Cecilia Velasco Barriga	10	13.009
Juan Carlos Velasco Barriga	10	13.009
	(100%)	(130.086)

MARIA PATRICIA VELASCO BARIGA
NIT: 50.368.042 A
AÑO GRAVABLE: 1974

CONCEPTO	BASE IMPONIBLE	IMPUESTO
Renta:		
Gravable, según liquidación privada No. 5961, mayo 19/75, con ajuste participación	$ 12.935	$ 1.294
Descuentos:		
Personal, no discutido	1.000	
Especial, no discutido	1.134	2.134
TOTAL A CARGO...		-0-

JUAN CARLOS VELASCO BARRIGA
NIT: 50.368.040 A
AÑO GRAVABLE: 1974

CONCEPTO	BASE IMPONIBLE	IMPUESTO
Renta:		
Gravable, según liquidación privada No. 5963, mayo 19/75, con ajuste participación	$ 12.935	$ 1.294
Descuentos:		
Personal, no discutido	1.000	
Especial, no discutido	1.000	2.000
TOTAL A CARGO...		-0-

Se practican, por tanto, las siguientes nuevas liquidaciones de la sociedad y sus socios, con sujeción a los factores de liquidación privada presentados por aquéllos:

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo contencioso administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Revócase la sentencia apelada.

En su lugar, modifícanse las liquidaciones del impuesto sobre la renta y complementarios determinados a la Sociedad demandante y los dos socios cuyos procesos fueron acumulados a este, por el año gravable de 1974.

Como consecuencia, fíjanse las siguientes cantidades dinerarias, por el concepto y período expresados:

1. A cargo de la sociedad PROPAGANDAS Y PUBLISERVICIOS, COMPAÑIA LIMITADA, NIT: 60.008.326A, la suma de TREINTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS ($36.777).

2. A cargo de la socia MARIA PATRICIA VELASCO BARRIGA, NIT: 50.368.042A, no se señala suma alguna.

3. A cargo del socio JUAN CARLOS VELASCO BARRIGA, NIT: 50.368.040A, no se señala suma alguna.

Los restantes factores de distribución, conforme a la liquidación privada de la sociedad no se modifican.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ CONTRIBUYENTE -Definición

No son equiparables los términos de "no contribuyentes" con los de sujetos no gravados con el impuesto sobre la renta. No puede restringirse el concepto de contribuyentes a aquél que efectivamente se encuentre gravado con la obligación de pago del impuesto, para deducir, como lo hace la norma reglamentaria acusada, que se entiende como no contribuyente a las personas naturales o jurídicas y sociedades de hecho, que aun cuando percibieren renta o poseyeren bienes en colombia no resulten o no se encuentren gravados con el impuesto. Es evidente la violación de la norma reglamentada y del artículo 120-3 de la Constitución en cuanto desborda la potestas reglamentaria.

DECLARA LA NULIDAD del inciso 2o. del artículo 6º del Decreto Reglamentario 1354 de 1987, proferido por el gobierno nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., abril veintisiete (27) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 1960. Acción de Nulidad contra el inciso 2o. del artículo 6º del Decreto Reglamentario 1354 de julio 17 de 1987. Actor: Guillermo Forero Mendoza. FALLO.

El ciudadano GUILLERMO FORERO MENDOZA, actuando en nombre propio, solicita mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, la nulidad del inciso 2o. del artículo 6º del Decreto Reglamentario 1354 de julio 17 de 1987, expedido por el Gobierno Nacional, norma que fue suspendida provisionalmente por esta Corporación, mediante auto de abril 25 de 1988.

I. EL ACTO ACUSADO

Es norma acusada el inciso 2o. del artículo 6º del Decreto 1354 de 1987, que se transcribe en su totalidad para mayor comprensión, subrayando la parte demandada.

"ARTICULO 6º. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 75 de 1986, no serán deducibles los costos y gastos de los contribuyentes cuando correspondan a los pagos o abonos en cuenta a favor de sus vinculados económicos que tengan el carácter de no contribuyentes del impuesto sobre la renta.

"*Para efectos del presente artículo se entenderán como "no contribuyentes" las personas naturales o jurídicas y las sociedades de hecho, que aún cuando percibieren rentas o poseyeren bienes en Colombia, no se encuentran gravados con el impuesto sobre la renta.* (Subrayas de la Sala).

"De conformidad con el artículo 261 del Código de Comercio y para los efectos de este artículo, se entiende que hay vinculación económica cuando entre contribuyentes y no contribuyentes existan intereses económicos, financieros o administrativos comunes o recíprocos, así como cualquier situación de control o dependencia, salvo cuando el beneficiario del pago o abono sea una entidad oficial o de derecho público.

"Parágrafo: Cuando el pago o abono en cuenta corresponde a intereses y demás gastos financieros y sea efectuado por contribuyentes vigilados por la Superintendencia Bancaria, lo dispuesto en el inciso 1o. de este artículo se aplicará solamente cuando los rendimientos pagados excedan de la tasa máxima de colocación permitida por las normas pertinentes".

II. LA DEMANDA Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Pretende el demandante la nulidad de la norma acusada y formula en resumen los siguientes cargos de inconstitucionalidad e ilegalidad:

1. Violación de los artículos 3º, 4º, 5º y 6º del Decreto Ley 2053 de 1974, y 31, 32, 33 y 34 de la Ley 75 de 1986, normas que señalan como sujetos pasivos de la obligación tributaria del impuesto sobre la renta a las personas naturales y sucesiones ilíquidas (Artículo 3º Decreto 2053 de 1974); las sociedades anónimas y asimiladas (Decreto 2053 de 1975, artículo 4º y Ley 75 de 1986, artículo 31 a 33); las sociedades limitadas y asimiladas (Decreto 2053 de 1974, artículo 5º Ley 85 de 1986, artículo 34); las sociedades extranjeras de cualquier naturaleza (Decreto 2053 de 1974 artículo 6º; en razón de que el inciso acusado suprime a los contribuyentes señalados por norma superior la calidad de tales, sin que la norma reglamentaria tenga tal eficacia jurídica, y al arrogársela constituye violación flagrante del mandato superior.

2. Violación del artículo 43 de la Ley 75 de 1986 que dispone:

"ARTICULO 43. No serán deducibles los costos y gastos de los contribuyentes, cuando correspondan a pagos o abonos en cuenta a favor de sus vinculados económicos que tengan el carácter de no contribuyentes del impuesto".

Dice el demandante que no son contribuyentes las personas a quienes la ley no ha llamado como sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria, y a contrario sensu, son contribuyentes las personas a quienes la ley les ha dado esa característica, que es el Decreto Ley 2053 de 1974 el que precisa en sus artículos 3º a 6º, quienes son contribuyentes y excepcionalmente el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 75 de 1986, cita algunas asociaciones y corporaciones que no tienen tal calidad y por lo tanto, cuando la norma acusada asimila a "no contribuyentes" a personas que por la Ley tiene tal condición, está violando el mandato superior, pues el ejecutivo no tiene la facultad de derogar, modificar o sustituir normas con fuerza de ley.

3. Acusa igualmente, violación del artículo 43 de la Constitución Nacional, porque en tiempo de paz, sólo el Congreso puede fijar, precisar y determinar todos los elementos esenciales de la obligación tributaria y que *so pretexto* de reglamentar la norma superior, el ejecutivo ha quitado la calidad de contribuyentes a quienes por ley lo son, hecho con el cual está asumiendo ilegalmente la función legislativa.

4. Que por esta misma circunstancia viola el artículo 120 numeral 3º de la Constitución Nacional, porque el contenido de la norma acusada excede la facultad reglamentaria, al presumir que las personas naturales y jurídicas no son contribuyentes, actitud con la cual está derogando o subrogando normas con carácter de ley.

II. LA OPOSICION

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante apoderado judicial se opone a los cargos y peticiones de la demanda y estima que cuanto el Título II del Decreto 2053 de 1974 se refiere a los sujetos pasivos del impuesto sobre la renta lo hace en forma general, abstracta e hipotética toda vez que el presupuesto de hecho o hecho imponible que los convertirá en sujetos pasivos o "propiamente contribuyentes" del impuesto, no se sabe si ocurrirá o no, Que en consecuencia no serán contribuyentes del impuesto sobre la renta, además de aquellos entes excluidos expresamente por la ley tributaria como sujetos pasivos del impuesto, aquéllas personas naturales o jurídicas y sociedades de hecho en los cuales los presupuestos de hecho no se cumplen y por lo tanto seguirán siendo simples sujetos pasivos potenciales del impuesto.

Cita para reafirmar su tesis la Ley 52 de 1977, artículo 1º y el Decreto 825 de 1978 artículos 1º y 2º, especialmente este último, cuando define quienes son contribuyentes, para concluir que a contrario *sensu*, no son contribuyentes aquellos

sujetos pasivos potenciales, innominados y genéricos respecto de quienes no se realiza el hecho generador de la obligación tributaria y que igualmente, tampoco lo serán los entes que expresamente hayan sido exencionados por la ley tributaria como sujetos pasivos del impuesto en quienes no se realiza el hecho imponible, como al expresamente excluido del impuesto, a quienes se refiere el legislador en el artículo 43 de la Ley 75 de 1986.

Que en este sentido, la norma acusada, trata igualmente a los sujetos pasivos potenciales cuando respecto de ellos no se ha cumplido el hecho generador de la obligación tributaria, así hayan percibido rentas o poseído bienes en Colombia, ya que dichos sujetos pueden ser "no contribuyentes" porque el valor de sus bienes o rentas no alcanzan a estar sujetos al tributo o están exonerados por la ley fiscal.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas Fiscal Sexto de la Corporación, emitió concepto de fondo y solicita se acceda a las súplicas de la demanda, tanto por las razones expuestas por la Corporación al suspender el acto acusado y al confirmar tal determinación, como por ser evidente la contradicción entre el reglamento y la norma reglamentada, cuyo espíritu se infiere de la misma exposición de motivos que el artículo 43 de la Ley 75 de 1986, hicieron tanto el Ministro de Hacienda y Crédito Público, como el Senador ponente para el primer debate, y conforme con la cual la razón de ser el artículo fue la de no permitir la deducción de pagos hechos a favor de personas que como las entidades sin ánimo de lucro, no eran sujetos pasivos del impuesto.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para un mejor entendimiento, la Sala transcribe tanto el texto de la norma reglamentada, como el inciso demandado:

Ley 75 de 1986. Artículo 43:

"No serán deducibles los costos y gastos de los contribuyentes, cuando correspondan a pagos o abonos en cuenta a favor de sus vinculados económicos que tengan el carácter de no contribuyentes del impuesto sobre la renta".

Decreto 1354 de 1987 artículo 6º, inciso 2o.:

...

"Para los efectos del presente artículo se entenderán como "no contribuyentes" las personas naturales o jurídicas y las sociedades de hecho, que aún cuando percibieren rentas y poseyeron bienes en Colombia, no se encuentren gravadas con el impuesto sobre la renta".

...

Tal como se expuso en auto de 25 de abril de 1988, mediante el cual se suspendió provisionalmente la norma acusada y en la providencia de la Sala, de agosto 19 del mismo año, (publicada en extractos T. IV 1988 p. 363), mediante la cual se confirmó dicha suspensión, efectivamente de la simple confrontación de los textos transcritos, se observa que cuando el inciso 2o. del artículo 6º del Decreto 1354 de 1987 al tratar de reglamentar el artículo 43 de la ley 75 de 1986, precisa que para los efectos previstos en la norma reglamentada se entenderán como "no contribuyentes" a las personas naturales o jurídicas y las sociedades de hecho, entes que de acuerdo con la normatividad vigente contenida tanto en el Decreto 2053 de 1974, como en la misma Ley 75 de 1986 si son contribuyentes, transgrede la norma superior y excede la potestad reglamentaria al desconocer las normas legales que establecen quienes son contribuyentes del impuesto sobre la renta.

Para la Sala, contrariamente a lo expuesto por el delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no son equiparables los términos de "no contribuyentes", con los de sujetos no gravados con el impuesto sobre la renta.

Son contribuyentes los sujetos pasivos: personas, entidades y masa de bienes señalados expresamente por la ley en cuanto poseen aptitud contributiva, independientemente de que debido a que no se configure el hecho imponible puedan no resultar gravados con el impuesto sobre la renta en un período determinado, lo cual en nada mengua su aptitud de sujeto pasivo del impuesto. De la misma manera, puede ocurrir que sujetos pasivos respecto de los cuales no se realice ningún hecho económico, pueden resultar con obligación de pago del tributo por voluntad del legislador, en razón de sus circunstancias económicas de ejercicios anteriores, como en el caso de la renta presunta que se determina con base en el patrimonio líquido del ejercicio anterior al gravable.

Puede así mismo, realizarse respecto de un sujeto el hecho generador de la obligación tributaria del impuesto sobre la renta, esto es, la obtención de ingresos o posesión de un patrimonio dentro del país o fuera de él, pero por voluntad de la ley, atendiendo a diversas razones, se le exenciona del pago del tributo que deba pagar, sin que ello implique que ha perdido su condición de contribuyente. Por el contrario, no podría entenderse la exención del tributo sobre sujetos que no tengan la calidad de contribuyentes porque solo puede liberarse de gravamen lo que previamente está gravado con impuesto.

Por este motivo no puede restringirse el concepto de contribuyentes a aquél que efectivamente se encuentre gravado con la obligación de pago del impuesto, para deducir como lo hace la norma reglamentaria acusada, que se entiende como no contribuyente a las personas naturales o jurídicas y sociedades de hecho, que aún cuando percibieran renta o poseyeren bienes en Colombia (hecho imponible) no resulten o no se encuentren gravadas con el impuesto, ya que ello equivaldría a considerar que sólo es contribuyente el sujeto de quien pueda exigirse una obliga-

ción de pago y que no lo son, por exclusión, aquellos sujetos pasivos señalados por la misma ley a quienes por alguna circunstancia no les resulte tal exigencia.

Asiste razón a la Señora Fiscal cuando afirma que, de la misma exposición de motivos que del artículo 43 de la Ley 75 de 1986 efectuaron tanto el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, como el ponente para primer debate en el Senado de la República, se infiere que el espíritu de la norma no fue el de no permitir la deducción de pagos a favor de personas o entidades que no contribuyeran efectivamente con el impuesto, sino evitar la evasión con pagos a favor de personas que como las entidades sin ánimo de lucro no eran sujetos pasivos del impuesto.

Es evidente en consecuencia, la violación de la norma reglamentada artículo 43 de la Ley 75 de 1986 así como de las disposiciones contenidas en el Decreto 2053 de 1974, artículos 3º, 4º, 5º y 6º, como de la Ley 75 de 1986 artículos 31 a 34, por parte de la norma acusada en cuanto pretende definir como "no contribuyentes" a los sujetos que por disposición de la norma superior si son contribuyentes del impuesto sobre la renta y del artículo 120, ordinal 3º de la Constitución Nacional en cuanto desborda la potestad reglamentaria, allí prevista.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Declárase nulo el inciso 2o. del artículo 6º del Decreto Reglamentario 1354 de 1987, proferido por el Gobierno Nacional.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE REGISTRO Y ANOTACION

Pueden distinguirse dos sectores a los cuales se destina su recaudo: a) uno a fondos comunes del departamento y b) otro correspondiente a los aumentos de tarifas de la Ley 24 de 1963 destinado exclusivamente a los programas de asistencia social desarrollados por los Servicios Seccionales de Salud.

SE DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1º y 2º de la Ordenanza No. 10 de noviembre de 1983, expedida por la Asamblea de Santander.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., mayo cuatro (4) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Actor: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Asuntos Departamentales. FALLO.

Se decide el recurso de apelación que la señora apoderada judicial del Departamento de Santander interpuso oportunamente contra la sentencia dictada el 21 de septiembre de 1988 por el Tribunal Contencioso Administrativo del mismo Departamento.

La sentencia apelada declaró la nulidad de los artículos 1º y 2º de la Ordenanza No. 10 dictada el 10 de noviembre de 1983 por la Asamblea de Santander mediante la cual dispuso que el Impuesto de Registro y Anotación "se hace efectivo por las Recaudaciones de Rentas Departamentales o por las Tesorerías Municipales donde estas oficinas esten autorizadas para recaudar Rentas Departamentales". Se dispuso igualmente que el producido del recaudo fuera girado directamente a la Tesorería General del Departamento y que el aumento de los impuestos decretado por la Ley 14 de 1982 fuera recaudado conjuntamente con los del Departamento y girado mensualmente al Servicio Seccional de Salud.

Fundamentalmente la demanda se encaminó a demostrar la ilegalidad de estas disposiciones en cuanto con ellas se modificaron las entidades recaudadoras señaladas por el Decreto 910 de 1982, reglamentario de la Ley 14 de 1982.

LA APELACION

El Departamento por medio de su apoderada judicial impugna la sentencia con el argumento de que la Ley 14 del /82 dejó vigente la regulación de la Ley 4a. de 1913 que confiere a los Departamentos la facultad de recaudar sus impuestos y que más bien "la norma no ajustada a la ley ni a la Constitución, es el Decreto 910 de 1982" porque éste adicionó el contenido de la Ley 14 lo cual no puede según la conocida y reiterada limitación de la potestad reglamentaria del Presidente.

En opinión del Fiscal Tercero Dr. Ossa Arbeláez, la sentencia debe confirmarse.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Desde la Ley 4a. de 1913 -art. 97 No. 37- incorporada hoy en el numeral 15 del artículo 62 del Decreto Extraordinario 1222 de 1986, las Asambleas Departamentales han gozado de la atribución de "arreglar todo lo relativo a la organización, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Departamento" con lo cual se les ha reconocido a estas entidades el derecho de administrar sus propias rentas y bienes, sobre los cuales la misma Constitución les ha reconocido las mismas garantías que la propiedad y renta de los particulares.

El ejercicio de esta facultad no es autónomo, como no es en general su actividad administrativa que está enmarcada a lo que dispongan las normas de superior jerarquía dentro de las cuales se cuentan las leyes y sus respectivos decretos reglamentarios.

La evolución histórica del Impuesto de Registro y Anotación que viene desde hace un siglo (Ley 39 de 1890) forma parte del calificado por el informe Wiesner - Brid como "el laberinto fiscal" de nuestras fianzas intergubernamentales y aún es válido afirmar "que el lento crecimiento de sus recaudos puede deberse tanto a deficiencias administrativas en su recolección, como a la subestimación de los valores comerciales de las transferecncias que se deben registrar".

En cuanto al destino de los recaudos por este gravamen, pueden distinguirse dos sectores:

1o. El que corresponde en forma exclusiva a los fondos comunes del Departamento que está conformado por el registro de los asctos y a las tarifas indicadas en los literales a, e, I y II del artículo 1º de la Ley 52 de 1920, con la aclaración de que la tarifa del literal a) fue aumentando por el Decreto 2838/54 y el aumento del 10%

inicialmente decretado a favor de las oficinas de Catastro (Ley 128/41) posteriormente fue cedido a los Departamentos por la Ley 33/68 art. 1º -d.

Los actos comprendidos en dichas normas en resumen son: todo acto, contrato o instrumento escriturario, todo gravamen hipotecario cuando es separado del contrato principal, la constitución o prórroga de sociedades civiles o comerciales y el aumento de capital en las mismas.

2o. El que proviene del aumento de tarifas decretado por la Ley 24 de 1963 en los actos e instrumentos mencionados en los demás literales del artículo 1º de la Ley 52 de 1920 que en resumen tratan de lo siguiente:

b- registro de sentencias.

c- registro de testamentos.

d- constitución de poderes.

f- modificación y prórroga de poderes.

g- cancelación de gravámenes.

h- protocolización.

i- remate de bienes.

j- actos notariales sin valor patrimonial.

k- donaciones entre vivos.

m- modificaciones de sociedades y adjudicación de baldíos.

n- división de bienes comunes.

ñ- declaraciones ante notario.

La mencionada Ley 24 de 1963 en su artículo 8º dispuso que los aumentos decretados por los anteriormente enumerados actos, debía ser destinado por las correspondientes entidades para fines de asistencia social "preferencialmente". Pero con el objeto de que esta destinación dejara de ser potestativa y se convirtiera en obligatoria, a iniciativa del Gobierno se dictó la Ley 14 de 1982 que así lo dispuso "a través de una sencilla modificación de su artículo 8º (de la Ley 24/63) en el sentido de destinar dicho instrumento a la asistencia social que brinda el Ministerio de Salud" (Exposición de motivos). Dispuso esta ley:

"Artículo 1º El artículo 8º de la Ley 24 de 1963 quedará así:

"El aumento de los impuestos de Registro de Anotación establecido por la presente Ley deberá ser transferido por las entidades recaudadoras correspondientes,

exclusivamente para los programas de Asistencia Social desarrollados por los Servicios Seccionales de Salud" (Diario Oficial No. 35937).

La sencilla modificación que el legislador de 1982 le hizo a la Ley 24 de 1963 en resumen tuvo por finalidad que "no haya desviaciones en las transferencias" como expresó el Senador ponente Víctor Renán Barco.

No obstante la claridad lograda en cuanto a la destinación de estos recursos, lo cierto es que ni la Ley 24/63, ni la 14 de 1982 se preocuparon de regular en forma concreta el aspecto práctico del recaudo, el cual, por lo menos en cuanto se refiere a los gravámenes de que tratan estas dos leyes vino el Gobierno Nacional, mediante el Decreto Reglamentario 910 de 1982 a precisar como entidades recaudadoras a los Servicios Seccionales de Salud en las capitales de Departamento y con relación al gravamen causado en otras ciudades (no capitales) designó a los Hospitales Regionales y locales y a falta de éstos, a los Tesoreros Municipales, en los siguientes términos:

"Para los efectos de la Ley 11 de 1982 (+SIC), los hospitales locales y regionales en los municipios y los Servicios Seccionales de Salud en las capitales de Departamentos, en las Intendencias y Comisarias, son las entidades recaudadoras del impuesto de Registro y Anotación.

"Parágrafo Primero: En los municipios donde no existe Hospital Local ni Regional, el Recaudo se hará en las Tesorerías Municipales, las cuales deberá transferir los recursos al Servicio Regional de Salud respectivo, dentro de los 10 primeros días de cada mes.

"Parágrafo Segundo: En los municipios donde sin ser capital de Departamento, exista más de un hospital, el Servicio Seccional de Salud respectivo determinará, previa autorización del Ministerio de Salud el hospital que hará el recaudo y la distribución de los recursos".

Este es el fundamento para que el Fiscal haya expresado que:

"...

"En semejantes circunstancias no puede, entonces, argumentarse autonomía de los departamentos para recaudar dichos impuestos, ni para reglar su distribución, o determinar el área beneficiaria. La ley estructuró, en su última reforma, un mecanismo de recaudo determinado que donde no existen Hospitales locales ni regionales, la autoridad competente para hacerlo sería la respectiva tesorería municipal.

"En verdad que no se contempla que dichos impuestos deban o puedan ser recaudados, conjuntamente, con los correspondientes del Departamento. De donde surge la evidente conclusión de que una Ordenanza departamental no

puede cambiar o simplemente modificar ese mecanismo que la misma ley previó.

...".

En sentir de la Sala, la Asamblea Departamental además de la ley estaba sujeta a lo dispuesto por el Decreto Reglamentario y no puede aceptar el argumento de la apelante en el sentido de que fue el decreto el que desbordó la ley, sin plantear nítidamente una posible inconstitucionalidad del reglamento, ni desvirtuar su vigencia.

Estando, pues, señalada por norma superior especial vigente las entidades recaudadoras, no era viable modificarlas por medio de una Ordenanza, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión del *a-quo*.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada que declaró la nulidad de los artículos 1º y 2º de la Ordenanza No. 10 expedida el 10 de noviembre de 1983 por la Asamblea de Santander.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO/ NOTIFICACION/ CADUCIDAD -Término

La notificación de los actos administrativos que crean, extinguen o modifican un derecho particular y concreto es la forma por excelencia como se materializa el derecho de defensa toda vez que por medio de ella se coloca al administrado en situación de conocer la definición gubernativa para consentir en ella o impugnarla, según el caso. Asiste razón al apelante cuando asumió que el término de caducidad se debía comenzar a contar desde el día en que se le comunicó el acto administrativo, que debía ser objeto de su demanda y no desde cuando entró en vigencia la ley que autorizó a la administración tributaria de manera general, para modificar ciertos derechos particulares.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., mayo cuatro (4) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2286. Actor: TEJIDOS CABRITO Y CIA. LTDA. Apelación del auto del 25 de julio de 1988 del Tribunal Administrativo de Santander. AUTO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad TEJIDOS CABRITO Y CIA. LTDA. contra el auto del 25 de julio de 1988, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal relativo al impuesto de ventas por el segundo bimestre de 1980.

ANTECEDENTES

Por medio del auto de la referencia, el Tribunal dispuso inadmitir la demanda aduciendo que esta había sido presentada con posterioridad a la fecha de venci-

miento del término de caudicdad señalado por la ley para la acción de restablecimiento del derecho.

La situación de caducidad se presenta en sentir del Tribunal por virtud de que habiéndose producido la expedición del artículo 152 del Decreto 2503 de 1987 que dispuso que los recursos que a la fecha de su entrada en vigencia se encontraran surtiendo el grado de consulta y en los cuales se hubiera reconocido al contribuyente en primera instancia una suma inferior a diez millones de pesos no se resolverían y se entendería confirmado el fallo de primera instancia y que teniéndose claridad de que la vigencia de dicha norma comenzó el 30 de diciembre de 1987, desde esa fecha debía realizarse el cómputo del término de caducidad. Como en el *sub-lite* la resolución demandada lo fue el 11 de junio de 1988 se estima que el acto demandatorio fue extemporáneo y que debía considerarse como inocuo el auto No. 026 de febrero 12 de 1988 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga por el cual se le informaba al contribuyente que en aplicación de la norma legal antes citada se ordenaba archivar el expediente contentivo de la consulta que se surtia.

LA APELACION

Plantea el apelante en su recurso que el *a quo* inadmitió equivocadamente la demanda porque consideró que la fecha de presentación de la misma estaba por fuera del término de cuatro meses establecido para este tipo de acciones. A este respecto manifiesta:

> "...en realidad de verdad el Decreto 2503 de 1987 en su artículo 152 establece para el caso *sub-examine* la confirmación del fallo de primera instancia, en razón a la cuantía de lo resolvible en favor del contribuyente; pero solamente hasta el doce (12) de febrero de 1988 y mediante auto (No. 026), la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga comunicó a mi defendido el agotamiento de la vía gubernativa".
>
> "Es a partir de este momento, de la comunicación que se debe entender para este caso agotada la via gubernativa y a partir del mismo que debe empezar a contarse el lapso de cuatro meses de que dispone el interesado para impetrar la acción administrativa, porque si la Administración de Impuestos comunica al contribuyente el agotamiento de la vía gubernativa luego de los cuatro meses de expedido el Decreto 2503/87 en donde quedaría entonces el derecho de defenza (sic)?" (folio 76).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La notificación de los actos administrativos que crean, extinguen o modifican un derecho particular y concreto es la forma por excelencia como se materializa el derecho de defensa toda vez que por medio de ella se coloca al administrado en

situación de conocer la definición gubernativa para consentir en ella o impugnarla, según el caso. También es importante la notificación para determinar el surgimiento o la extinción de otros derechos diferentes al directamente relacionado con la decisión gubernamental, como son precisamente los derechos de acción, cuyo ejercicio puede estar restringido en el tiempo y de hecho lo esta en las acciones de restablecimiento del derecho.

En el caso *sub-lite* la controversia procesal surgida en torno del auto apelado radica en el hecho de determinar, en primer lugar qué fecha debe tomarse en cuenta para considerar producida la información de la decisión administrativa, si la que asume el Tribunal como correcta, que es la misma de entrada en vigencia de la norma legal que resolvió, en favor de los contribuyentes las consultas que se surtían ante la Administración,inferiores a $10.000.000 (30 de diciembre de 1987), o la que asumió el contribuyente, esto es la del 12 de febrero de 1988, que fue en la que se dictó el Auto No. 26 por medio del cual se ordena archivar el expediente contentivo de la consulta resuelta a favor del contribuyente por ministerio de la ley. En segundo lugar, deberá precisarse, según el criterio que se adopte respecto del primer aspecto, si la demanda se presentó efectivamente por fuera del término de la caducidad.

No participa la Sala del criterio del Tribunal que consideró inocuo el auto proferido por la Administración tributaria para comunicarle al contribuyente la definición que sobre su consulta se había producido en virtud de la expedición del decreto citado y que ordenaba entender resueltos en favor de los contribuyentes las consultas que se estuvieran surtiendo cuando se produjera su entrada en vigencia, ni mucho menos el razonamiento que lo llevó a hacer suya, al unisono con las autoridades de impuestos de Bucaramanga, la interpretación de la norma legal en el sentido de que el término de caducidad para las acciones que pudieran derivarse de las disposiciones adoptadas por la misma ley y que afectaran interes particulares comenzaba a correr desde la fecha de entrada en vigenica de la ley y no desde cuando las autoridades administrativas hicieron factible y materializaron respecto de ese contribuyente en particular, mediante el auto No. 026 de febrero 12 de 1988, la decisión legislativa de contenido general.

Tanto más resulta equivocada esa interpretación, cuanto que la misma administración estimó que era necesario plasmar la decisión legislativa en actos administrativos de carácter particular y así lo hizo en el caso e la consulta de Tejidos Cabrito, profiriendo el auto No. 026 de febrero 12 de 1988 por medio del cual se determinó el archivo del expediente.Este auto fue comunicado al interesado y para el efecto se le citó al despacho mediante el oficio de febrero 12 visible al folio 40 del expediente, solo que, indebidamente en sentir de la Sala, el artículo 2º del referido acto administrativo dispuso, haciéndole decir a la norma legal algo que en realidad no dice, "comunicar al contribuyente que según el artículo 152 literal a) del Decreto 2503/87, la vía gubernativa se halla agotada a partir de la vigencia del mismo". Con esto, el funcionario administrativo estaba sencillamente introduciendo, por vía de la intepretación de la ley, lo que por cierto tampoco le correspondía,

un nuevo concepto de agotameinto de la vía gubernativa, no contemplado en el artículo 63 del C.C.A. y señalando un nuevo procedimiento para empezar a contar el término de caducidad diferente al previsto en el artículo 136 *ibídem*.

De esta manera, la Sala encuentra que asiste la razón al apelante cuando asumió que el término de caducidad se debía comenzar a contar desde el día en que se le comunicó el acto administrativo, que debía ser objeto de su demanda y no desde cuando entró en vigencia la ley que autorizó a la Administración tributaria de manera general, para modificar ciertos derechos de los particulares.

Así las cosas, y dado que en el expediente obra la constancia de que la demanda fue presentada dentro del término de caducidad de cuatro meses a que se refiere el artículo 136 del C.C.A, pues según se dijo, dicho término no podía comenzar a contarse antes del 12 de febrero del mismo año.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

Revocar el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo de Santander el 7 de julio de 1988 y en su lugar, se admite la demanda y se remite el expediente al Tribunal de origen para que provea sobre las demás disposiciones del artículo 207 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate,* Salva voto; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Salva voto, *Gilberto Arango Londoño,* Conjuez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO/ NOTIFICACION/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD/ VIA GUBERNATIVA - Agotamiento (Salvamento de voto)

En materia tributaria por regla general el término de caducidad no corre a partir de la notificación del acto liquidatorio del impuesto, sino de la providencia que decide el o los recursos que proceden contra aquel. Tal providencia es el acto definitivo, que agota la vía gubernativa. No resulta admisible la interpretación del actor según la cual el término de caducidad debía contarse a partir de la fecha de la comunicación y del auto que ordenó archivar el negocio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LA DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS

Referencia: Radicación 2286. Actor: Tejidos Cabrito y Cía. Ltda.

Por haber estado de acuerdo con el proyecto presentado por el Señor Consejero Jaime Abella Zárate, lo acojo para expresar mi disentimiento con la decisión de la Sala que antecede.

Dice así el citado proyecto, en su parte considerativa:

"De acuerdo con lo establecido por el artículo 136, inciso 2o., del Decreto 01 de 1984, vigente entonces, la acción encaminada a obtener el restablecimiento del derecho, caduca por norma general, al cabo de los cuatro meses contados a partir del día de su publicación, comunicación, notificación o ejecución del acto según el caso.

"En materia tributaria por regla general el término de caducidad no corre a partir de la notificación del acto liquidatorios del impuesto, sino de la providencia que decide el o los recursos que proceden contra aquél. Tal providencia es el acto definitivo, que agota la via gubernativa.

"En el caso sub-lite, el demandante, recurrió en la vía gubernativa y obtuvo reconocimiento a su favor mediante la Resolución No. 319 de julio 25 de 1984, en cuantía que, de conformidad con la ley vigente, imponía el grado de consulta por la misma vía gubernativa (artículo 32 Decreto 3803/82).

"Esta resolución se hallaba pendiente de tal trámite el día 30 de diciembre de 1987 fecha de entrada en vigencia del Decreto Extraordinario 2503 del mismo año, cuyo artículo 152 transitorio, literal a) ordenó: "Los recursos que se encuentran surtiendo el grado de consulta, en los cuales el valor del fallo a favor del contribuyente o responsable en primera instancia genere una diferencia mayor a diez millones de pesos, continuaran tramitándose en Sub-dirección jurídica de la Dirección General de Impuestos Nacionales, por los abogados delegados para el efecto por el Subdirector de la misma.

"*Los recursos pendientes en grado de consulta, inferiores a la cuantía antes señalada, no se resolverán, entendiéndose confirmado el fallo de primera instancia*" (Subraya la Sala). (En forma armónica con estas nuevas disposiciones sobre el grado de consulta, este mismo decreto derogó expresamente el artículo 32 del Decreto 3830/82).

"De la simple lectura de la norma transcrita, no queda duda de que por disposición especial de la ley, todas las providencias que resolvieron a favor del contribuyente recursos cuya cuantía era inferior a diez millones de pesos y que estaban pendientes del grado de consulta a la fecha de entrada en vigencia de la ley, quedaron resueltos ese mismo día con confirmación del fallo de primera instancia, sin necesidad de pronunciamiento administrativo posterior.

"Así lo entendió y aplicó la Administración, la cual en desarrollo del citado decreto, en el mes de febrero dictó para el caso el Auto No. 026 (febrero 12/88) que dice:

"EL JEFE DE LA DIVISION DE RECURSOS TRIBUTARIOS DE LA ADMINISTRACION DE IMPUESTOS NACIONALES DE BUCARAMANGA,

"CONSIDERANDO:

"Que el artículo 152 literal a) del Decreto 2503 de 1987, dispuso que los recursos pendientes en grado de consulta, inferiores a $10.000.000 no se resuelvan, entendiendose confirmado el fallo de primera instancia.

"Que en consecuencia la vía gubernativa se encuentra agotada.

"Que como el expediente No. 000151 de la sociedad TEJIDOS CABRITO Y CIA. LTDA. con NIT 90.206.068, 2o. semestre del año 1980, se encontraba pendiente en grado de consulta, cuando se expidió el Decreto 2503 de 1987, este Despacho.

"RESUELVE:

"ARTICULO PRIMERO. ARCHIVAR el expediente No. 000151 de la Sociedad TEJIDOS CABRITO Y CIA. LTDA. con NIT. 90.206.068, correspondiente al 2o. semestre del año 1980.

"ARTICULO SEGUNDO. COMUNICAR al contribuyente que según el artículo 152 literal a) del Decreto 2503/87 la via gubernativa se halla agotada a partir de la vigencia del mismo.

"COMUNIQUESE Y CUMPLASE"

..."

En desarrollo de lo dicho en tal Auto la misma Administración sumultáneamente le remitió al contribuyente copia del citado Auto con oficio No. 1478 (febrero 12) que dice:

"Para los fines legales consiguientes, me permito comunicar a Ud. (s) que, en consideración a que el artículo 152 literal a) del Decreto 2503 del 29 de diciembre de 1987 dispuso que los recursos que a su vigencia se encontraran surtiendo el grado de consulta, en los cuales el valor del fallo a favor del contribuyente o responsable, en primera instancia, genera una diferencia inferior a $10.000.000.oo se entendía confirmada en todas sus partes, este despacho dictó, dentro del proceso referido el Auto No. 026 de fecha 12 de febrero de 1988, cuya copia se anexa, mediante el cual se ordenó archivar el expediente, *informándole a su vez, el agotamiento de la vía gubernativa.*

...".

"No cabe duda que la sociedad fue ampliamente advertida sobre la circunstancia de que no siendo necesario pronunciamiento alguno sobre el negocio que se tramitaba en grado de consulta, "según el artículo 152 literal a) del Decreto 2503/87 la vía gubernativa se halla agotada a partir de la vigencia del mismo".

"Ante esta clara advertencia al contribuyente y dada la expresa disposición de la nueva ley no resulta admisible la interpretación del actor según el cual el término de caducidad debía contarse a partir del 12 de febrero, fecha de la comunicación y del auto que ordenó archivar el negocio.

"Considera la Sala, al igual que el Tribunal, que para aquellos recursos de que trata del Decreto Extraordinario 2503 de 1987 en su artículo 152 literal a), segundo inciso, el término para intentar la acción de restablecimiento del derecho precluyó el 30 de abril de 1988, o sea, el último día calendario de vencimiento del término de cuatro meses contados a partir del 30 de diciembre de 1987 fecha del Diario Oficial No. 38168 que publicó el Decreto que con fuerza de ley los declaró fallados.

Por este motivo, la demanda que se presentó el día 11 de junio de 1988, era extemporánea".

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha: ut-supra.

ACTO ADMINISTRATIVO/ NOTIFICACION/ VIA GUBERNATIVA- Agotamiento (Salvamento de voto)

El carácter especial del Decreto 2503 de 1987 primaba sobre cualquier otra de carácter general como las relativas a las notificaciones de los actos administrativos consagradas en el Decreto 01 de 1984, Considero que la interpretación dada por el Tribunal de Santander era correcta y no había lugar a su modificación.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DR. JAIME ABELLA ZARATE

Referencia: Radicación 2286. Actor: Tejidos Cabrito y Cía. Ltda.

Fallo del cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990). Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Con el más profundo respeto por los compañeros de la Sala discrepo de la solución adoptada en este negocio por lo siguiente:

El Decreto Extraordinario 2503 de 1987 constituye la pieza fundamental de la renovación en materia de procedimientos gubernativos tributarios que consagró sustanciales modificaciones al esquema adoptado y utilizado en los últimos diez años a raíz de la expedición de la Ley 52 de 1977 conocida como "el estatuto del contribuyente".

Son muchas las disposiciones del nuevo estatuto inspiradas en la modernización de las prácticas administrativas tendientes a aligerar los despachos oficiales que sería muy largo de enumerar, pero sin duda constituyeron una verdadera revolución en la administración de los impuestos nacionales a cargo de la Dirección General, tal como hoy puede observarse en el hecho de que la mayoría de los

contribuyentes no están sometidos a presentar declaración de renta, que esta se simplificó en una hoja, que el pago de los impuestos se trasladó a la red bancaria, etc., etc.

Uno de tantos es el tratamiento de grado de consulta de los fallos de los recursos, tendiente a descentralizar su conocimiento por lo cual se elevó la cuantía de dos a diez millones de pesos, es decir, se le atribuyó a las seccionales mayor competencia.

Como disposición complementaria se dispuso que los mayores de diez millones continuarían tramitándose en la Sub-Dirección pero autorizando una delegación en los abogados de ésta, o sea, para despachar más rápidamente los negocios que quedarán a nivel central.

Y adicionalmente se dispuso que los inferiores a esta cuantía "no se resolverán entendiéndose confirmado el fallo de primera instancia" con la idea de que para la misma Administración no fuera necesaria ninguna actuación sobre estos negocios que el Legislador consideró resueltos y confirmado el fallo de primera instancia.

De manera que el carácter especial de esta nueva ley primaba sobre cualquier otra de carácter general como las relativas a las notificaciones de los actos administrativos consagrados en el Decreto 01 de 1984; ni está claro ni siquiera expuesta una posible violación de la Constitución que por no haber sido planteada como excepción correspondería declararla a la Corte Suprema de Justicia por vía de acción de inconstitucionalidad.

Por ello, en atención a la claridad del texto que no admite duda en cuanto a su orden y que además se ajusta al espíritu del nuevo estatuto y a la del legislador cuando concedió facultades al Presidente, es que considero que la interpretación dada por el Tribunal de Santander era correcta y no había lugar a su modificación.

Jaime Abella Zárate.

Bogotá, D.E., mayo veinticuatro (24) de mil novecientos noventa (1990).

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

DECLARACION TRIBUTARIA/ PRESUNCION DE VERACIDAD

Si bien es cierto que la ley concede al contibuyente el derecho individual sujetivo de que su declaración de renta se presume veraz, este derecho cede ante al derecho objetivo y general del Estado de arbitrar recursos para el cumplimiento de sus fines sociales (Ejercicio fiscal de 1978).

EXENCION TRIBUTARIA

Para hacerse acreedora al beneficio tributario de la exención a la actividad o empresa editorial, era de cargo de la sociedad peticionaria probar las circunstancias exigidas en la ley, esto es, que se dedicaba a la edición de libros, revistas o folletoss, que éstos tenían carácter científico, que esa edición se efectuó en Colombia y que la actividad editorial era exclusivamente el objeto social de la compañía. Ante la ausencia de cumplimiento de requisitos legales, no procede el beneficio fiscal alegado (Ejercicio fiscal de 1978).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., mayo diez y ocho (18) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Referencia: Expediente No. 2434. Actor: DISTRIBUIDORA EL DORADO - EDITORIAL MERCURIO S.A. Apelacion de la Sentencia de noviembre 15 de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el Juicio de Revisión de la Operación Administrativa de liquidación de impuesto de renta y complementarios año gravable 1978. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de las sociedades DISTRIBUIDORA EL DORADO LTDA y EDITO-

RIAL MERCURIO S.A. (procesos acumulados) contra la sentencia de fecha noviembre 15 de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las peticiones de la demanda, al revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto de renta y complementarios practicadas a sus representadas, por la Administracion de Impuestos Nacionales de Bogotá para la vigencia fiscal de 1978.

ANTECEDENTES

Distribuidora "El Dorado Ltda."

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, frente al denuncio del impuesto de renta y complementarios de la sociedad DISTRIBUIDORA EL DORADO LTDA., le formuló requerimiento para que ésta comprobara los factores declarados, especialmente los relacionados con pasivos, devoluciones, rebajas y descuentos; pagos a terceros por ser vicios personales; planteando de paso, el rechazo de la provisión para inventarios solicitada.

No satisfecha con la respuesta dada por la contribuyente, le practicó la liquidación de revisión, desconociendo el valor de las devoluciones solicitadas en cuantia de $250.695.115.oo, pagos a terceros por incumplimiento de los requisitos del artículo 55 del Decreto 2053 de 1974 y la provisión para inventarios por estimarla incompatible con el sistema de juego de Inventarios utilizado por la compañía para determinar el costo de la mercancía vendida.

Editorial Mercurio S.A.

Como consecuencia de la distribución a los socios de la renta de la limitada, la Administración, previo requerimiento, procedió a modificar, la participación recibida por la sociedad anónima. Desestimando además, la deduccion por salarios pagados en cuantía de $2.007.873.oo por falta de aportes al SENA, conforme a lo exigido por el artículo 12 de la Ley 56 de 1973 y rechazando el carácter de contribuyente exento solicitado por la compañía.

Inconformes con la determinacion impositiva, las sociedades contribuyentes, agotada la vía gubernativa, acudieron mediante apoderado, en juicio de revisión de la operación administrativa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien a petición de la apoderada ordenó la acumulación de los procesos.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las peticiones de la demanda, considerando:

I - En el proceso de la sociedad Distribuidora El Dorado Ltda.:

I-1 - La improcedencia de la nulidad planteada, por inexistencia de causal específica en la ley, especialmente por no haberse pretermitido la etapa probatoria, ya que el contribuyente no cumplió con la condicion legal establecida por el artículo 23 del Decreto 825 de 1978.

I-2 - Mantuvo el desconocimiento de la suma solicitada por concepto de devoluciones, rebajas y descuentos, al considerar que el recurrente no desvirtió (sic) el razonamiento jurídico de la Administración Tributaria, ya que dentro del proceso gubernativo solo se comprobaron en cuantía de $1.889.660.oo, que fueron aceptadas.

I-3 - El rechazo de deducciones por concepto de pagos a terceros, por no existir comprobación plena conforme con la ley.

I-4 - La no admisión de la provisión de inventarios por ser incompatible con el sistema de juego de inventarios, utilizado por la recurrente, y por cuanto su deducibilidad, como reserva, no está contemplada en la ley.

II - En el proceso de Editorial Mercurio S.A. :

II-1 - No procedencia de la supuesta nulidad por cuanto el libelista no especifica cuál es la causal invocada del artículo 57 de la Ley 52 de 1977, ni señala los hechos en que funda su afirmación.

II-2 - El no reconocimiento del carácter de exento de la sociedad, porque de acuerdo con la Ley 34 de 1973, artículo 9º, se requiere que la empresa editorial tenga por objeto exclusivo la edición de textos, revistas o folletos de carácter científico o cultural.

II-3 - Rechazo de los viáticos pagados por no haber acreditado plenamente su naturaleza laboral.

II-4 - No modificación de la participación de la contribuyente en Distribuidora El Dorado Ltda., por no haberse variado a aquella, su renta gravable.

EL RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de las sociedades *sub-lite* al apelar, sustenta así su recurso:

1. - En relación con la sociedad Distribuidora El Dorado Ltda.:

Que el Tribunal desconoció el derecho consagrado para los contribuyentes, de presunción de veracidad de su declaración tributaria, cuando la ley no exige comprobacion especial, y que por consiguiente, la Administración no podía desconocer ninguna de las sumas solicitadas por concepto de devoluciones al no ser que esta hubiera probado que no eran ciertas.

Solicita entonces a la Corporación, analice la consolidación mensual de comprobantes, en donde se totalizan las devoluciones mes a mes, y que están descompuestos en comprobantes de diario, las cuentas de devolucion y la terminación del movimiento anual con el comprobante del mes de diciembre y la cancelación de las cuentas de resultado.

2. - En relacion con Editorial Mercurio S.A.:

2.1 - Que el Tribunal desconoció la condición de exenta que tiene la sociedad por ser empresa editorial.

2.2 - Que el rechazo de los viáticos no es procedente ya que demostró con el certificado expedido por el revisor fiscal, su carácter ocasional, y

2.3 - Que con relación a la participación en Distribuidora El Dorado Ltda. se acoge al resultado de la apelación de esta sociedad.

LA OPOSICION

El apoderado judicial de la Nación, solicita se mantenga en firme la providencia del Tribunal, pero que, en caso de reconocer las devoluciones solicitadas por el recurrente, se dé aplicación al artículo 74 del Decreto Extraordinario 2053 de 1974 y se le determine la renta por el sistema de comparación patrimonial.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas Fiscal Sexto de la Corporación, estima:

1. - Con relación a la sociedad Distribuidora El Dorado Ltda.:

1.1. - Que los pagos a terceros deben desconocerse porque la sociedad no obró, conforme a la ley, los pagos no identificados en la declaración tributaria.

1.2. - Que la provisión para protección de inventarios, debe rechazarse, en razón de que la compañía determina el costo de las mercancías vendidas por el sistema de juego de inventarios.

1.3. - En cuanto al rechazo de las devoluciones, rebajas y descuentos, la sentencia debe revocarse, por cuanto el artículo 1º de la Ley 145 1960, facultó al contador para dar fé púlica sobre determinados actos, y su atestación y firma en documentos contables hacen presumir que estos se ajustan a los requisitos legales y que si la certificación del contador hace referencia a los comprobantes de contabilidad, el hecho de que tales comprobantes no estaban firmados por el en manera alguna les hace perder su carácter probatorio, y

no puede considerarse válida la objeción fundamentada, en que cada comprobante debe ser firmado por el contador de la empresa, por cuanto no existe norma legal que asi lo exija.

Aportada la certificación del contador, y no habiendo sido desvirtuada por la Administración, considera la Fiscalía, que las partidas objetadas si fueron suficientemente probadas desde la vía gubernativa y que por ende su rechazo fue injustificado. Pero, que no sucede lo mismo con la cuenta "provisión para devoluciones" por cuanto excepto en los casos expresamente consagrados en la ley, las cuentas de provisiones que manejan las empresas para obtener determinados gastos, se deben ir castigando a medida que se presentan estos realmente, en este caso, la devolución, con el objeto de que al finalizar el ejercicio no figure como cuenta de resultado.

2.- Con relacion a Editorial Mercurio S.A.:

2.1.- Nulidad de la actuación fiscal.

Comparte la Fiscalía el fallo del Tribunal en este aspecto, en razón de que los planteamientos de la demanda son de tal confusion que no puede precisarse cuál es la *causa petendi.*

2.2. - Derecho a la exención como empresa editorial.

Estima que no es procedente, porque el beneficio fiscal se concede exclusivamente a la actividad editorial y que ella es la que genera la renta, requisitos que no cumplió ni probó el solicitante.

2.3.- Viáticos ocasionales.

Dice que es viable la aceptación parcial de los viáticos, en razón de que el análisis comparativo del monto de los viáticos contra el total pagado por concepto de salarios, permite deducir su ocasionalidad, salvo el caso de cuatro de los beneficiarios en que el carácter es permanente.

2.4.- Participacion Fiscal.

Precisa que su modificación debe producirse si se varía la renta gravable de la sociedad Distribuidora El Dorado ltda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I - *Distribuidora El Dorado Ltda.*

Como la apelación reduce la inconformidad al rechazo de las devoluciones, rebajas y descuentos, entiende la Sala, que el recurrente acepta el desconocimiento de los pagos a terceros en cuantía de $494.237.oo y de la provisión para protección

de inventarios por $600.000.oo y por lo tanto sólo se refería al único punto del recurso.

Con relación al rechazo de la suma de $250.695.115.oo por concepto de devoluciones, rebajas y descuentos, que la recurrente arguye probada, en razón de la presunción de veracidad tributaria, consagrada en la ley, estima la Sala que es conveniente precisar que si bien es cierto que la ley concede al contribuyente el derecho individual, subjetivo de que su declaración de renta se presuma veraz, este dereocho cede ante el derecho objetivo y general del Estado de arbitrar recursos para el cumplimiento de sus fines sociales. Es por ello que la Constitución Política establece en su artículo 38 Inciso 2º, que:

"Para la tasación de los impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás papeles anexos".

Y es por esta misma razón que el artículo 120 No. 11 del mismo ordenamiento jurídico, exige del Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa:

"Cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales publicos y decretar su inversión con arreglo a las leyes".

En desarrollo de las normas constitucionales la Ley 52 de 1977, articulo 3º, atorgó a la Administración amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales. Entre ellas, la facultad de exigir del contribuyente o de terceros la presentación de documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros de contabilidad. Sin que sea dable al contribuyente escudarse en la presunción de veracidad de su declaración Tributaria, para rehuir la prueba exigida.

Es esta prueba, la que en esta oportunidad se analiza para determinar si la contribuyente tiene derecho al reconocimiento de la suma solicitada por concepto de devoluciones.

Observa la Sala, que obran dentro del expediente (fls.28 a 327 del Cuaderno de Antecedentes) copia de los comprobantes de diario consolidados mes por mes, como de los documentos que los soportan debidamente autenticados por el revisor fiscal, en donde aparecen contabilizados los siguientes registros :

Total de descuentos en ventas	$ 86.034.048.
Devoluciones de mercancías	$136.934.494.
Provisión para devoluciones	$ 29.616.231.

Estos documentos, fuera de la afirmación hecha por la Administración de no estar cada uno de éllos firmado por el contador, (lo cual no es exigencia legal) no

han sido desvirtuados dentro del proceso, por lo que, de conformidad con la ley, constituyen prueba acerca de la veracidad de los asientos contables.

Ahora bien, como de conformidad con el Decreto 2821 de 1974 los libros de contabilidad constituyen plena prueba a favor del contribuyente siempre que se lleven en la forma ordenada por la ley y esto se desprende de la certificación contable, es del caso revocar la sentencia y reconocer las sumas pedidas por concepto de descuentos en ventas y devoluciones de mercancias. No asi la provisión para devoluciones que en cuantía de $29.616.231.oo aparece en el registro por no ser deducible de acuerdo con la ley.

En este aspecto, la Sala comparte el concepto de la Señora Fiscal Sexto, en el sentido de que la cuenta de este tipo de provisiones se debe ir castigando, en la

RENTA	**BASE**	**IMPUESTO**
La determinada administrativamente	$ 252.891.579.	
Menos descuentos en ventas y devoluciones en mercancías que se aceptan.	$ 222.968.543.	
Renta gravable	$ 29.923.036.	$ 5.984.607.
Distribución Socios:		
Renta gravable	$ 29.923.036.	
Menos reserva apropiada sociedad	148.094.	
Menos impuesto de renta sociedad	$ 5.984.607.	
	$ 23.790.335.	
Socio	**Porcentaje**	**Participación**
Editorial Mercurio	94%	$ 22.362.915.
Títulos Ltda.	6%	$ 1.427.420.

Los factores patrimoniales no varían.

medida que se presenten las devoluciones.

En consecuencia la nueva liquidación de impuestos quedará así:

II - ***Editorial Mercurio S.A.***

La Sala considera con relación a los puntos de inconformidad del apelante:

1. - Exención del impuesto de renta y complementarios:

Dispone el artículo 9º de la Ley 34 de 1973:

"Las empresas editoriales constituidas como personas jurfdicas cuya actividad económica u objeto *social sea exclusivamente* la edición de libros, revistas o folletos, de carácter cientifico o cultural, gozarán de la exención de los impuestos sobre la renta y complementarios, especiales y recargos durante diez (10) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, cuando la impresión de dichos libros, revistas o folletos se realice en Colombia".

Del contexto de la norma, se infiere que el legislador quizo otorgar el beneficio tributario a las empresas editoriales entendiendo por éllas personas Jurídica responsables económica y legalmente de la edición de libros, revistas o folletos de carácter científico.

Quiso así el legislador, incentivar el crecimiento de la industria editorial dentro del país, de ahí, que exigiera que la impresión se realizara en Colombia; que se tratara de libros, folletos o revistas de carácter científico; que la actividad se realizara a través de una persona jurídica, cuyo objeto social fuera exclusivamente la actividad editorial.

Es el caso típico de la exención real, que se concede a la actividad desarrollada por la empresa: industria editorial, y no a la persona o sujeto que entre otras, realiza tal actividad.

Para hacerse acreedora al beneficio tributario de la exención a la actividad o empresa editorial, era de cargo de la sociedad peticionaria probar las circunstancias exigidas en la ley, esto es que se dedicaba a la edición de libros, revistas o folletos, que éstos tenían carácter científico, que esa edición se efectuó en Colombia y que la actividad editorial era exclusivamente el objeto social de la compañía.

Ante la ausencia de cumplimiento de requisitos legales, no procede el beneficio fiscal alegado.

2 - Viáticos Ocasionales.

El asunto se centra en el rechazo del 50% de los viáticos solicitados como deducción por la contribuyente, en razón de que la Administración consideró que no demostrada su ocasionalidad, constituían base para el aporte al SENA.

Obra dentro del expediente el certificado expedido por el revisor fiscal, suplente, de la sociedad, en que consta que la compañía tiene registrados los libros de contabilidad y que los lleva de acuerdo con las normas legales vigentes. Consta asimismo que los viáticos pagados revisten el carácter de ocasionalidad.

Esta certificación, de acuerdo con lo señalado por el artículo 9º, de la Ley 145 de 1960, hace presumir, salvo prueba en contrario que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, por esto la Sala encuentra improcedente mantener el rechazo de su valor, por lo tanto, en esta oportunidad habrán de reconocerse.

3.- Participación en Distribuidora El Dorado Ltda.

Procede la modificación de la participación de la sociedad en Distribuidora El Dorado, como consecuencia de la nueva determinación de la renta gravable e impuesto a cargo de la sociedad por la vigencia fiscal de 1978.

En consecuencia, se practica una liquidación definitiva del impuesto, aten-

LIQUIDACION

RENTA	BASE	IMPUESTO
La gravada inicialmente	$ 193.187.738.	
Menos viáticos ocasionales	352.375.	
Menos menor valor participación en Distribuido El Dorado Ltda.	$ 167.811.852.	
Renta Gravable	$ 25.023.511	$ 10.009.404.

diendo a la deducción por viáticos reconocida, y al menor valor de la participación en la sociedad Distribuidora El Dorado Ltda.

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:

1. Revócase la Sentencia de noviembre 15 de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el Juicio de Revisión de la operación Administrativa del Impuesto sobre la Renta de las sociedades: DISTRIBUIDORA EL DORADO LTDA. - EDITORIAL MERCURIO S.A., por el año fiscal de 1978.

2. Fíjase en la suma de CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS ($5.984.607.oo) el valor total del impuesto de renta y complementarios que corresponde pagar a la sociedad DISTRIBUIDORA EL DORADO LTDA., NIT. 60.037.451, por el año gravable de 1978.

3. Fíjase en la suma de DIEZ MILLONES NUEVE MIL CUATROCIENTOS CUATRO PESOS ($10.009.404.oo), el valor total del impuesto de renta y comple-

mentarios que corresponde pagar a la sociedad EDITORIAL MERCURIO S.A., NIT.60.054.685, por el año gravable de 1978.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia se estudió y aprobó en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, (Ausente); *Consuelo Sarria Olcos* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SENTENCIA - Motivación/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION** - Técnica

Por lo general los errores de juez en la sentencia son de tal naturaleza (in procedendo), pero cuando el defecto es tan grande como el de la omisión de la fundamentación, se sale de los cauces meramente procedimentales que señala el art. 170 de C.C.A. para caer en los sustanciales del art. 163 de la C.N. La falta de motivación implica desde luego la transgresión del C.C.A., pero también de la garantía constitucional y en este sentido constituye error *"in iudicando"* corregible por la vía del extinguido recurso extraordinario de anulación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., mayo once (11) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 0262. Actor: Crecer S.A. C/ La Nación. Recurso Extraordinario de Anulación. FALLO.

Previa reconstrucción parcial del expediente destruido en el asalto al Palacio de Justicia en noviembre de 1985, procede la Sala a decidir el recurso extraordinario de anulación, incoado por la firma CRECER S.A. contra la sentencia del 19 de julio de 1984 dictada en única instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el juicio de Revisión de Impuestos intentado por dicha compañía contra los actos liquidadores del Impuesto de Industria y Comercio en la ciudad de Medellín por el ejercicio fiscal de 1981.

ANTECEDENTES:

La demanda se dirigió contra una liquidación de aforo en la que sobre una cifra hipotética de ingresos le determinó en $25.000 mensuales el Impuesto de Industria y Comercio en desacuerdo y sin tener en cuenta que según su declaración sólo le correspondía pagar $2.083.33 con fundamento en el art. 8º de la Ley 57 de 1981 y en su condición de compañía de financiamiento comercial.

Además denunció una serie de irregularidades de índole procedimental en que incurrieron las autoridades tributarias de Medellín con violación del derecho de defensa.

Apoyó su demanda de revisión de impuestos (Ley 167/41) en varios artículos del estatuto correspondiente -Acuerdo 22 de 1980-, en el art. 8º de la Ley 57 de 1981 a más de la delegada transgresión de los artículos 26 y 45 de la Constitución Nacional y del art. 66 del C.C.A..

La SENTENCIA que equivocadamente consideró que el caso se refería al año 1982, salvo el hecho de aceptar que si hubo agotamiento de la vía gubernativa, no se refirió a ninguno de los temas expuestos por el actor. En efecto, transcribió algunos de los artículos de la Ley 14 de 1983 que mal podían regular la situación discutida por el año de 1981 pero aún así sin precisar las consecuencias que pudieran derivarse de dicha ley. Luego adoptó algunos apartes de otro fallo del mismo Tribunal (junio 14/84) en proceso instaurado por la misma demandante y no obstante referirse a otro año cuando el impuesto se regulaba por otro Acuerdo y sin explicar la razón por la cual resultaban aplicables las mismas consideraciones que se habían consignado en aquel, negó las pretensiones de la demanda.

EL MINISTERIO PUBLICO mediante el concepto de la señora Fiscal Sexta es partidario de declarar que no prospera el recurso extraordinario de anulación, en resumen por lo siguiente: los cargos consistentes en violación del Acuerdo 22 de 1980 por no obrar en el expediente el texto de los artículos invocados; el de violación del art. 8º de la Ley 57/81 en no ser directa sino acaso, indirecta; la del art. 66 de la Ley 167/41 por no ser viable y por ser intrascendente la del art. 52 del C.R.P.M. en cuanto la mención de la Ley 14/83 no tuvo ninguna concatenación de esta parte motiva en la decisión y finalmente la del art. 170 del C.C.A. no obstante encontrar fundada la censura del impugnante porque su transgresión origina un error in procedendo que escapa a la corrección por la vía del recurso extraordinario de anulación.

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

1o. ***Violación del artículo 170 del C.C.A.***

Dada la trascendencia que en este caso tiene, se procede a examinar en primer lugar este cargo que en resumen lo plantea el apoderado con base en que el Tribunal no analizó las normas invocadas ni los argumentos expuestos en la demanda, situación sobre la cual es suficientemente ilustrativo el siguiente análisis de la sentencia acusada que hace la señora Fiscal 6a. en su vista:

> -"La lectura de la sentencia permite concluír cuanta razón tiene la recurrente. Pocas veces la Fiscalía se encuentra con una sentencia tan pobre y mal elaborada como la que nos ocupa. Empieza la sentencia por transcribir unos artículos de la Ley 14 de 1983 sin ningún propósito, como quiera que luego no hace referencia alguna a ellos; contiúa adiciendo que la accionante acepta ser "objeto" del impuesto (cuestión ajena al litigio y termina citando una sentencia dictada por el mismo Trobinal en otro negocio sobre impuestos de vigencia diferente a la examinada, en donde se invocó la violación de normas distintas a las señaladas en el caso *sub-judice* y en donde se practicó una prueba pericial, que como es obvio, ninguna claridad podía arrojar sobre la *litis* por tratarse de datos de período gravable distinto. Ningún análisis hizo la sentencia de las normas que la demandante señaló como transgredidas por la actuación administrativa, ni sobre su concepto de violación y tampoco expresó argumentación alguna para fundamentar su decisión denegatoria. La sentencia implica un silogismo en donde la conclusión fluye como consecuencia de la relación entre la premisa mayor que es la ley y la premisa menor que son los hechos constitutivos de la *causa petendi*, de manera que se llega a la decisión después de un procedimiento lógico jurídico y ese procedimiento lógico jurídico brilla por su ausencia en el caso que nos ocupa".
>
> ..."

Agrega la Sala que a tal punto llegó el descuido del *a-quo* en este caso que inclusive equivocó el ejercicio al cual se refería la demanda, atribuyéndolo a 1982 cuando era 1981 y la Unica cualidad que puede atribuirsele es que, por lo menor formalmente, es un fallo de mérito o de fondo y no inhibitorio. Pero de la reiterada lectura que de ella se haga, no puede saberse cual es el fundamento o razón para denegar las pretensiones de la demanda pues hubo un vacío total en cuanto al análisis de los fundamentos expuestos por el actor.

Es por ello que la Sala considera que en este caso, verdaderamente excepcional en el Tribunal de Antioquia, es necesario convenir con el actor en que falló en absoluto la sustentación de la sentencia y esta situación es de tal gravedad que traspasa los alcances del artículo 170 del C.C.A. para caer en la previsión constitucional del artículo 163 de la Carta que en forma sencilla y sabia dispone que "Toda sentencia deberá ser motivada".

Sobre este tema recuerda la Sala que varios son los comentadores de la Constitución que abogan por el traslado de esta norma al Título III porque consagra una de las garantías ciudadanas cuya conquista se remonta a la época de la Revolución Francesa puesto que con ella se materializa la aspiración humana de saber la razón o explicación de la decisión judicial favorable o adversa, pero precisamente con la cual se dinstingie del fallo arbitrario, o como dijo el constitucionalista Francisco de Paula Pérez" "De otra manera no habrá justicia sino pasión".

Por estas consideraciones la Sala se aparta parcialmente del criterio de la señora Fiscal en cuanto le atribuye el artículo 170 del C.C.A. el carácter de norma adjetiva al disponer cual ha de ser el contenido de la sentencia cuya consecuencia es que genera un error *in procedendo*, no corregible por la vía del recurso extraordinario de anulación.

Cierto es que por lo general los errores del juez en la sentencia son de tal naturaleza, pero cuando el defecto es tan grande como el de la omisión de la fundamentación, se sale de los cauces meramente procedimentales que señala el artículo 170 del C.C.A. para caer en los sustanciales del 163 de la C.N. La falta de motivación implica desde luego la transgresión del C.C.A. pero también de la garantía constitucional y en este sentido constituye error *in judicando* corregible por la vía del extinguido recurso extraordinario de anulación.

Como consecuencia de lo anterior, la sentencia es anulable y entra la Sección a decidir sobre las pretensiones de la actora que se reducen a la anulación de los actos de aforo del Impuesto de Industria y Comercio por ser contrarios a lo que se deducía de su propia declaración fundada en el artículo 8º de la Ley 57 de 1981 que prescribió el capital y reservas a 31 de diciembre del año anterior como base imposible para las Corporaciones financieras y "compañías de financiamiento comercial" y dictó reglas para determinar el gravamen en ciudades distintas a la sede principal, a todo lo cual se acogió la empresa CRECER S.A., en condición de compañía de financiamiento comercial acreditada con los estatutos y certificado de la Cámara de Comercio y del Superintendente Bancario que tuvo a la vista el *a-quo* y de los cuales no dedujo ninguna consecuencia, cuando era obvio que estaba sometida al régimen especial de dichas instituciones financieras y no al régimen común de actividades de servicio como erróneamente se empecinó en considerarlo.

Del análisis de los elementos de juicio que fue posible allegar en la reconstrucción del expediente se llega a la conclusión de que fue ilegal la actuación de las oficinas tributarias de Medellín y debe mantenerse como obligación la que la propia empresa declaró en $2.083.33 mensuales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Anúlase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 19 de julio de 1984 en el proceso No. 17.717.

2o. Decláranse nulos la Resolución No. 055 del 6 de diciembre de 1982 del Director de Impuestos del Municipio de Medellín y demás actos administrativos que fijaron en $25.000 mensuales el Impuesto de Industria y Comercio de CRECER, S.A., sociedad de financiamiento comercial con sede principal en Bogotá NIT. 60.034.921.

3o. En su lugar fíjase la misma obligación por el ejercicio fiscal de 1981 (pagadero a partir de enero de 1982) en $ 2.083.33 mensuales.

4o. Cancélese la póliza judicial No. 12397 otorgada por Seguros del Caribe por cuanto no se causa responsabilidad de la actora según el artículo 200 del Decreto 01/84.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Salvamento de voto; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

NORMA SUSTANTIVA/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION (Salvamento de voto).

Mantengo la opinión de que el artículo 170 del C.C.A., es norma de carácter sustantivo puesto que un reglamento directo del artículo 163 de la Constitución Nacional actual, correspondiente al 161 de la Constitución de 1886.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Bogotá, D.E., veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Referencia: Expediente No. 0262.

Las razones de mi separación de la decisión mayoritaria, es muy concreta. En efecto, la sentencia tiene como fundamento la afirmación de que el artículo 170 del C.C.A., es de naturaleza instrumental, al paso que no mantengo la opinión de que se trata de una norma de carácter sustantivo, puesto que es un reglamento directo del artículo 163 de la Constitución Nacional actual, correspondiente al 161 de la Constitición de 1886 y que textualmente prescribe:

"Toda sentencia deberá ser motivada".

Siguiendo los lineamientos anteriores del constituyente, el legislador extraordinrio al redactar el Código Contencioso Administrativo en el artículo 170 titulado, "Contenido de la sentencia", dijo textualmente: "La sentencia analizará los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las normas jurídicas pertinentes y los argumentos de las partes, y con base en tal análisis resolverá las peticiones, en forma que no quede cuestión pendiente entre las partes y por los mismos hechos".

"Para el solo efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88, podrán estatuírse en las sentencias disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidas, y modificar o reformar aquellas".

Pretender que la norma transcrita tiene un carácter meramente instrumental, como son aquellas que prescriben al juez y a las partes los trámites del proceso, es disminuir los alcances de una norma sustantivas que incluso comprende una facultad que solo tiene el juez administrativo en Colombia, cual es la de estatuír la sentencia "disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas" dado que en las demás legislaciones, la facultad del juez Contencioso Administrativo termina con la anulación del acto, ordenándole a la Administración que expida uno nuevo.

Ahora bien; el destinatario de esta norma es el juez cuya obligación es definir la controversia de las partes, de suerte que una sentencia son motivación no sería tal por violación del artículo 170 del C.C.A., y 163 de la Constitución Nacional.

Con todo respeto,

Carmelo Martínez Conn.

DOBLE TRIBUTACION/TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO

La venta de mercancías es en principio actividad salvo cuando se trate de la venta de las producidas por el mismo sujeto o persona, pues es este evento, su actividad sigue siendo la industrial. El hecho de que la ley haya tomado como medida del gravamen el producto de las ventas, no por ello convierte en comercial la actividad de quien fabrica, pues la venta del producto es la culminación del proceso económico industrial, pero no actividad diferente de la fabricación del mismo. Puede suceder que el industrial abra sucursal o agencia en otra ciudad distinta a la sede de su planta con el fin de comercializar su producción, evento en el cual, el municipio tiene derecho a cobrar el gravamen sobre las ventas efectuadas en su jurisdicción. (Ejercicio fiscal de 1984).

ACTO ADMINISTRATIVO/ NOTIFICACION POR CONDUCTA

Si la notificación se produjo conforme a lo dispuesto en una norma especial de procedimiento, cuya legalidad se presume, no se da la supuesta violación del derecho de defensa por indebida notificación del acto administrativo, toda vez que ella se surtió de acuerdo con la ley vigente. Si en gracia de discusión se creyera, que el acto administrativo fue indebidamente notificado al interesado, la conducta de éste en el sentido, en el sentido de otorgar un poder para notificarse e interponer los recursos, permite inferir que conoció el acto administrativo objeto de notificación y que se cumplió la notificación por conducta concluyente, configurándose así la situación prevista en el artículo 48 del C.C.A., en concordancia del art. 330 del C.P.C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., once (11) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Referencia: Proceso No. 2091. Actor: CEMENTOS DEL VALLE S.A. contra LA NACION. Apelación de la sentencia de octubre 1º de 1987 del Tribunal Administrativo del Valle, en el juicio de restablecimiento del Derecho de carácter Fiscal.Impuesto de Industria y Comercio -FALLO-.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la sociedad CEMENTOS DEL VALLE S.A., contra la sentencia de fecha 1º de Octubre de 1987, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle, denegó las súplicas de la demanda en el juicio de restablecimiento del derecho, intentado por la sociedad contra la determinación impositiva de Industria y Comercio que por la vigencia fiscal de 1984, le practicó el Municipio de Cali.

ANTECEDENTES

Cementos del Valle S.A., presentó ante el Municpio de Cali, su declaración de Impuesto de Industria y Comercio correspondiente a la anualidad fiscal de 1984, manifestando que su actividad principal es la de "producción de cemento gris en Puerto Isaacs, Yumbo. El producto es vendido por Dicente Ltda." y acompañó copia del contrato de consignación celebrado entre las dos compañías para la distribución del cemento.

El Municipio de Cali, ante el contrato de consignación presentado por la sociedad, estimo que las ventas de cemento realizadas por la consignataria Dicente Ltda., correspondían a ventas de Cementos del Valle S.A. en ese Municipio y que por consiguiente, debían gravarse en cabeza de este porque el contrato demuestra que es Cementos del Valle S.A. quien ejerce indirectamente la actividad de comercialización del cemento, configurándose asi los supuestos establecidos por el artículo 2º del Decreto Extraordinario Municipal 1.912 de 1978.

Procedió, en consecuencia, a reaforarle el impuesto mediante la Resolución 620 de marzo 26 de 1985, adicionándole a sus ingresos las ventas de cemento realizadas por Dicente Ltda.

Inconforme la sociedad interpuso en la vía gubernativa los recursos pertinentes, que fueron resueltos contrariamente a sus pretensiones.

Agotada la vía gubernativa, la sociedad acudió en acción de restablecimiento del derecho, ante el Tribunal Administrativo del Valle, quien mediante providencia de octubre 1º de 1987, negó las peticiones de la demanda, al considerar:

a) Que no se conculcó el derecho de defensa, ya que si bien la Resolución se notificó por edicto, en la misma fecha se citó al Representante Legal de la actora y este, el 28 del mismo mes y año, confiere poder para recibir las notificaciones e interponer los recursos pertinentes.

b) Que el gravamen de Industria y Comercio y su complementario de avisos y tableros, fijado a la sociedad por el año fiscal de 1984, si se ajusto a la ley en razón de que el Decreto 1912 de diciembre 15 de 1978, estableció en su artículo 1º.

"El impuesto de Industria y Comercio recae sobre todas las personas naturales o jurídicas bajo cuya responsabilidad se ejerza cualquier actividad comercial, industrial o de servicios, bien sea que la ejecuten directa o indirectamente en forma permanente u ocasional".

Que Cementos del Valle S.A., vende su producción en Cali a través de su intermediario, Dicente Ltda., porque el cemento se paga en Cali y no puede alegarse estipulación en contrario, simplemente por escribir en la factura "este contrato se perfecciona con la entrega de cemento en Yumbo".

LA APELACION

El recurrente, expresa en su memorial, como motivos de inconformidad:

I) - La irregularidad de la notificación de la Resolución R-620 de mayo 26 de 1985, debido a la aplicación del Decreto 2733 de 1959 y no del Decreto, 01 de 1984, artículo 61, con lo cual se violó el derecho de defensa.

II) - Error en la apreciación de la Comercialización, pues la afirmación que hace el Tribunal indica que desconoce la visita contable realizada por el fisco municipal el 25 de febrero de 1985, en la cual se determinó:

1o. Que la empresa fabrica cemento y lo comercializa a través de Dicente ltda.

2o. Que Cementos del Valle S.A. por si solo no vende cemento a ningún ente juridico ni persona natural. Y que sólo tiene dos establecimientos el de Yumbo, en donde está ubicada la fábrica que produce, y el de Cali, en donde se maneja la parte administrativa de la empresa.

Que si Cementos del Valle S.A. entrega su producción a Dicente Ltda. en Yumbo, no puede vender en Cali, y que el objeto principal de su acción contenciosa ante el Tribunal era demostrar precisamente, que aquella no vendio cemento en Cali.

3o. Que el Tribunal no hizo la menor referencia a las peticiones subsidiarias de la demanda, en el sentido de que se revisara la operación administrativa y se practicara una nueva liqudidación para que Cementos del Valle S.A. pagara los impuestos, solo sobre la operación comercial indirecta correspondiente a las ventas que Dicente Ltda. realizó a través de su bodega de Cali, esto es, sobre unos ingresos de $253.634.838.20, fundamentándose en la misma visita administrativa en la cual se afirma que Dicente Ltda. no vende sólo en Cali, sino que abastece todo el mercado del Occidente del País.

4o. Que el Tribunal desconoció el artículo 1377 del Codigo de Comercio sobre la facultad que tienen los comerciantes de estipular el sitio de ejecución del contrato.

Solicita en consecuencia, se revoque la sentencia del Tribunal y se le determine el impuesto únicamente sobre las ventas realizadas por Dicente Ltda. en las bodegas de Cali.

Anexo como elemento de juicio la Resolución 362 de abril 11 de 1986 en la que, el mismo Municipio de Cali, frente a idéntica situación, grava a Cementos del Valle S.A., únicamente sobre las ventas de Dicente Ltda., en su bodegas de Cali.

Manifiesta por último el apelante, que con la interpretación hecha por el Tribunal, la venta de cemento realizada, tendría una triple imposición: en Yumbo, en Cali y por Dicente Ltda., cuando el Municipio, ya ha aceptado que Cementos del Valle S.A. no vende su producto en Cali, por hacer entrega del mismo en Yumbo.

CONCEPTO FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación, en concepto rendido el 28 de julio de 1988, estima que las pretensiones del recurrente deben negarse y confirmar el fallo apelado, por las siguientes razones:

1a. La notificación no se surtió ilegalmente, no se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, ni se conculcó el Derecho de Defensa, porque de conformidad con el artículo 81 el Decreto 01 de 1984, se concede facultad a los concejos municipales para establecer reglas especiales de procedimiento, de acuerdo con los artículos 162-2 del Codigo de Régimen Político y Municipal, 1º de la Ley 97 de 1913 y 1º de la Ley 84 de 1915.

2a. Que no constituye doble gravamen la imposición a un mismo sujeto por varios municipios, si lo que se grava es la actividad ejercida en cada uno de ellos y que el hecho imponible en el Municipio de Yumbo es la actividad industrial que presupone la de comercializar sus productos y por ello la comercialización no da lugar a doble imposición. Y el hecho de vender en otro municipio el producto de su industria, lo convierte en sujeto pasivo en esta otra localidad por razón exclusiva de la actividad comercial.

Que si bien podría hablarse de doble o triple imposición, ella no es injurídica, toda vez que encuentra su respaldo en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983.

3o. Manifiesta por último, que del contrato de consignación, se deduce que Cementos del Valle S.A., vende indirectamente sus productos en la ciudad de Cali, operándose la transmisión del dominio entre Cementos del Valle S.A. y el comprador del cemento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de dirimir la controversia, es importante efectuar el análisis tomando como punto de partida los motivos de la apelación:

1o. Notificación indebida del acto administrativo, violación del derecho de Defensa.

En este punto asiste razón a la Fiscalía cuando manifiesta que no hubo violación del artículo 26 de la Constitución Política porque la notificación se surtio con base en un procedimiento especial, cuales el el Decreto Municipal 1912 de 1978, en cuyo articulado se reguló la notificación por edicto.

El artículo 1º, del Decreto Extraordinario 01 de 1984 al limitar el campo de aplicación del mismo, señala en su inciso 2º:

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regiran por éstas; en los no previsto en ellos se aplicaran las normas de esta primera parte que sean compatibles.

Adicionalmente el artículo 81 *ibídem,* expresa:

"PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

"En los asuntos departamentales y municipales, se aplicaran las disposiciones de la parte primera de este código, salvo cuando las ordenanzas o los acuerdos establezcan reglas especiales en asuntos que sean de competencia de las asambleas y concejos".

Entonces, si la notificación se produjo conforme a lo dispuesto en una norma especial de procedimiento, cuya legalidad se presume, no se da la supuesta violación del derecho de defensa por indebida notificación del acto administrativo, toda vez que ella se surtió de acuerdo con la ley vigente.

Si en gracia de discusión se creyera, que el acto administrativo fue indebidamente notificado al interesado, la conducta de este, en el sentido de otorgar un poder para notificarse e interponer los recursos, permite inferir que conoció el acto administrativo objeto de notificación y que se cumplio la notificación por conducta concluyente, configurándose así la situación prevista en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo en concordancia con el artículo 330 del Código de Procedimiento Civil.

Si el contribuyente se notificó del acto administrativo e interpuso en tiempo los recursos procedentes no se da la violación del derecho de defensa amparado por el artículo 26 de la Constitución Política.

2o. **Doble Tributación.**

Si el contribuyente se notificó del acto administrativo e interpuso en tiempo los recursos procedentes no se da la violación del derecho de defensa amparado por el artículo 26 de la Constitución Política.

2o. **Doble Tributación.**

Contrariamente al criterio de la Fiscalía en cuanto a la doble imposición, en el caso de gravamen de Industria y Comercio regulado por la Ley 14 de 1983, vigente para el año *sub-lite*, esta Corporación en sentencia de septiembre 25 de 1989, proferida al conocer la demanda de nulidad contra el artículo 1° del Decreto Reglamentario 3070 de 1983, preciso el alcance y contenido del artículo 32 de la Ley 14 de 1983 en armonía con los artículos 33, 34 y 35 del mismo ordenamiento jurídico.

Se destaca en primer lugar la UNIDAD DEL IMPUESTO de la cual se derivan consecuencias jurídicas y prácticas, como aquella de que, no obstante que los sujetos activos son los municipios, no significa que los unos lo puedan considerar como impuesto de industria y los otros, como de Comercio.

Se entiende la Ley 14 de 1983, como el marco legal dentro del cual debe desarrollarse la actividad tributaria local, sin que un municipio pueda gravar actividades que se ejerzan en otras jurisdicciones municipales.

En segundo lugar no puede gravarse una actividad, sino en estrecha vinculación al sujeto que la realiza, porque en nuestro ordenamiento jurídico, el sujeto pasivo no es la actividad en si misma sino la persona jurídica, natural o sociedad de hecho, en la medida que realiza el hecho imponible.

Se destaca que, según el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, la materia imponible esta constituida por el ejercicio, dentro de la jurisdicción municipal, de la actividad mercantil en cualquiera de sus tres manifestaciones: industrial, comercial, o de servicio, definidas muy claramente por los artículos 34, 35 y 36 de la Ley.

Del artículo 35 se infiere que la venta de mercancías es en principio actividad comercial SALVO cuando se trate de la venta de las producidas por el mismo sujeto o persona, pues en este evento, su actividad sigue siendo la industrial. El hecho de que la ley haya tomado como medida del gravamen el producto de las ventas, no por ello convierte en comercial la actividad de quien fabrica, pues la venta del producto es la culminación del proceso económico industrial, pero no actividad diferente de la fabricación del mismo.

En el caso *sub-judice*, está demostrado que la sociedad Cementos del Valle S.A. realiza una actividad industrial en el Municipio de Yumbo exclusivamente y que tiene en el Municipio de Cali la sede administrativa en donde funcionan la Gerencia General, administrativa, las oficinas de contabilidad interna, la Secretaría General, la oficina de importaciones y el archivo. Actividades que en manera

alguna configuran el hecho imponible, sujeto a gravamen en cabeza de la sociedad conforme con los postulados del artículo 32 de la Ley 14 de 1983.

Sin embargo, puede suceder que el industrial abra sucursal o agencia en otro ciudad distinta a la sede de su planta con el fin de comercializar su producción, evento en el cual, el Municipio tiene derecho a cobrar el gravamen sobre las ventas efectuadas en su jurisdicción.

Cabe entonces preguntarse, si puede o no ejercerse la actividad mercantil a través del contrato de consignación o estimatorio.

3o. Venta por contrato de consignación o estimatorio.

De acuerdo con lo señalado por el artículo 1377 del Codigo del Comercio:

"Por el contrato de consignación o estimatorio una persona, denominada consignatario, contrae la obligación de vender mercancias de otra, llamada consignante, previa la fijación de un precio que aquel debe entregar a este.

"El consignatario tendrá derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de mercancía y deberá pagar al consignante el precio de las que haya vendido, o en su defecto, el que resultare de la costumbre.

Obra en el expediente (fls. 62 y 63 del Cuaderno Principal) copia auténtica del contrato de consignación o estimatario, celebrado entre las sociedades Cementos del Valle S.A. (consignante) y Distribuidor de Cementos de Occidente "DICENTELTDA." (consignataria) firmado en la ciudad de Medellín en cuya virtud, conforme a la cláusula Primera:

"El consignatario se obliga a vender cemento gris de propiedad del consignante, por si o por intermedio de otra persona natural o jurídica bajo su responsabilidad, a los precios autorizados por las autoridades respectivas para la venta del producto al consumidor. En caso de que se termine el régimen de libertad vigilada de precios, el precio de venta será fijado de común acuerdo entre las partes".

De acuerdo con la cláusula Segunda:

"El consignatario transferirá al consignante *el valor del cemento que por su cuenta venda* a un precio acordado entre las partes dependiendo de los sitios de entrega y las disposiciones legales vigentes. La diferencia entre este precio y el precio de venta, sera la comisión del consignatario". (Subraya de la Sala).

La clausula tercera del contrato estipula que: "El consignatario se obliga a pagar al consignante el precio del cemento vendido, el día habil siguiente al cual se realiza la venta".

De las cláusulas del contrato transcritas, claramente se infiere y así lo confirman las facturas de venta, que la enajenación del cemento la efectua DICENTE LTDA., a nombre de Cementos del Valle Ltda. y que el Contrato de compraventa se entiende perfeccionado con la entrega de la mercancía en Yumbo.

Si bien Cementos del Valle S.A., no tiene en el Municipio de Cali establecimiento comercial de venta directa, el hecho de que la consignataria DICENTE LTDA., tenga bodegas en el Municipio de Cali, en las cuales hace entrega de las mercancías del consignante permite deducir, y asi lo admite el demandante en su petición subsidiaria, que Cementos del Valle S.A., sí realiza actividad comercial en Cali a través de su agente consignatario Dicente Ltda.

Por esta razón la Sala procede a practicar una nueva liquidación impositiva atendiendo a la petición subsidiaria de la demanda en el sentido de gravar la venta del producto efectuada por Cementos del Valle S.A. en Cali, a través de Dicente Ltda. en cuantía de $253.634.638.oo.

Liquidación que quedará así:

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Código	Ingresos brutos anuales	No. de meses actividad	Base gravable mensual	Tarifa	Impuesto
203	$253.634.638.oo	12	$21.136.187.oo	7.7o/oo	$162.748.oo
307	$ 27.449.907.oo	12	$ 2.287.492.oo	11.0o/oo	$ 25.162.oo
Sub-total impuesto Industria y Comercio.					$187.910.oo
Impuesto complementario de Avisos y Tableros:					
			$187.910.oo	15%	$ 28.187.oo
Total impuesto mensual Industria y Comercio y Complementarios...					$216.097.oo

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. REVOCASE, la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca fecha octubre 1° de 1987 proferida en el juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos de Industria y Comercio por el año gravable de 1984 a cargo de la sociedad CEMENTOS DEL VALLE S.A. del Municipio de CALI, Valle.

2o. FIJASE en la suma de DOSCIENTOS DIECISEIS MIL NOVENTA Y SIETE PESOS ($216.097.oo), valor mensual, a cargo de la sociedad CEMENTOS DEL VALLE S.A., NIT. 90.300.437, por concepto de Impuesto de Industria y Comercio y Complementario de Avisos y Tableros, correspondientes al año de 1984, a favor del MUNICIPIO DE CALI (Valle).

3o. Una vez en firme la presente providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia se estudio y aprobo en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RENTA PRESUNTA

La presunción legal de renta puede desvirtuarse sobre aquella del patrimonio vinculado a empresas improductivas o afectadas por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, dentro de los cuales, por disposición del artículo 11 de la Ley 54 de 1977, está la congelación de arrendamientos. Esta congelación, por sí sola no constituye causal de exoneración como fuerza mayor, sino que es necesario demoestrar su incidencia en la menor rentabilidad (ejercicio fiscal de 1977).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., mayo diez y ocho (18) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2281. Actor: Litografía Colombia S.A. Impuestos. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad LITOGRAFIA COLOMBIANA S.A., NIT. 60.005.428, contra la sentencia del 6 de mayo de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda dentro del juicio de revisión de la operación que determinó por el sistema de renta presuntiva, el impuesto de renta a cargo de la sociedad para la vigencia fiscal de 1977.

ANTECEDENTES

El día 24 de abril de 1978, la Sociedad Litografía de Colombia S.A., presentó su declaración tributaria del impuesto sobre la renta correspondiente al ejercicio fiscal de 1977 y se determinó un impuesto a cargo de cero ($-0).

Ante la ausencia de gravamen, la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, requirió al contribuyente proponiéndole la modificación del impuesto a cargo con base en la determinación de renta presuntiva, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 54 de 1977 y demás concordantes.

La sociedad respondió el requerimiento, argumentando que la Administración no podía determinar la renta gravable por el sistema de renta presunta ya que la sociedad se encontraba en circunstancias de fuerza mayor, debido a la congelación de arrendamientos.

La administración consideró que el contribuyente no probó las circunstancias que lo hicieran acreedor al beneficio de exoneración de la renta presunta y procedió a practicarle liquidación de revisión.

Inconforme la contribuyente, acudió en reconsideración ante la misma Administración, quien mediante providencia objeto de consulta, confirmó la liquidación recurrida.

De la misma manera la providencia que falló el grado de consulta y que agotó la vía gubernativa, confirmó la actuación de la Administración.

Inconforme con el resultado obtenido en la vía gubernativa, la sociedad acudió a la jurisdicción contenciosa en demanda de revisión, contra la operación administrativa mediante la cual se le determinaron sus impuestos, alegando violación de los artículos 31 y 33 de la Ley 52 de 1977; 11 de la Ley 54 de 1977; 27 y ss. del Decreto 2821 de 1974, así como los Decretos 2770 de 1976; 063 y 2903 de 1977 y 2813 de 1978.

LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que con base en lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 54 de 1977, no era suficiente para desvirtuar la renta presuntiva, demostrar la ocurrencia del hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, sino que era necesario demostrar su incidencia en la producción de una renta líquida inferior a la presunta, esto es inferior al 8% del patrimonio líquido del año anterior y menos en el caso alegado en que se acompaño a la declaración de renta la certificación o prueba exigida por el artículo 33 del Decreto 250 de 1978. En consecuencia negó las súplicas de la demanda.

LA APELACION

El actor manifiesta que el fallo del *a-quo* es ilegal porque el artículo 11 de la Ley 54 de 1977, establece que la renta presunta puede ser desvirtuada sobre aquella parte del patrimonio líquido vinculado a empresas en período improductivo y afectadas por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, siempre que se demuestre la influencia en la determinación de una renta líquida inferior, enten-

diendo por tal, la que produciría el bien en condiciones normales de explotación y no a la renta presunta a que se refiere el artículo 33 del Decreto 250 de 1978 que exige la presentación de documentos o certificados no previstos en la ley, excede la facultad reglamentaria y que en tal caso prima la ley. Alega además que en desarrollo de los artículos 27 y siguientes del Decreto 2821 de 1974, presentó dentro de la oportunidad legal las pruebas sobre la fuerza mayor invocada.

Solicita entonces, que se revoque la sentencia y se atiendan las súplicas de la demanda.

El delegado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opone a la determinación del apelante y manifiesta que lo principal de la cuestión radica en la naturaleza de las rentas obtenidas y las imputaciones efectuadas sobre las mismas por concepto de deducciones improcedentes, bien por adolecer de requisitos formales, ya por falta de relación de causalidad.

Que en cuanto a la pretendida justificación alegada, consistente en demandas de lanzamiento, el mismo actor admite la causación de la rnta de acuerdo con su sistema contable y que el dictamen pericial si bien da cuenta de unas cifras, no aporta ningún valor probatorio de que los arrendamientos congelados declarables o declarados confluían en la determinación de una renta liquida inferior al 8% del patrimonio líquido de 1976.

CONCEPTO FISCAL

El Dr. Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, estima que la sentencia apelada debe ser confirmada en razón de que la sociedad no aportó la prueba que exige el artículo 33 del Decreto 250 de 1978, que permitiera demostrar la incidencia de los hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, en la determinación de una renta inferior al 8% del patrimonio líquido.

Que como bien lo afirma el Tribunal, las pruebas aportadas permiten determinar que la renta de la sociedad se originó en contratos de arrendamiento y que los bienes que la produjeron son bienes raíces cuyos cánones de arrendamiento se hallaban congelados durante el año gravable de 1977, sin que ello sea suficiente para considerar desvirtuada la presunción, toda vez que no esta demostrado que las circunstancias anotadas determinaron una renta líquida inferior al 8% y por el contrario el valor de las cánones percibidos supero más del doble de la renta presuntiva determinada en la liquidación oficial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para un preciso entendimiento la Sala transcribe textualmente las disposiciones que regulaban el sistema de renta presunta, vigente en el año de 1977.

Ley 54 de 1977, 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 ocho por ciento (8%) de su patrimonio líquido en el último dia del ejercicio gravable inmediatamente anterior, descontando el momento de la ganancia ocasional neta.

"Esta presunción sólo puede ser desvirtuada sobre aquella parte del patrimonio líquido vinculado a empresas en período improductivo o afectadas por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, siempre que se demuestre su influencia en la determinación de una renta líquida inferior. Al resto del patrimonio se aplicará el porcentaje establecido en el inciso anterior.

"Se considera que hay fuerza mayor, entre otros, en los siguientes casos:

"1o. Cuando se trate de propiedades urbanas afectadas por prohibiciones de urbanizar o por congelación de arrendamientos.

"2o. Cuando la actividad económica del contribuyente se encuentre afectada por disposiciones o administrativas relativas a control de precios, a conservación de sitios históricos o de recursos naturales.

"Parágrafo: La presunción consagrada en el primer inciso del presente artículo no es aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada asimiladas".

"Decreto 250 de 1978 - Artículo 33:

"En los casos del numeral 1o. del Artículo 11 de la ley que se reglamenta, deberá acompañarse a la declaración de renta la certificación de la entidad municipal correspondiente en donde consten las prohibiciones o congelaciones decretadas en virtud de disposiciones legales o administrativas y la ubicación del predio respectivo en tales áreas".

De acuerdo con las normas transcritas, la presunción legal de renta puede desvirtuarse sobre aquella parte del patrimonio vinculado a empresas improductivas o afectadas por hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, dentro de los cuales, por disposición del artículo 11 de la Ley 54 de 1977, está la congelación de arrendamientos.

Efectivamente, mediante el Decreto 063 de 1977, se congelaron los precios de los arrendamientos de bienes raices urbanos, imponiendo como límite los exigibles en el período inmediatamente anterior al 27 de diciembre de 1977, o al que se pactare por primera vez entre las partes. Sin embargo, en ninguna de las disposiciones citadas como violadas por la demanda, se estableció un límite inferior al 8% del avalúo fiscal, catastral o precio de los bienes, por lo tanto incumbía al demandante demostrar que debido a la medida oficial sobre control de precios, su rentabilidad resultó disminuída a un nivel inferior al determinado en la ley como porcentaje para determinar la renta presunta.

No es válida la interpretación de la demanda en el sentido de que la circunstancia de la congelación de arrendamientos, como cualquier otra medida de control de precios, sea exonerativa de la renta presunta, por el solo hecho de que tal control limite la libre rentabilidad de los bienes. Porque si así fuera, cualquier intervención del Estado en la economía, realizado dentro de las facultades constitucionales de los artículos 32 y 120 de la Constitución Nacional en cuanto restringen la libertad de empresa y el libre juego de la oferta y la demanda, constituirán causal suficiente para dejar inoperante el sistema de renta presunta. Así pues la norma legal debe interpretarse en el sentido de que la medida oficial de precios determinó su rentabilidad inferior al 8% señalado en la norma, pues como claramente lo expresa la misma, la presunción de rentabilidad puede ser desvirtuada entre otros por hechos constitutivos de fuerza mayor pero "siempre que se demuestre su influencia en la determinación de la renta líquida inferior".

Analizada con este criterio, la declaración de renta de la sociedad se observa que dentro del patrimonio figuran bienes raices por valor de $ 32.000.000 que representan dentro del activo total de $ 52.997.123 el 60% y le corresponde un pasivo proporcional por $ 25.433.000 sobre el cual obtuvo arrendamiento en cuantía de $3.836.343 que representa una rentabilidad del 15%, superior al 8% previsto en la norma.

Queda así demostrado que los bienes inmuebles, sujetos al control de arrendamientos produjeron una rentabilidad superior a la presunta y que la razón para que la sociedad hubiera obtenido una renta líquida inferior, obedecio más bien a las altas deducciones solicitadas, sin relación directa de causalidad con la renta por conceptos de arrendamientos, como es el pago de las pensiones de jubilación que representa más del 50% de la renta obtenida, y no a la congelación de arrendamientos.

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:

Confírmase la sentencia apelada

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn; Consuelo Sarria Olcos* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

Si bien la ley autorizaba al Concejo Distrital para tomar ciertas determinaciones en relación con el Impuesto de Industria y Comercio, también la ley estaba señalando de manera general algunas limitaciones que debía tener el cuenta, entre otras, la contenida en el artículo 171, ordinal 9o. de la Ley 4a. de 1913, que establecía la prohibición de gravar objetos ya gravados por la nación o por el departamento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- **Bogotá, D.E., mayo veinticinco (25) de mil novecientos noventa (1990).**

Consejero Ponente: ***Dr. Guillermo Chahín Lizcano.***

Referencia: Expediente No. 0433. Actor: Jorge Humberto Botero y otro, Apelación de la sentencia de 5 de mayo de 1980 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de Nulidad de los artículos 1º y 2º del Acuerdo No. 10 de 1974 del Concejo Distrital de Bogotá. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Distrito Especial de Bogotá en contra de la sentencia del 5 de mayo de 1980, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del juicio de nulidad de los artículos 1º y 2º del Acuerdo Distrital No. 10 de 1974, adelantado por los ciudadanos Jorge Humberto Botero y José Joaquín Bernal.

ANTECEDENTES

Los referidos ciudadanos acudieron ante el citado Tribunal en acción pública de nulidad demandando por violación de la Constitución y de la ley, las normas 1 y 2 del Acuerdo 10 de 1974 dictado por el Consejo Distrital de Bogotá "Por el cual se modifica la estructura del Impuesto de Industria y Comercio".

El expediente se destruyó en el incendio del Palacio de Justicia y luego de reconstruirlo a instancias de la entidad pública apelante quedó en estado de dictarse sentencia.

Los demandantes estimas que las disposiciones acusadas son vilatorias de la atribución segunda del artículo 197 de la Constitución Nacional, artículos 169 numeral 2o. y 171 de la Ley 4a. de 1913 y artículo 99 del C.C.A.

En síntesis sostienen que las disposiciones acusadas violan la prohibición legal de gravar con dos tributos simultaneos una misma actividad y que ellas, además reproducen totalmente el esencia los preceptos que contenía el Acuerdo 80 de 1959, el cual fue anulado en sus artículos 1º y 2º en cuanto establecia tácitamente el impuesto de industria y comercio para las salas de cine. La anulación de las referidas normas tuvo lugar mediante sentencia ejecutoriada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca proferida el 20 de noviembre de 1962.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal *a-quo* accedió a las súplicas de la demanda al considerar que se hallaba plenamente demostrada la violación de las normas superiores invocadas por los demandantes, tanto mas cuanto ya existía un pronunciamiento previo sobre normas que en esencia eran las mismas que ahora se demandaban y que fueron objeto de anulación cuando se incorporaron al Acuerdo 80 de 1959 con parecida finalidad a la que trató de llevar a la práctica el Acuerdo 10 de 1974.

LA APELACION

En el alegato de conclusiones formulado por la apelante se admite que aunque "es verdad que entre los impuestos que cobran los teatros que exhiben películas se encuentran el destinado a espectáculos públicos, el de Coldeportes y el impuesto denominado de pobres, gravarlos con nuevo tributo no implica violar las normas aducidas en la demanda, especialmente las que proscriben la doble tributación, por cuanto en los citados impuestos el sujeto pasivo es el usuario, quien concurre a presenciar el espectáculo, al paso que en las normas acusadas el sujeto pasivo es el empresario.

Plantea también que en relación con el pronunciamiento del Tribunal se da, como causal para su revocación, el fenómeno de la cosa juzgada, ya que mediante sentencia de octubre 27 de 1978 la misma Sección del Tribunal había denegado las súplicas de la demanda instaurada contra la totalidad del mismo Acuerdo por el doctor Cayetano.

EL CONCEPTO FISCAL

El Dr. Carlos Octavio Rodríguez, entonces Fiscal ante la Corporación se muestra partidario de revocar la sentencia apelada por cuanto no se configura ninguno de los requisitos necesarios para que exista la doble tributación económica ni jurídica y porque:

> "Tampoco procede el cargo por violación de los artículos 197 numeral 2o. de la C.N. y 169 numeral 2o. de la Ley 4a. de 1913, porque no está demostrado que el Impuesto de Industria y Comercio establecido en el tantas veces mencionado Acuerdo No. 10 de 1974, haya contrariado la Constitución ni la Ley" (folio 125).

CONSIDERACIONES DE LA SECCION

Son verdaderamente numerosas las providencias emanadas de las diferentes esferas de la Justicia Administrativa en las cuales se precisa el ámbito de competencia que en materia de imposición de tributos asiste a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y por ende las funciones que tales organismos pueden cumplir en este campo. En todas ellas se ha hecho énfasis en la carencia de facultades constitucionales para que tales entes se consideren autónomamente capacitados para imponer tributos, es decir, para desempeñar el rol legislativo con respecto a los impuestos de tipo municipal o departamental. Por el contrario, la tesis jurisprudencial y doctrinaria a la que se alude plantea que toda la capacidad de Asambleas y Concejos en relación con la fijación de contribuciones está supeditada a previa autorización de la ley.

En el caso que ocupa la atención de la Sala se tiene que si bien la ley autorizaba al Concejo Distrital para tomar ciertas determinaciones en relación con el impuesto de industria y comercio, también la ley le estaba señalando de manera general algunas limitaciones que debía tener en cuenta, entre otras, la contenida en el artículo 171, ordinal 9o. de la Ley 4a. de 1913, que establecia la prohibición de gravar objetos ya gravados por la Nación o por el departamento.

Estima la Sala acertada la posición asumida por el *a-quo* cuando declara la nulidad que se controvierte, fundándola en el hecho de que el Concejo Distrital de Bogotá no tuviera en cuenta para gravar con el impuesto de industria y comercio un objeto, vale decir una actividad, que ya era objeto de gravámenes de diversa índole y procedencia, como los antes mencionados. No viene al caso por ello la necesidad planteada por la apelante de indagar quienes son los sujetos pasivos (verdaderos o reales, directos o indirectos) de los diferentes tributos asignados al objeto de la exhibición de películas para demostrar la inexistencia de doble tributación, cuando la hipótesis normativa indica que la prohibición está referida exclusivamente al objeto, a la actividad misma.

Igualmente valora la Sala como correcta la posición del Tribunal al apoyarse en la sentencia de 20 de noviembre de 1962, por medio de la cual declaró con fundamento en similares consideraciones, la nulidad de los artículos 1º y

2º del Acuerdo 80 de 1959 en cuanto gravaban con Impuesto de Industria y Comercio la exhibición de cine y los teatros cinematográficos de Bogotá. Tal antecedente ameritaba, como lo hizo la providencia apelada, darle prosperidad al cargo de violación del artículo 99 de la entonces vigente Ley 167 de 1941.

En cuanto a la alegada existencia de un pronunciamiento previo sobre la legalidad de la totalidad del Acuerdo 10 de 1974, que comportaria en opinión de la apelante una violación al principio de la cosa juzgada, precisa la Sala, como lo hace la sentencia impugnada, que en el caso presente no se configuró dicho fenómeno habida cuenta de que el objeto y las pretensiones de la demanda en el caso de la sentencia de octubre 27 de 1978, así como las razones que el demandante aducía como fundamentos de estas, fueron diferentes a las debatidas en el presente juicio. Sobre este tópico la Sala simplemnte rememora lo dicho por ella en providencia de junio 18 de 1984, así:

> "El fenómeno de la cosa juzgada con efecto *erga omnes* en las sentencias correspondientes a acciones de nulidad opera sin limitación alguna en los casos en que la acción prospere y la decisión judicial consista en la declaración de nulidad del acto acusado, porque naturalmente dicho acto desaparece del escenario juridico y no puede ser motivo de nueva contienda judicial o de aplicación de la norma anulada; pero cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del *petitum* que no prosperó, porque aun cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidas, es suceptible de ser demandada por otras causas con diferente *petitum* y dejar de regir para ese efecto." (Consejero Ponente Bernardo Ortiz Amaya. Anales 1984. Primer Semestre. Actor: Luis Fernando Lloreda).

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE TIMBRE/ OBLIGACION TRIBUTARIA - Pago excesivo/ **INTERESES**

Del hecho de que con posteriorodad a su expedidión, el legislador del año de 1976 haya regulado en la Ley 2a. del mismo año, lo relativo al impuesto de timbre no implica la no aplicación del contenido del Decrero 2821 de 1974 a las cuestiones no reguladas en la nueva ley. Cualquier pago hecho en exceso por el contribuyentes en lo relativo a cualquiera de sus obligaciones tributarias, genera a su favor intereses corrientes y moratorios, sin que estos se causen simultáneamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio (1o.) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2342. Apelación sentencia de julio 23 de 1988 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de timbre. Actor: Crecer S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 23 de julio de 1988, proferida por el tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad contra el acto administrativo que reconoció el derecho a una devolución del impuesto de timbre nacional.

ANTECEDENTES

El día 30 de marzo de 1982, la sociedad presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, la liquidación del impuesto de timbre nacional por concepto de emisión de acciones en la cual liquidó el gravamen a la tarifa del

2º del Acuerdo 80 de 1959 en cuanto gravaban con Impuesto de Industria y Comercio la exhibición de cine y los teatros cinematográficos de Bogotá. Tal antecedente ameritaba, como lo hizo la providencia apelada, darle prosperidad al cargo de violación del artículo 99 de la entonces vigente Ley 167 de 1941.

En cuanto a la alegada existencia de un pronunciamiento previo sobre la legalidad de la totalidad del Acuerdo 10 de 1974, que comportaria en opinión de la apelante una violación al principio de la cosa juzgada, precisa la Sala, como lo hace la sentencia impugnada, que en el caso presente no se configuró dicho fenómeno habida cuenta de que el objeto y las pretensiones de la demanda en el caso de la sentencia de octubre 27 de 1978, así como las razones que el demandante aducía como fundamentos de estas, fueron diferentes a las debatidas en el presente juicio. Sobre este tópico la Sala simplemnte rememora lo dicho por ella en providencia de junio 18 de 1984, así:

> "El fenómeno de la cosa juzgada con efecto *erga omnes* en las sentencias correspondientes a acciones de nulidad opera sin limitación alguna en los casos en que la acción prospere y la decisión judicial consista en la declaración de nulidad del acto acusado, porque naturalmente dicho acto desaparece del escenario juridico y no puede ser motivo de nueva contienda judicial o de aplicación de la norma anulada; pero cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del *petitum* que no prosperó, porque aun cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidas, es suceptible de ser demandada por otras causas con diferente *petitum* y dejar de regir para ese efecto." (Consejero Ponente Bernardo Ortiz Amaya. Anales 1984. Primer Semestre. Actor: Luis Fernando Lloreda).

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Confírmase la sentencia apelada

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE TIMBRE/ OBLIGACION TRIBUTARIA - Pago excesivo/ **INTERESES**

Del hecho de que con posteriorodad a su expedidión, el legislador del año de 1976 haya regulado en la Ley 2a. del mismo año, lo relativo al impuesto de timbre no implica la no aplicación del contenido del Decrero 2821 de 1974 a las cuestiones no reguladas en la nueva ley. Cualquier pago hecho en exceso por el contribuyentes en lo relativo a cualquiera de sus obligaciones tributarias, genera a su favor intereses corrientes y moratorios, sin que estos se causen simultáneamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio (1o.) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2342. Apelación sentencia de julio 23 de 1988 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que determinaron el impuesto de timbre. Actor: Crecer S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la actora contra la sentencia del 23 de julio de 1988, proferida por el tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad contra el acto administrativo que reconoció el derecho a una devolución del impuesto de timbre nacional.

ANTECEDENTES

El día 30 de marzo de 1982, la sociedad presentó ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, la liquidación del impuesto de timbre nacional por concepto de emisión de acciones en la cual liquidó el gravamen a la tarifa del

cinco por ciento (5%), en vez del cinco por mil (5o/oo), en consecuencia pagó en exceso el tributo exigido por el literal f) del artículo 14 de la Ley 2a. de 1976, según consta en el recibo oficial AV-611762.

El 21 de mayo de 1982, mediante oficio 00920, la Representante Legal de la sociedad solicita de la Administración de Impuestos, la compensación de la suma de $7.648.032 pagados en exceso por concepto del impuesto de timbre nacional sobre la emisión de 1.699.563 acciones nominativas por valor de $100 cada una.

La Administración mediante Oficio No. 012098 del 17 de septiembre de 1982, solicitó de la contribuyente el envío del recibo de pago para proceder al reconocimiento de la devolución pedida. Recibo que fue remitido por el contribuyente el 23 de septiembre de 1982.

El día dos de diciembre de 1982, mediante oficio No. 072612, la contribuyente, adicionando su petición inicial de compensación, solicita la devolución de la suma pagada y pide el reconocimiento de intereses corrientes por valor de $214.144.90, causados desde el 30 de marzo de 1982, fecha del pago, e intereses moratorioss en cuantía de $1.437.830.02 o el valor que se cause hasta la fecha de ejecutoria de la providencia que ordene la devolución, liquidados desde el día en que se radicó la solicitud de devolución, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2821 de 1974.

El 23 de mayo de 1983, mediante Resolución 00038-P, la Administración declara, que aunque el recurso no cumplió las exigencias del artículo 54 de la Ley 52 de 1977, al no presentar los documentos requeridos, por no haberse dictado auto inadmitiendo la petición y otorgando un término de diez (10) días para subsanar las deficiencias ocurridas; precluído el término para el efecto, debe considetarse cumplidos los requisitos para su procedencia y en cuanto al aspecto de fondo ordena la devolución de la suma pagada en exceso.

Resolución que sujeta al grado de consulta, es aprobada mediante providencia en septiembre 21 de 1984, en la cual se abstiene de pronunciarse de fondo con relación a los intereses solicitados.

El 25 de abril de 1986, la sociedad recibió el cheque No. 14848 por valor de $7.648.032, conforme a lo solicitado en su cuenta de cobro.

Ante esta circunstancia, la sociedad mediante apoderado recurre en acción de nulidad con restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, considerando que la actora, cuando presentó su solicitud inicial, no manifestó nada en relación con los intereses,

no cumplió con las exigencias previstas en el artículo 54 de la Ley 52 de 1977, y que no agotó debidamente la vía gubernativa, se inhibió para fallar de fondo, con base en un pronunciamiento de esta Sala de fecha julio 24 de 1987.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad manifiesta que no es cierto lo que afirma la sentencia en cuanto que su poderdante "en ningún momento hizo solicitud sobre los intereses corrientes y moratorios conforme a la norma del artículo 31, del Decreto 2821 de 1974", porque la misma Dirección General de Impuestos Nacionales atiende la petición elevada oportunamente en tal sentido para negarla, entonces el fallo del Tribunal se apoya en su supuesto falso, ya que no es cierta su afirmación de que "no se produjo el debido agotamiento de la vía gubernativa, conforme lo exige el artículo 135, del Código Contencioso Administrativo", que en consecuencia la providencia del Tribunal es ilegal porque desborda los hechos probados en los autos, y porque la actora si pidió en la vía gubernativa el reconocimiento de intereses, especialmente en los oficios de diciembre 3 de 1982 y la carta 08242 de agosto 14 de 1984, radicada en la División de Servicios Administrativos de la Dirección General de Impuestos Nacionales el 21 de agosto de 1984 bajo el No. 15.604.

OPOSICION A LA APELACION

El Delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales, se opone a las pretensiones de la demanda alegando que, el error en la liquidación del impuesto de timbre no partió de la Administración sino del contribuyente, que tal error no tiene por qué generar derecho ya que sería muy fácil a cualquiera pagar impuestos excesivos para solicitar con la correspondiente devolución los intereses corrientes y moratorios que se originaran en tal operación.

CONCEPTO FISCAL

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia del *a-quo* debe revocarse en cuanto produce fallo inhibitorio, en razón de que el contribuyente si solicitó en la vía gubernativa el reconocimiento de intereses invocando el artículo 31 del Decreto 2821 de 1974, y producir fallo de fondo negando las peticiones de la demanda, ya que el artículo invocado no es aplicable al impuesto de timbre regulado por la Ley 2a. de 1975.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Efectivamente como lo alega el apelante y lo reitera la Fiscalía, la sociedad contribuyente, si solicitó la vía gubernativa el reconocimiento de intereses. El que no lo haya hecho dentro del memorial de petición inicial de solicitud de compen-

sación, sino en oportunidades posteriores, no implica que no haya agotado la vía gubernativa, por el contrario, la Dirección de Impuestos Nacionales refiriéndose a ellos, declara su incompetencia sin exponer fundamento legal, en consecuencia es procedente revocar la sentencia apelada, en cuanto se inhibe para conocer del fondo de la pretensión y avocar el conocimiento.

El Decreto 2821 de 1974, dictado en ejercicio de las facultades concedidas al Gobierno para la Ley 23 de 1974, para modificar la legislación sobre procedimiento tributario ciñéndose al texto de las disposiciones del Decreto 2247 de 1974 mediante el cual se modificaban las normas procedimentales en materia tributaria (y que fue declarado parcialmente inexequible) es una norma general que debe entenderse conforme su contexto literal, así se observa que su campo de aplicación sólo esta restringido en su Capítulo I, relacionado con el procedimiento para declaración de renta y ventas, mientras que sus restantes capítulos no contienen tal limitación.

Del hecho de que con posterioridad a su expedición, el legislador del año de 1976 haya regulado en la Ley 2a. del mismo año, lo relativo al Impuesto de Timbre no implica la no aplicación del contenido del Decreto 2821 de 1974 a las cuestiones no reguladas en la nueva ley.

Dispone el artículo 31 del Decreto 2821 de 1974:

"Cuando por pagos hechos en exceso por el contribuyente, en lo relativo a sus obligaciones tributarias, resultare un crédido a favor suyo, se le devolverá el exceso y se le pagarán intereses corrientes e intereses moratorios.

"Los intereses a cargo del fisco correrán desde cuando se causen y hasta la ejecutoria de la providencia que ordene devolver el saldo crédito al contribuyente.

"Los intereses corrientes se causarán desde el momento en que, hechas las imputaciones legales y las compensaciones a que hubiere lugar, resultare un saldo crédito. En los casos de retención y de incremento, estos intereses se causarán desde el 1o. de julio del año siguiente al gravable.

"Los intereses moratorios a cargo del fisco se causarán a partir del mes siguiente de la solicitud escrita de devolución hecha por el contribuyente (a la misma tasa de los intereses corrientes).

Del contexto literal de la norma se deduce que cualquier pago hecho en exceso por el contribuyente en lo relativo a cualquiera de sus obligaciones tributarias, genera a su favor intereses corrientes y moratorios, sin que estos se causen simultáneamente.

No es aceptable, a juicio de la Sala, el argumento esgrimido por el señor Delegado de la Dirección de Impuestos Nacionales, en el sentido de que el error

del contribuyente no puede generar el derecho a los intereses, porque se prestaría para que se pagara en exceso y luego se reclamaran intereses, En efecto, no se trata de una "inversión rentable" el pago excesivo de impuestos ya que fácilmente se pueden obtener mejores rendiemientos y es evidente, que dicho pago excesivo, no puede generar enriquecimiento o utilidad para la Administración.

Demostrado como está dentro del proceso el pago excesivo por concepto del impuesto de timbre nacional, que originó su devolución, es procedente, de acuerdo con la norma transcrita el pago de intereses, así:

Intereses corrientes:

Desde el momento del pago del impuesto (marzo 30 de 1982) hasta el mes siguiente a la fecha de solicitud escrita de dovolución (mayo 12 de 1982), es decir hasta el 13 de junio de 1982 a la tasa del 36% anual conforme con los artículos 96 de la Ley 09 de 1983 y Resolución 714 de febrero 10 de 1982 de la Superintendencia Bancaria.

$$\frac{109\ días\ x\ 36}{360} = 7.648.032 \qquad \$\ 825.987$$

Intereses moratorios:

Desde el 19 de junio de 1982 hasta el 2 de octubre de 1984 (dos años, tres meses y trece días), fecha en la cual quedó ejecutoriada la providencia que ordenó devolver el saldo crédito al contribuyente.

$$\frac{824\ días\ x\ 42}{360} = 96.01\%\ x\ 7.648.032 = \qquad \$\ 7.342.875$$

TOTAL... $ 8.168.862

Suma que debe pagar la Administración.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. Revócase la sentencia apelada.

2o. Fíjase en la suma de OCHO MILLONES CIENTO SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS ($8.168.862) M/cte., El valor de los intereses corrientes y moratorios a favor de la sociedad CRECER S.A. NIT: 60.034.921, que deberá pagar la Administración de Impuestos conforme a la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devúelvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn*, Ausente;*Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS/ DEVOLUCION/ PRUEBA CONTABLE/ IMPUESTO DESCONTABLE

Debe existir una estrecha relación entre la declaración tributaria en materia de impuesto sobre las ventas y los asientos débitos y créditos que deben llevarse en la cuenta corriente de mayor y de balance denominada "Impuesto a las ventas por pagar", y que su solicitud oportuna y su contabilización son requisitos necesarios para la viabilidad del descuento, y que el ajuste a cero, es requisito *"sine qua nom"* para la procedencia de la devolución. (Ejercicio fiscal de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio primero (1o.) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2297. Apelación sentencia de julio 23 de 1988 del Tribunal de Cundinamarca, en juicio de restablecimiento del derecho contra acto administrativo por el cual la Administración de Impuestos Nacionales negó la devolución del impuesto a las ventas por el VI bimestre de 1984. Actor: Compañía Nacional de Levaduras Levapan S.A. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la COMPAÑIA NACIONAL DE LEVADURAS "LEVAPAN S.A.", contra la sentencia del 23 de julio de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento del derecho, intentado por la contribuyente contra el acto administrativo, mediante el cual la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, negó el derecho a la devolución del impuesto sobre las ventas correspondiente al VI Bimestre de 1984.

ANTECEDENTES

El 14 de febrero de 1985, la sociedad contribuyente mediante escrito solició la devolución de $6.964.096 por concepto de impuesto sobre las ventas correspondiente al VI bimestre del año de 1984.

Mediante auto comisorio 040 de febrero 21 de 1985, se ordenó visita contable a la sociedad solicitante, con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley, visita que se cumplió el 22 de febrero del mismo año.

El acta de visita practicada por la Administración de Impuestos (folio 43 del cuaderno de antecedentes) da cuenta de que:

"*ACTA DE LIBROS:*

"*Libros Diario:* Registrado en Cámara de Comercio bajo el No. 267.502 el 29 de julio de 1983 libro VII folio 2793 consta de 100 hojas útiles, su último asiento contable se encuentra a octubre 31 de 1981, hoja No. 21 renglón No. 30.

"*Libros Mayor:* Registrado en Cámara de comercio bajo el No. 296.461 el 21 de junio de 1984, libro VII folio 514, consta 50 hojas útiles, su último asiento contable se encuentra a octubre 31 de 1984 hoja 21 renglón 1.

"*Libro de Inventarios y Balances:* registrado en Cámara de Comercio bajo el No. 222.358 del 11 de diciembre de 1981 libro VII folio 4929 consta de 100 hojas útiles, su último registro se encuentra a diciembre 31 de 1983.

"2. Los documentos solicitados correspondientes al sexto bimestre de 1984 por concepto de impuesto sobre las ventas, han sido registrados en los libros auxiliares, pero en los principales no (ver punto 1).

"3. En los archivos de la sociedad existen comprobantes internos, externos, facturas, comprobantes de diario y demás documentos que soportan los descuentos solicitados los que fueron analizados y revisados de acuerdo a la relación de impuestos descontables por bienes y servicios adquiridos, notándose que no llevan la cuenta "Impuesto a las ventas por pagar"; puesto que fueron contabilizados en una cuenta de naturaleza débido denominada "Impuestos por Reclamar".

"4. La empresa no ha dado cumplimiento a lo ordenado en el parágrado 2º artículo 9º del Decreto 1813 de 1984, debido a que según lo expresado en el punto anterior de la empresa *no ha abierto la cuenta "Impuestos a las Ventas por Pagar" y por consiguientes el ajuste a cero (0) de que habla este punto no lo efectuaron, puesto que no existiendo tal cuenta no se puede ajustar*" (Subrayas de la Sala).

Con base en este informe la Administración, mediante Resolución 280 del 18 de maro de 1985, negó la devolución del saldo a favor solicitado, por incumplimiento de los requisitos exigidos en la Ley.

Inconforme la sociedad recurrió en la vía gubernativa obteniendo fallo adverso a sus pretensiones, mediante Resolución 000265-P de septiembre 26 de 1986, razón por la cual acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de cundinamarca denegó las súplicas de la demanda considerando que del acta de inspección contable practicada a la sociedad, como del mismo experticio rendido por los peritos dentro de la diligencia ordenada por el Tribunal, se constató que en los libros de contabilidad no estaban asentados los registros correspondientes al bimestre motivo de devolución, los funcionarios de la Administración no incurrieron en la transgresión del artículo 98 de la Ley 09 de 1983 y que a la irregularidad contable de la compañía frente a las normas que regulan las devoluciones implica que el derecho a esta se pierda.

LA APELACION

La apoderada judicial de la sociedad contribuyente apela la sentencia al estimar que pese a los fundamentos legales y acervo probatorio de la demanda, el Tribunal negó en forma equivocada, desconociendo dichos fundamentos y pruebas, con lo cual se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, los artículos 30; el parágrafo del artículo 32 y 41 del Decreto 2541 de 1983, del Decreto 1813 de 1984 y 98 de la Ley 09 de 1983.

CONCEPTO FISCAL

El señor fiscar Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia recurrida debe confirmarse en razón de que la misma Administración constató mediante inspección contable que la sociedad no llevaba la cuenta de Impuestos a las Ventas por pagar conforme lo exige la ley y que no se da la violación de los artículos 9º de la Ley 145 de 1960 y 98 de la Ley 09 de 1983, porque los certificados de los revisores fiscales y contadores en general, no desvirtúan la presunción de veracidad y legalidad que ostentan los actos administrativos y que solo en circunstancias excepcionales tales certificados pueden cumplir aquella finalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, tratándose de la oportunidad de la contabilización de los impuestos descontables en materia de impuesto sobre las ventas, el registro auxiliar de ventas y compras, la cuenta mayor de balance denominada "Impuesto a las Ventas por Pagar", y los requisitos que debe cumplir quien solicite los descuentos y devoluciones, ha precisado que los libros de contabilidad del contribuyente deben ajustarse no solo a las regulaciones contenidas en

el Código de Comercio sino a las específicas exigidas por la ley tributaria. En materia del impuesto sobre las ventas, la contabilidad tiene mayor relevancia y la declaración tributaria debe ser fiel reflejo de la contabilidad del contribuyente, de tal manera que los resultados periódicos de la cuenta corriente deben tener total correspondencia con los datos informados en el denuncio fiscal.

En materia de impuestos descontables el artículo 41 del Decreto 3541 de 1983 dispone:

"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 harían 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 libros 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 e 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 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 refiere 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".

Por su parte el Decreto 1813 de 1984 ordena en su artículo 9º literal e) que para efectos del artículo 28 del Decreto 3541 de 1983, las solicitudes de devolución o compensación deben entre otros requisitos contener la certificación del revisor fiscal o contador público, según el caso, en la que conste que se ha efectuado el ajuste de la cuenta "Impuestos por Pagar" a cero.

El parágrafo 2º del mismo artículo indica que:

"PARAGRAFO 2º. Para efectos del literal e) de este artículo, quienes presenten solicitud de devolución o compensación, deben abonar en su contabilidad la cuenta 'Impuestos a las Ventas por Pagar' por un valor al saldo débito que arroje la misma en el último día del bimestre o bimestres materia de la solicitud, y cargar por igual valor el rubro de la cuenta por cobrar".

De las normas anteriores se deduce que debe existir una estrecha relación entre la declaración tributaria en materia el impuesto sobre las ventas y los asientos débitos y créditos que deben llevarse en la cuenta corriente de *mayor y de balance* denominada "Impueto a las Ventas por Pagar, y que su solicitud oportuna y su contabilización son requisitos necesarios para la viabilidad del descuento, y que el ajuste a cero, es requisito *sine quanon* para la procedencia de la devolución.

No puede argumentarse que una persona lleva su contabiliad conforme con las exigencia legales cuando el registro de sus operaciones lo llevan solo en libros auxiliares con desconocimiento de la norma que le obliga a llevar en forma principal, a nivel de Mayor y Balances, la cuenta del impuesto sobre las ventas.

Está demostrado con la visita contable practicada por la Administración, que cuando la sociedad contribuyente solicitó la devolución, no llevaba la mencionada cuenta y por ende no pudo cumplir el requisito de fondo del ajuste de la cuenta a cero para hacer viable la devolución pedida. Requisito previo y no a posteriori como lo pretende la parte demandante.

Ahora bien, cuando el paragrafo del artículo 30 del Decreto 3540 de 1983 ordena que cuando la solicitud de devolución no cumpla los requisitos exigidos en la ley, debera dictarse auto inadmisorio y devolver la solicitud al contribuyente para que la presente en debida forma, tal norma se refiere únicamente a los requisitos de forma que debe contener la solicitud y que estan señalados expresamente en los artículos 9º, 10 y 11 del Decreto 1813 de 1984 y no a los requisitos de fondo establecidos en la propia ley, por ello, dispone el artículo 30 del Decreto 3541 de 1983, parágrafo único.

> "Cuando la solicitud de devolución no cumple con los *requisitos formales*, el auto inadmisotio deberá dictarse en término máximo de diez días". (Subrayas de la Sala).

Por último si bien es cierto que los artículos 9º de la Ley 145 de 1960 y 98 de la Ley 09 de 1983, admiten como prueba contable la certificación de los contadores públicos y revisores fiscales, no es menor cierto que el Acta de inspección contable presentada (certificados y experticio) no desvirtúa tal aseveracion, sólo da fe con fecha posterior, de la contabilización del período en los libros: auxiliares de terceros folios 10 y 86 y su contabilización en una cuenta del Impuesto a las Ventas por pagar, pero no refuta sino que confirma, el incumplimiento de requisitos de fondo por parte del interesado al momento de solicitar la devolución, circunstancias estas que permiten concluír que la Administración al negar la devolución actuó conforme a derecho, razón por la cual las consideraciones y fallo del *a-quo* se ajustan a la ley y por tanto merecen confirmarse.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ DOBLE TRIBUTACION- Inexistencia/ **TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO**

Los municipios donde se desarrollan actividades gravadas con el impuesto no pueden ser privados del derecho a cobrar el impuesto de industria y comercio sobre los ingresos que las personas obtienen en los respectivos territorios. No puede haber doble tributación puesto que unos mismos ingresos no pueden estar gravados por distintos municipios. Cada municipio se debe limitar a gravar el ingreso que se obtiene en el correspondiente territorio y cada entidad territorial tiene derecho a establecer impuestos sobre los ingresos que se producen en su territorio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio (1o.) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2499. Actor: Cementos el Cairo S.A. Apelación sentencia de febrero 17 de 1989 del Tribunal Administrativo de Antioquia (Industria y Comercio 1983) FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Municipio de Montebello (Antioquia), contra la sentencia de febrero 17 de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia modificó los actos administrativos de determinación de impueto de Industria y Comercio a cargo de CEMENTOS EL CAIRO S.A. NIT. 90.900.183 correspondiente a la vigencia fiscal de 1983.

ANTECEDENTES

La Junta de Impuestos Municipales de Montebello con base en certificaciones expedida por el revisor fiscal de la contribuyente, fijó el impuesto de fabricación

de cemento y fabricacin de materias primas (Clinker) en la suma de $580.643.88 mensuales sobre una base imponible de $1.741'931.633.71 m/cte. (Monto total de las ventas brutas de 1982), aplicándole a estas dos actividades industriales la tarifa del 4 por mil conforme a lo preceptuado por los artículos 8º y 9º del Acuerdo 049 de noviembre 29 de 1981 del Concejo Municipal de Montebello.

Contra el acto liquidatorio anteriormente mencionado (Resolución 002 de marzo 4 de 1983) se interpiso recurso de reposición el cual fue decidido en forma desfavorable mediante la Resolución 003 de mayo 9 de 1983 (folios 13/16).

En la demanda ante el Tribunal se califica de incorrecto el proceso gubernativo que regula el Acuerdo 049 de 1981 al establcer solamente el recurso de resposición pues ha debido confiar la facultad de resolver los recursos de reposición a un funcionario jerárquicamente inferior al Alcalde, de modo que este último pudiera conocer de las apelaciones correspondientes. Respecto de los actos acusados se tacha a la Resolución 003 de insuficiente e inadecuada motivación, frene a las variadas y extensas argumentaciones de la sociedad actoral pero fundamentalmente que es ilegal tomar como base de liquidación del gravamen en 1982 ($1.741'931.633.71) en vez de $278'867.383 que fueron las ventas de cemento realizadas en el Municipio de Montebello. Por lo demás, se precisa que debe excluirse de la base gravable la partida de $9.745.989 correspondiente al costo de extracción de la caliza que se utiliza en la elaboración del clinker y del cemento, en virtud de la prohibición del artículo 4º de la Ley 33 de 1946 de gravar con impuesto alguno la extracción de cualquier clase de bienes o semovientes; y de lo preceptuado por el artículo 1º de la Ley 97 de 1913 según el cual, sólo autoriza gravar la extracción de arenas, cascajo y piedra del lecho de los cauces de ríos y arroyos dentro de los términos municipales y tambien, el carbón mineral que transite y se consuma dentro dichos límites municipales.

Por su parte el Tribunal de instancia con base en lo expuesto en sentencia de marzo 11 de 1988 (Exp. 0163, actor: Cementos el Cairo S.A.), la cual reitera el criterio adoptado por la Sección Cuarta en fallo del 5 de junio de 1987 (Exp. 0129, Cementos El Cairo S.A.) del cual fue ponente el Consejero Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque, modificó la operación administrativa que liquidó el impuesto de Industria y Comercio a la contribuyente por el año gravable de 1983 disminuyento la base gravable en el valor de las ventas de cemento en Medellín ($1.438.185.796) y la venta de caliza ($9.745.989). Esta decisión se fundamenta en el siguiente aparte del fallo invocado por el *a-quo:*

> "La Sala considera que el gravamen de Industria y Comercio se debe determinar sobre el monto de las ventas brutas hechas por el establecimiento comercial o industrial dentro del territorio de su jurisdicción, pues la actividad de ventas verificada fuera de él, no podría ser materia de la decisión administrativa que se extendería, en caso contrario, a un territorio dentro del cual carece de competencia.

"La solución propuesta implica el riesgo de que cuando las ventas se realicen fuera del territorio municipal donde funciona el comercio, industria o actividad objeto del gravamen la tributación podría no gravarse; pero estaría sujeta a la acción de comercio a la imposición en otra área territorial donde la operación de enajenación se verifique.

"La sola existencia de un comercio o de una industria no podría por si sola ser objeto de gravamen separadamente del desarrollo o ejecución de la actividad que le es propio. No puede haber impuesto sin un ingreso que lo justifique, pues los contribuyentes estarían tributando sobre eventuales faltas de ingreso o sobre pérdidas, lo cual es contrario a la equidad tributria y al principio de cada cual según sus capacidades.

Y más adelante agrega:

"A juicio de la Sala, la determinación de la base gravable, de conformidad con las normas transcritas, armónicamente aplicadas, debe hacerse sobre el monto de las ventas brutas hechas por el establecimiento en el *correspondiente municipio*, dentro el ámbito de su jurisdicción, pues la regulación administrativa del impuesto, no puede tener aplicación más allá de los límites municipales, toda vez que fue expedido por una autoridad administrativa cuyo ámbito de acción está delimitado con criterio estrictamente territorial, como lo es el Concejo Municipal y mal podría este, invadir el ámbito de acción que corresponde a otro concejo municipal... Así las cosas, a juicio de la Sala, el impuesto de Industria y Comercio, regulado por el Concejo Municipal de Montebello, no puede cobrarse por actividades realizadas en otros municipios" (folios 147-148).

Respecto de la "ausencia de motivación" de los actos administrativos, la sentencia apelada que precisa que "quizas hubiera podido ser más explícita la Administración con relación a los motivos de su decisión, pero el que no lo hubiera hecho en forma detallada, no significa que el acto está viciado por falta de motivación, pues es claro para la Sala que en dichos considerandos se encuentra una motivación de la decisión administrativa y su fundamento en el "Acuerdo vigente sobre impuestos Municipales" (folio 146).

Y en cuanto a la venta de caliza observa que vendida ésta en su estado natural "no se procesa y no se ejerce ninguna actividad industrial porque no sufre transformación dentro del Municipio de Montebello. En consecuencia tiene razón la sociedad contribuyente, al solicitar exclusión por este concepto de la suma de $9.745.789" (folio 150).

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial del Municipio de Montebello en el memorial de sustentación del recurso, cita la Ley 97 de 1913 y demás normas relacionadas con el

impuesto denominado inicialmente de "Patentes" para relievar que a través de estas normas, el Congreso de Colombia facultó a los concejos municipales y Distrito Especial de Bogotá para organizar libremente sus rentas, pero siempre reservándose la facultad constitucional de determinar la actividad objeto del impuesto de Industria y comercio y de indicar las actividades exentas del mismo, en razón de ser un impuesto del orden nacional, cuyas rentas fueron cedidas a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá. Para reforzar lo anteriormente expuesto, se remite al artículo 89 de la Ley 14 de 1983, expedida para fortalecer los fiscos de las entidades territoriales, según el cual: "Los impuestos Nacionales que por esta ley se ceden a las entidades territoriales, según el cual: "Los impuestos Nacionales que por esta Ley se ceden a las entidades territoriales adquirirán el carácter de rentas de su propiedad exclusiva..." concluyendo: se trata de un impuesto del orden nacional cuyas rentas fueron cedidas a los Municipios, "sin que por ello se pueda perder el carácter de nacional, pues las diferentes leyes lo que hicieron fue crear una "actividad marco" dentro de la cual deben actuar los Municipios en la medida en que sean adoptadas" (folio 159).

Seguidamente se refiere al artículo 1º del Acuerdo 049 de noviembre 29 de 1981 del Concejo Municipal de Montebello en cuanto señala como *hecho generador* del impuesto de Industria y Comercio el ejercicio o realización de actividades industriales, comerciales y de servicios entro de esa jurisdicción, "lo cual se ajusta a las disposiciones constitucionales y legales, pues mal podría apropiarse de rentas de propiedad de otros entes territoriales" (folio 159).

Luego alude al artículo 9º del Acuerdo para relievar que esta disposición señala como *base gravable de las actividades industriales* el promedio mensual de *ventas y operaciones brutas,* realizadas en el año inmediatamente anterior y se liquidará por la tarifa que pertenezca a dicho establecimiento. Puntualiza que dentro del proceso no existe prueba alguna que demuestre que Cementos El Cairo S.A. posee fábricas que desarrollen actividades industriales en otros municipios diferentes al de Montebello. Lo anterior para hacer énfasis en que el artículo 9º del Acuerdo 049 de 1981 no hace alusión alguna al destino del producto o artículo donde se efectúe la venta, lo cual constituyó un acierto legal toda vez que el impuesto de Industria y Comercio propiamente dicho, no grava las ventas sino el ejercicio de una actividad industrial.

Desiente de la providencia del 11 de marzo de 1988, base para proferir la sentencia recurrida, cuanto la Sección cuarta expresa que "la determinación de la base gravable de conformidad con las normas transcritas -entiéndase artículos 1º y 9º- armónicamente aplicados, debe hacerse sobre el monto de las ventas brutas hechas por el establecimiento en el *correspondiente municipio*..." porque "de manera alguna, el artículo 9º toma como ámbito territorial impositivo en actividades industriales, lo vendido en el Municipio de Montebello; sino simple y llanamente toma como monto para determinar el gravamen las ventas y operaciones brutas realizadas en el año inmediatamente anterior y el artículo 1º se limita a decir que

actividades son gravadas por concepto de impuesto de Industria y Comercio, bien realizadas por personas naturales o jurídicas en el citado Municipio (folio 161).

Y agrega:

"Lo que ciertamente significan estos dos artículos, es el de que toda actividad industrial desarrollada en el Municipio de Montebello, toma como base gravable el monto de las ventas u operaciones brutas desarrolladas por el establecimiento comercial y no que la actividad industrial tributa sobre el valor de las ventas y operaciones brutas realizadas por el establecimiento en el correspondiente Municipio.

"El Acuerdo No. 049 en absoluto irrumpe en la soberanía de otros Municipios como lo señala la providencia que recurro.

"En segundo término, dice la providencia" "Así las cosas, a juicio de la Sala, el impuesto de industria y comercio regulado por el Concejo Municipal de Montebello, no puede cobrarse por actividades realizadas en otros Municipios".

"El Municipio de Montebello H. Magistrados, no está cobrando el impuesto de Industria y Comercio por actividades realizadas en otros Municipios. La actividad que se cobra es la industrial que es la desarrollada por la sociedad Cementos El Cairo S.A.

En tercer término, anota la providencia...

"No escapa a la Sala que el concepto de ventas brutas se adopta en dicho Acuerdo como un criterio para precisar que el auqntum del gravamen y no es el hecho generador del mismo, pero ello no implica el que la reglamentación que así lo establece, pueda tener vigencia y aplicación más allá del ámbito de competencia de la autoridad que la expide.

La anterior interpretación fue expresamente acogida por el legislador al expedir la Ley 14 de 1983, según la cual las actividades gravadas son las que se realicen en las respectivas jurisdicciones territoriales (Artículo 32).

A este respecto, es preciso anotar lo siguiente:

El Acuerdo No. 049 de 1983, al tomar como base para fijar el monto del impuesto de Industria y Comercio por la actividad industrial las ventas u operaciones brutas, tuvo de presente que era el único medio legal y matemático para determinarlo.

Pregunto: *Si el factor ventas u operaciones brutas se refiere a la actividad comercial, cuál sería H. Magistrados el factor para fijar el monto del gravamen por la actividad industrial? Existe otro factor para determinar el gravamen?*

Pregunto: *Si una compañía vende sus productos fabricados por ella misma en el exterior en su totalidad, según la providencia citada, cuánto pagaría por concepto de Industria y Comercio por actividad industrial? Cuánto pagaría por actividad comercial?*

Según la citada providencia, no pagaría ni por actividad industrial, ni comercial.

No puede desconocerse H. Magistrados, que el Municipio de Montebello solamente esta cobrando por el ejercicio de una actividad industrial.

H. Magistrados, la providencia tantas veces citada desconoce dos tipos de actividad: Una Industrial y otra Comercial. Estas dos actividades son diferentes pero se gravan sobre un mismo factor como son las ventas, operaciones o ingresos brutos.

Qué es más importante la actividad industrial o la comercial? Las dos actividades son igualmente importantes. Por ello, la ley habla del Impuesto de Industria y Comercio como actividades conjuntas y de manera alguna las jerarquiza en orden de importancia.

Si se aceptara el criterio anteriormente expuesto, indefectiblemente llegaremos a la conclusión que la actividad industrial de modo alguno está sujeta al gravamen por concepto del impuesto de Industria y Comercio.

Igual confusión se predica de una reciente sentencia del Consejo de Estado con ponencia del doctor Hernán Guillermo Aldana Duque ...

Entonces, una compañía que vende en su totalidad sus productos en otro ente territorial, no tributa sobre la actividad industrial?

Una vez más no podemos desconocer que las diferentes leyes hablan del Impuesto de Industria y Comercio y como tal para el Consejo de Estado existe solo el de comercio, no el de industria.

Si se aceptara el critério del Consejo de Estado, igual suerte correría la actividad de servicio, que toma como fuente para determinar el gravamen, las ventas, actividad esta de suyo comercial.

Cementos El Cairo S.A. la única actividad industrial que desarrolla en Colombia, la ejecuta en el Municipio de Montebello, cual sería entonces el beneficio económico a que legalmente tiene derecho, por tener una industria altamente contaminante, amén de otros perjuicios?

Aceptar por lo tanto lo dispuesto por las providencias citadas, sería desconocer una actividad gravada en Colombia desdel el principio del siglo pasado, lo cual es a todas luces ilegal.

Por lo anteriormente expuesto, atentamente solicito de esa H. Corporación se revoque la providencia recurrida y en su lugar se declaren ajustadas a derecho las Resoluciones Nos. 002 y 003 de 1983..." (folios 158 a 164).

PARTE OPOSITORA

La demandante por conducto de apoderado pide la confirmación de la sentencia apelada esgrimiendo los siguientes argumentos:

1o. La sentencia de primer grado se ajusta a las normas constitucionales y legales.

2o. Que a pesar de que el apoderado del Municipio de Montebello afirma que el impuesto de Industria y comercio es un "impuesto del orden nacional", cuyas normas que se dicten no están limitadas en su vigencia y aplicación por el ámbito territorial del respectivo municipio, considera que el mencionado impuesto es de propiedad exclusiva de los Municipios, según el artículo 183 de la Constitución, aunque sujeto a regulaciones especiales por el legislador que en ejercicio de sus atribuciones, determina los sujetos gravables, el hecho imponible la base grvable, las tarifas, las prohibiciones, en armonía con el artículo 197 de la misma.

3o. Que conforme a los artículos 32 a 36 de la Ley 14 de 1983, la *materia imponible* esta constituida por las actividades comerciales, industriales o de servicio que se *"ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales"*; en tanto que la *base gravable* está definida por el "promedio de los ingresos brutos del año anterior", de los cuales según la ley pueden hacerse ciertas deducciones.

4o. Que para la respectiva *actividad industrial* esté sujeta al gravamen es necesario que se "comercialice", es decir, que se vendan los productos que sean el resultado del respectivo proceso industrial, pues de lo contrario no existiría base gravable a la cual aplicar la correspondiente tarifa y determinar el monto del impuesto.

5o. Que al aceptar la tesis del señor apoderado del Municipio de que la base gravable del impuesto de Industria y Comercio esta constituida por el volumen total de las ventas efectuadas por la empresa sociedad, necesariamente implica que las entidades municipales donde se encuentre el domicilio de la sociedad o donde funcionan otros establecimientos dependientes de la misma empresa, no tendrían facultad para gravar el ejercicio de las actividades comerciales de estos dentro de su jurisdicción tomando como base el monto de las ventas realizadas por intermedio de sus establecimientos.

6o. Que la competencia de los Consejos y de las autoridades administrativas muncipales esta circunscrita a los términos municipales, por cuanto los municipios son entidades territoriales debidamente delimitadas. Por consiguiente, sus actos no pueden extenderse ni comprender hechos, actos u operaciones que tengan exist-

encia o se realicen dentro del ámbito de otros Municipios por que en este supuesto se extralimitarían las atribuciones que la constitución, las Leyes y las Ordenanzas les hayan señalado (folios174 a 179).

CONCEPTO FISCAL

La Fiscal Sexto de la Corporación, Doctora Dolly Pedraza de Arenas, en modo alguno es partidaria de excluir de la base gravable, las ventas ocurridas en municipio diferente al de Montebello, porque "considera que no puede confundirse el concepto de eficacia de la ley en el espacio con el de extensión de la ley. La eficacia de la ley fija el ámbito espacial de su aplicación y este se encuentra delimitado en el territorio de cada municipio en relación con las normas locales. La extensión de la ley es un fenómeno de normas que regulan hechos ocurridos fuera de él y no es extraño en materia impositiva, en la que son muchos los casos en los que la ley fiscal se extiende a hechos acaecidos fuera de la respectiva jurisdicción, sin que ello implique aplicación extraterritorial de la ley" (folio 183).

Y agrega:

"En el caso que nos ocupa, el fenómeno es el de la extensión de la ley, luego no puede afirmarse que al incluirse dentro de la base gravable del tributo ventas efectuadas fuera de la jurisdicción del Municipio de Montebello se le esté dando aplicación extraterritorial e inconstitucional a la norma local con violación de los artículos 5º, 183 y 197 de la Carta como lo afirma la accionante.

"Por otra parte, examinada la legislación local, encontramos que el Acuerdo 49 de 1981 del Municipio de Montebello estableció distintos procedimientos para la liquidación del impuesto, según este fuera establecimiento industrial o comercial y para el industrial fijó como base gravable "el promedio mensual de las ventas u operaciones, realizadas en el año inmediatamente anterior" sin distinguir si estas se realizaban o no dentro del municipio.

"Interpretaron la demandante y el Tribunal que son las realizadas dentro del territorio municipal. La Fiscalía estima que para llegar a una interpretación adecuada debe tenerse en cuenta los siguientes elementos:

1. La materia imponible del impuesto de industria y comercio como luego lo aclara la Ley 14 de 1983, es la actividad industrial, comercial o de servicio.

2. La base imponible no es un presupuesto objetivo del impuesto, solo es un elemento que sirve para facilitar la determinación del gravamen valorando la materia imponible, luego nada tiene que ver con su causación.

3. La territorialidad del tributo se predica de los elementos objetivos del impuesto, materia y hecho imponible.

Conforme a estos elementos, es evidente que un municipio no puede gravar hechos que no se realicen dentro de su territorio, pero solo puede entenderse que grava hechos extraños a su territorialidad cuando la materia imposible (hecho gravable) se realiza fuera de El. Si la "actividad industrial, comercial o de servicio" (hecho gravable) se realiza dentro del municipio, el gravamen procede, independientemente del sitio en que se realice la base gravable, o sea la venta.

De ahí que es diferente el tratamiento que debe darse a la actividad comercial y la actividad industrial, Para la actividad industrial, si esta acaece dentro del municipio, la cuantificación no tiene en cuenta el sitio de comercialización, mientras que para la actividad comercial esta es determinante, pues si las ventas se realizan fuera de la jurisdicción, la actividad comercial es foránea y no puede gravarse legitimamente.

Debemos concluir entonces que habiendo señalao claramente el Acuerdo 049 de 1981 del Municipio de Montebello que para los establecimientos industriales la base gravable es el "promedio mensual de ventas u operaciones brutas realizadas en el año inmediatamente anterior" y que son responsables del impuesto de las personas naturales o jurídicas que jerzan actividades industriales, comerciales o de servicio en este municipio, estableció el principio de la fuente u origen, vinculando a la jurisdicción municipal los ingresos obtenidos en la actividad que es fuente productora de ellos. Debe así mirarse, respecto a la actividad industrial, el lugar en donde esta se realiza que es el sitio de ubicación de la fábrica, en donde la tributante goza de los servicios públicos necesarios para la actividad fabril, criterio que coincide con la antigua jurisprudencia, que fijaba el concepto de utilización de la infraestructura municipal como razón de la imposición del tributo.

Por las consideraciones anteriores la Fiscalía estima que la decisión del Tribunal de acceder a excluir de la base gravable las ventas realizadas fuera de la jurisdicción del municipio de Montebello es equivocada" (folios 183 a 186).

En cuanto a la exclusión de la base gravable la venta de caliza la Fiscalía precisa que "como reiteradamente lo ha establecido la jurisprudencia, el artículo 3º de la Ley 29 de 1963 reguló para el futuro las exoneraciones del impuesto de industria y comercio señalando que respecto a él solo subsistiran las prohibiciones consagradas en las leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 sobre gravámenes a la producción primaria agrícola y ganadera y al tránsito de productos alimenticios, de manera que no encontrándose entre las prohibiciones vigentes la señalada por el demandante, es claro que ella no es aplicable al caso que nos ocupa. Por las anteriores consideraciones, la Fiscalía solicita a la H. Sala REVOQUE la sentencia apelada y en su lugar deniegue las súplicas de la demanda (folios 187).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, es preciso anotar que con la expedición de la Ley 14 de 1983 se operó un cambio fundamental en materia del impuesto de industria y comercio, toda vez que el gravamen no se hizo depender de la existencia de un establecimiento comercial como antes, sino de la realización de actividades comerciales. Ciertamente la ley trazó el marco legal del impuesto municipal, pero omitió dar las normas con respecto al lugar en donde debia entenderse realizado el ingreso por el contribuyente. El Decreto 3070 de 1983 reglamentó lo relativo a la situación de los contribuyentes que desarrollan actividades gravadas en varios municipios con el fin de determinar que municipio tiene el derecho de exigir la correspondiente obligación tributaria; y en cuanto al gravamen sobre la actividad industrial dispuso que se pagaría en el municipio en donde estuviera ubicada la fábrica, teniendo como base los ingresos provenientes de la venta de la producción.

En vista de que las dos reglas anteriores resultaron con un alcance sumamente limitado y su redacción un tanto ambigua, pues el Decreto Reglamentario estableció normas que no compaginaban con el contexto de la ley que se quería reglamentar, toda vez que esta no había hecho distinciones con respecto a la forma de gravar la actividad industrial y el Decreto 3070 de 1983 si lo hizo, al establecer que dicha actividad sería totalmente gravada en el municipio de ubicación de la Fábrica sobre el total de las ventas cualquiera que fuera el lugar en donde se realizarán, dio pie para que se demandara el inciso 2o. del mencionado Decreto ante el Consejo de Estado, el cual fue declarado nulo mediante sentencia de septiembre 25 de 1989 (Expediente 00082, Ponente Dr. Abella Zárate).

De este Fallo proferido por la Sección Cuarta principalmente se deduce lo siguiente:

1. Que el impuesto de industria y comercio, según las normas vigentes, es un solo impuesto y en manera alguna la conjunción de un impuesto sobre la actividad industrial y otor sobre el comercio.

2. Que en el caso de la actividad industrial, resulta obvio que esta culmina con la venta o comercialización del producto, razón por la cual no puede establecerse un impuesto sobre la industria o fabricación y otro sobre la venta o comercialización.

3. El sujeto pasivo del impuesto es la persona que realiza el hecho gravado y no el establecimiento de comercio que desarrolla sus actividades en un determinado municipio; en razón de ello, no puede establecerse el impuesto con respecto a un establecimiento de comercio sino con respecto a una determinada persona y al conjunto de las actividades que ella desarrolla.

4. Como consecuencia de ello, la base gravable de una determinada persona no puede ser superior al 100% de sus ingresos en el conjunto de los municipios en donde actúa y por esta razón los distintos municipios solo están autorizados para

establecer impuestos sobre los ingresis que se realizan en sus respectivos territorios muninicipales.

5. Los municipios donde se desarrollan actividades gravadas con el impuesto no pueden ser privados del derecho a cobrar el impuesto de industria y comercio sobre los ingresos que las personas obtienen en los respectivos territorios.

6. De esta manera es evidente que no puede haber doble tributación, puesto que unos mismos ingresos pueden estar gravados por distintos municipios. Como consecuencia de ello, cada municipio se debe limitar a gravar el ingreso que se obtiene en el correspondiente territorio y cada entidad territorial tiene derecho a establecer impuestos sobre los ingresos que se producen en su territorio.

De otra parte, se observa que como consecuencia de la interpretación que la sentencia en comentario, hace de la ley que reestructura el impuesto de industria y comercio, exissten algunos municipios en donde se concentra una enorme actividad industrial (Soacha, Yumbo, Envigado, Bello, etc,) y muy poca actividad comercial, los cuales quedan seriamente afectados porque no pueden cobrar el impuesto de industria y comercio porque allí no se realizan ventas de la producción, a tiempo que los industriales están utilizando la infraestructura municipal, con lo cual se comete una indudable injusticia desde el punto de vista del reparto de los impuestos entre los distintos municipios. El anterior criterio, en principio resulta válido, pero sin perder de vista y sin perjuicio de la labor jurisprudencial que puede hacer el Consejo de Estado, dando claridad sobre cuando un municipio tiene derecho a gravar determinados ingresos y cuando no, porque es evidente que debe ser la propia ley la que defina el lugar donde se obtiene el ingreso, de tal manera que existan normas técnicas y de carácter general para resolver el problema y no solamente por vía de las sentencias, aún del más alto tribunal de lo contencioso administrativo, las cuales obviamente hacen siempre referencia a los casos concretos que se someten a su decisión. En resumen: como el ingreso derivado de la actividad gravada es uno de los elementos fundamentales para la configuración del hecho generador, resulta entonces claro que debe ser la propia ley la que establezca los elementos fundamentales para determinar en donde se entiende realizado el ingreso, a fin de resolver los problemas muy grandes que se vienen presentando en esta materia, tanto para los municipios y Distrito Especial de Bogotá como para los propios contribuyentes.

Ahora bien, con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sala reitera en este proceso los argumentos expuestos en providencia del 11 de marzo de 1988 (Exped. 0163, actor, Cementos El Cairo S.A.) en el sentido de que el impuesto de industria y conmercio, regulado por el Concejo Municipal de Montebello, no puede cobrarse por actividades realizadas en otros municipios. Por consiguiente, habrá de refrendar la actuación del Tribunal *a-quo* en cuanto a la exclusión de la base gravable de la suma de $1.438.185.796 por ventas de cemento en Medellín (folio 162).

Respecto a la exclusión de la partida de $9.745.989 por concepto de la venta de caliza, la Sala comparte la tesis expuesta por la distinguida Fiscal Sexto, toda vez que en reiterados fallos de esta Sección se ha precisado que en virtud de lo preceptuado en el artículo 3º de la Ley 29 de 19 3 solo subsisten las prohibiciones consagradas en las Leyes 26 de 1904 y 20 de 1946 (no encontrándose obviamente la del artículo 4º de la Ley 33 de 1916 invocada por el *a-quo,* motivo por el cual habra de modificarse parcialmente la sentencia practicando al efecto una nueva liquidación que refleje la inclusión de este rubro en la base gravable, así:

CEMENTOS EL CAIRO S.A.
NIT. 90.900.183
AÑO GRAVABLE 1983

Industria y Comercio	
Ventas brutas según sentencia febrero 17/89 (fl. 152)	$293.999.848.21
Más: Ventas de caliza que se habían excluido (Artículo 4º Ley 33 de 1916)	9.745.989.oo
VENTAS BRUTAS DEFINITIVAS	$303.745.837.21
Dividido por 12	/ 12
Promedio mensual de ventas	$ 25.312.153.10
Tarifa impuesto Industria y Comercio	4 x por mil
Impuesto mensual	$ 101.248.61
Por 12 meses	x 12
IMPUESTO AÑO DE 1983	$ 1.214.983.32

Por lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1o. REVOCANSE los ordinales segundo (2º) y tercero (3º) de la sentencia de febrero 17 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante la cual revisó la operación administrativa de liquidación del impuesto de Industria y Comercio a cargo de CEMENTOS EL CAIRO S.A., NIT.90.900.183 por la vigencia fiscal de 1983.

2o. Como consencuencia de lo anterior, MODIFICASE la obligación tributaria a cargo de la mencionada contribuyente, en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

3o. FIJASE en forma defintiva la suma de CIENTO UN MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON 61/100 ($101.248.61) MONEDA CORRIENTE el valor mensual del impuesto de Industria y Comercio que le corresponde pagar a CEMENTOS EL CAIRO S.A. por la vigencia fiscal de 1983.

4o. DEVUELVASE a la constribuyente la suma que exceda, la cantidad de UN MILLON DOSCIENTOS CATORCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON 32/100 ($1.214.983.32) M/CTE. es decir la diferencia entre la cantidad que demuestre haber pagado por concepto de impuesto de Industria y Comercio durante los doce meses de 1983 y la liquidada en esta instancia por los mismos doce meses.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Con aclaración de voto; *Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ BASE GRAVABLE/ DOBLE TRIBUTACION/ TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO (Aclaración de voto)

Comparto la consideracion en el sentido de que los impuestos municipales solamente se causen en el ámbito de la respectiva jurisdicción municipal. Lo que sucede es que como la actividad gravada es la industrial, es lógico que sea el volumen total de la producción la que sirva de base gravable para estimar el impuesto.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Referencia: Expediente No. 2499 Actor: CEMENTOS EL CAIRO C/ MUNICIPIO DE MONTEBELLO.

La aclaración de voto que tengo que hacer a este caso es la siguiente:

La Sala por mayoría al conocer de una demanda de nulidad del parágrafo del artículo 1º del Decreto 3070 reglamentario de la Ley 14 de 1983, anuló esa disposición por considerar que el Gobierno excedió la facultad reglamentaria al establecer como base gravable del impuesto de industria y comercio por la actividad industrial en los Municipios donde tenía su sede o asiento principal la respectiva industria, era el volumen global de la producción sea que esta se vendiera en el mismo Municipio o no. Me separé en esa oportunidad de esa sentencia que consideré errada, dado que el espíritu que informó al legislador al dictar la Ley 14 de 1983, era claramente el de favorecer a los Municipios fortaleciendo sus finanzas a través del impuesto de industria y comercio. Por tanto, la actividad gravada era la industrial, la única base gravable debía estar determinada por el volumen de su producción total y no por el de las ventas en el respectivo Municipio, porque si así se decide, lo que se grava es la actividad comercial. Ese a mi juicio fue el error fundamental de esa sentencia.

Lo anterior es muy distinto de otra consideración que yo comparto, en el sentido de que los impuestos municipales solamente se causen en el ámbito de la respectiva jurisdicción municipal. Lo que sucede es que como la actividad gravada es industrial, es lógico que sea el volumen total de la producción la que sirva de base gravable para estimar el impuesto.

En esta sentencia se acoge ese criterio de la mayoría de la Sala y el suscrito aclara su voto en este caso para hacer constar que él se separo de la providencia que hoy sirve de base a esta sentencia.

Bogota, D. E. junio ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

Carmelo Martínez Conn.

COMPARACION DE PATRIMONIOS/ CAPITAL EXTRANJERO - Registro/ **MERCADO DE DIVISAS**

Enfrente de la definición de renta por comparación de patrimonios, el contribuyente puede demostrar que "el aumento patrimonial obedece a causas justificativas", lo cual indica que según la causa que se alegue deberan probarse los hechos materiales generadores del impuesto, pero siempre, el "*Thema Probandum*" deberá establecer su carácter de justificativas.

El registro de capitales extranjeros destinados a la industria del petróleo así como el movimiento de aquéllos es obligación perentoria, de plazo preclusivo fijado por la Oficina de Cambios, que debe suceder a las pertinentes aprobaciones impartidas por el Ministerio de Minas y Energía en el acto de la propuesta de exploración y explotación y a la calificación del movimiento de capitales emitida por el mismo, no únicamente para hacer viable el ejercicio de determinados derechos de gito o reembolso del inversionista, sino como sustento de la efectividad de la regulación cambiaria que supone la actividad industrial en cuestión y de los controles que, sobre el movimiento de capitales extranjeros, debe ejercer la citada Oficina de Cambios, la Superintendencia de Control de Cambios y la Superintendencia de Sociedades.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio primero (1o.) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2177. Apelación sentencia de 13 de febrero de 1988 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de revisión de la operación

administrativa de liquidación del impuesto de renta por el año gravable de 1981. Actor: Amoco Colombia Oil Company. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad AMOCO COLOMBIA OIL COMPANY, la actora, contra la sentencia de primer grado, de 13 de febrero de 1988, adversa a las súplicas de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido contra actos de determinación y discusión del impuesto sobre la renta del período impositivo de 1981, a saber, la liquidación de revisión No. 100224 de 19 de julio de 1984 y la resolución No. 243 de 29 de abril de 1986, expedidos, en su orden, por las unidades de liquidación y recursos tributarios de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

ANTECEDENTES

La liquidación oficial, precedida de inspección administrativa de carácter contable y de requerimiento especial, había propuesto modificaciones de la liquidación privada referidas alternativamente, a la determinación de la renta gravable, bien por comparación de patrimonios, según "diferencia" establecida en cifra de $281.718.680, que fue el sistema finalmente acogido, o por método ordinario, en cuyo caso se proponía, adicional las ventas declaradas por $1.684.400, "diferencia inventarios año (sic) 1980 y 1981", desestimar "costos y gastos de vigencias expirada", en cuantía de $491.638, y "gastos no comprobados", por $28.378.089, y aplicar sanción por inexactitud.

La oficina liquidadora sustentó, la diferencia de patrimonios, en el hecho de no aparecer legalmente probada la "importación de capitales" que había dado lugar a la misma, con sujeción a los artículos 151, 152 y 160 del Decreto 444 de 1967, principalmente.

Y los rechazos de costos y deducciones, en un caso, por pertencer a anualidades distintas de la declarada y, en el otro, por no haberse exhibido los respectivos soportes contables.

La providencia que desató el recurso gubernativo interpuesto, confirmó íntegramente la citada liquidación, no obstante la prueba documental aducida por la reclamante, reafirmándose la falta de registro, en la Oficina de Cambios, del capital importado. Sobre los factores de una eventuar liquidación común, el funcionario se abstuvo de cualquier decisión.

LA DEMANDA

Persigue la declración de improcedencia, tanto del método excepcional de determinación de la base imponible, como de las virtuales variaciones del ingreso declarado, en la hipótesis de la depuración ordinaria.

Al efecto, se indican transgredidos los artículos 74 del Decreto 2053 de 1974, 159, 160 y 161 del Decreto 444 de 1967, 42, 49 y 57 de la Ley 52 de 1977 y 19 del Decreto 3803 de 1982.

Con respecto a la diferencia de activos, se dice originada esta en la importación de capitales, "en forma directa e indirecta a través de dos compañías distintas como son la CITIES SERVICES PETROLEUM CORPORATION y TEXAS PETROLEUM COMPANY", destacándose, de la demandante, por su carácter de contratista o cesionaria de contratos de asociación con Ecopetrol, para la exploración de campos petrolíferos, y su figuración, con aquellas, como operadora o gestora de la operación conjunta (mayúsculas en el texto).

Se afirma, así mismo, haber acompañado al recurso gubernativo, la prueba de "la inversión y la proporción que le correspondía a cada una de las compañías participantes en los contratos", que lo habrían sido las copias de las escrituras de traspaso parcial, a la actora, del interés en los citados contratos de asociación, por varias compañías entre ellas, las nombradas, relativos a las áreas del Casanare, Cartagena, Urabá y Tasajero; los certificados de los revisores fiscales de la accionante y de las dos compañías antes mencionadas, sobre inversiones de aquella en el país, durante el ejercicio discutido, que fueron pagadas directamente, en el exterior, por conducto de su casa matriz y la matriz de éstas, aparte de ajustes en las respectivas cuentas, por diferencias de cambio; los certificados de constitución y gerencia de las dos compañías citadas, en los que se reporta la designación, como revisores fiscales, de quienes suscriben las constancias; y el certificado de la Junta Central de Contadores, donde figuran todos los certificantes como contadores públicos.

Teniendo por cierto e indiscutible, que la Administración, con apoyo en la relacionada prueba documental, "aceptó la realidad de los gastos hechos", el señor apoderado de la accionante cree necesario, "establecer diferencias entre la legislación tributaria y la legislación cambiaria", en los términos que a continuación se extractan:

Toda disposición legal consta de dos elementos: la hipótesis, o "supuesto jurídico", y la consecuencia de la realización de este, o "mandato", no siendo previsible que a cada supuesto se aplique otro mandato que es contemplado en la respectiva norma, "sin crear un completo caos jurídico", como lo pretende la Administración, que a los supuestos del precepto cambiario, aplica el mandato de una disposición tributaria. O sea, que a la supuesta omisión del registro de cambios, le fija, como consecuencia, una liquidación de impuestos sobre hechos no previstos legalmente "como causantes de la obligación de tributar".

Si la ley prevé que, por el no registro del capital, se pierda el derecho a reexportar este y sus utilidades, solo tal consecuencia cabría derivar de la omisión, no la de grvar el patrimonio importado, no registrado, con el impuesto de renta.

Aún más: en el caso específico de la exploración petrolífera, según el artículo 159 del estatuto de cambios, las respectivas erogaciones no dan derecho al reembolso de capital y utilidades, salvo que la exploración hubiera resultado positiva, por hallazgo de petróleo, de modo que la prohibición de reexportar capital y beneficios, no constituye sanción al hecho de la ausencia de registro, el registro de capitales invertidos ex exploración tendría, así, "un efecto simplemente estadístico, ya que no genera ninguna obligación a cargo de la balanza de pagos del país".

Por lo demás, la falta de registro, asunto no demostrado en el proceso, sería atribuíble, no a la actora, sino a las compañías operadoras, como gestoras de los negocios de exploración, conforme a los contratos anexos, que "eran las encargadas de hacer las inversiones y de registrarlas en la Oficina de Cambios".

Sobre el particular, el libelista cita y acompaña copias informales de las sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de esta Corporación de fechas 30 de septiembre de 1980 y 30 de noviembre de 1984, respectivamente, en la última de las cuales se habría accedido a las pretensiones de la demanda, en un caso similar.

En apartes subsiguientes, presenta el movimiento de cifras de la confrontación oficial de activos y de la "importación de capitales", "costos y gastos reembolsados en el exterior", "diferencia de cambio en la cuenta con la casa matriz" y "cargos" a esta cuenta, para concluir que solo hay una diferencia patrimonial de $2.984.563, inferior a la renta ordinaria declarada.

Referente a la depuración de la renta gravable en forma ordinaria, estima que la misma resultaría improcedente, por haber precluído legalmente tal posibilidad ya que, de acuerdo con el artículo 19 del Decreto 3803 de 1982, "solamente puede haber una liquidación oficial"; además, porque la Administración carecería de razones para aumentar la base gravable declarada.

Acerca de lo primero, sostiene, en síntesis, que la adopción del sistema ordinario implicaría la práctica de una nueva liquidación, proscrita del ordenamiento tributario, pues la liquidación provada no es reformabele sino "por una sola vez", en forma que el planteamiento hipotético de la liquidación acusada, carecería de efecto vinculante como segunda liquidación, adicionalmente, porque faltarían los requisitos formales prescritos en el artículo 49 de la Ley 52 de 1977, dosposición que, de otro lado, no "permite al funcionario liquidador establecer alternativas en cuanto a la base gravable y el monto del impuesto...", según lo habría definido la propia Administración tributaria en la Resolución 985 de 14 de septiembre de 1984, en caso análogo.

Y sobre lo segundo, a) que la "diferencia de inventarios", por $1.684.400, no solamente carecía de motivación, en el acta de visita, el requerimiento y la liquidación, generándose las causales de nulidad de los artículos 42 y 57, nu-

meral 4o., de la Ley 52 de 1977, sino de lógica, porque, siendo en inventario final por 1980 mayor que el inicial por 1981, la diferencia representaba un menor costo para la declarando, rebajado por esta misma; b) que los "gastos y deducciones de otras vigencias", de acuerdo con lo expuesto en la contestación del requerimiento, no fueron conocidos por la contribuyente sino en 1981, cuando los mismos le fueron facturados por la operadora; y c) en relación con los "gastos sin comprobación", que no era a la demandante a la que incumbía la demostración contable de ellos, dada la estructura del contrato de exploración conjunta, sino a la operadora, Cities Service Petroleum Corporation, debiendo limitarse aquella a la facturación que le librara esta, con ocasión de la liquidación de cuentas periódicas, como así lo habría calificado el revisor fiscal de la primera, en docu- mento de valor probatorio pleno, con arreglo al artículo 98 de la Ley 9a. de 1983, en consonancia con el 9º de la Ley 145 de 1960.

Por lo que hace a una sanción por inexactitud, niega que tuviera esta alguna probabilidad de aplicación, habiéndose demostrado "la improcedencia de la modificación de la base gravabla declarada...".

EL FALLO APELADO

La sentencia señala, como cuestión litigiosa, la determinación de la renta gravable por comparación de patrimonios.

Se afirma que en un estado de derecho, el régimen jurídico constituye una estructura armónica destinada a regular toda suerte de actividades dentro del terriorio nacional, de naturaleza inescindible, pues la noción que rija, en materia de cambios, en torno de la importación de capitales, no es descontable, en el campo tributario, en el momento de resolver si es admisible, o no, la importación, para justificar el aumento patrimonial, porque, de otro modo, imperaría el caos jurídico, admitiéndiose que en ciertos casos se pueda obrar al margen de la ley, sin consecuencias en otra esfera de actividades. Por otro aspecto, que el hecho de que la actora de a entender haberse desprendido, "generosamente", de su derecho a reexportar, por no haber registrado la importación, no explica la evasion del impuesto que intenta al propio tiempo.

Concluye, pues, el *a-quo,* que las disquisiciones de la actora, alrededor del supuesto jurídico y el mandato de las normas, son sofusmas de distracción, supuesto que la controversia se desemvuelve en un ámbito eminentemente probatorio, y que la prueba contable escrimida es incompleta, por carencia de soporte externo.

EL RECURSO CONTENCIOSO

La apelante encuentra equivocado el que se diga, en la sentencia, no demostrada la importación de capital, por lo siguiente, en síntesis:

a) El artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, da al contribuyente ampliar posibilidades para justificar el aumento patrimonial.

b) No es lo mismo importar un capital, que registrarlo. Lo primero es, fundamentalmente, la ubicación de un bien, que estaba en el exterior, en territorio colombiano; lo segundo, una operación jurídico contable de anotación de la importación.

Lo que justifica el incremento del patrimonio, conforme a las normas tributarias, no es el registro, sino la importación por sí misma, que es susceptible de probarse por medios diversos de aquel, pues en parte alguna del estatuto de cambios se dice que el registro sea prueba única al efecto, como así lo admitió el Consejo de Estado en la citada sentencia del 30 de noviembre de 1984.

c) El registro, en la Oficina de cambios, de las importaciones de capital en la industria del petróleo, que dispone el artículo 160 del Decreto 444 de 1967, es completamente inútil, habida cuenta que, según el artículo 159, inciso 2o., ib., en ningún caso es admisible el suministro de divisas a compañías petroleras "para el giro de utilidades de capitales invertidos en la exploración y explotación de petróleos, ni para reembolsarlos al exterior", excepto que se trate de la adquisición de dólares para refinanciación en el país por Ecopetrol. Si en el ámbito cambiario, el registro de capitales de la industria del petróleo es inocui, resulta totalmente absurdo, como se pretende en el fallo apelada, que la falta de tal registro derive la conversión en renta gravable de lo que, naturalmente, no tiene índole de tal.

En cuanto a los reparos que se formularon a las constancias del revisor fiscal, la apelante cita y transcribe apartes de la sentencia de 3 de abril de 1987, de esta Corporación, en la que se habría concedido efecto pleno a las solas atestaciones de revisor fiscal, en virtud de la presunción en que se amparaban estas, de conformidad con los artículos 98 de la Ley 9a. dè 1983 y 9a. de la Ley 145 de 1960.

Pide, por último, la práctica de inspección judicial con intervención de peritos contadores, a objeto de verificar si se habían realizado, efectivamente, las inversiones "directas" e "indirectas" discutidad, prueba denegada en preveído ulterior de la Sala.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apelante repite, en lo esencial, los postulados de su demanda y recurso, con particular énfasis en la "diferencia de cambios", de que tratan los artículos 114 y 127 del Decreto 2053 de 1974, que es uno de los ítems de la comparación patrimonial ajustada, de más elevada cuantía, y constituiría, en su sentir, una valorización de activo, justificativa de aquella, según el artículo 74 ib.

Y, del mismo modo, en el hecho de que, a pesar de que en la vía gubernativa se dieran como plenamente probadas las inversiones discutidas, como en efecto lo estaban el *a-quo* diga lo contrario.

Por su lado, el opositor, reitera el argumento de que lo discutido no es si se realizaron, o no, las "obras petrolíferas", sino la ausencia de prueba sobre la importación de capital, en legal forma, pues, entiende que el artículo 160 del estatuto de cambios, relativo al registro, no es de opcional cumplimiento. Y también, que la prueba contable era incompleta, porque, siendo la contabilidad un "todo integral", incluye naturalmente los comprobantes internos y externos, que no fueron aludidos en aquella.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

De la transcripción de los principales apartes de la providencia que desató el recurso administrativo, el señor Fiscal Tercero de esta Corporación infiere que la desestimación de los motivos esgrimidos por la reclamante, para justificar la diferencia de activos, no obedeció a deficiencias de la prueba contable, sino al particularísimo hecho de no estas acreditado el registro de la importación de capitales, con sujeción al artículo 160 del Decreto 444 de 1967.

No comparte, sin embargo, los planteamientos de la Administración, no porque el precepto cambiario invocado no fuera aplicable, sino porque el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 no contempla "condiciones especiales para la demostración de las causas justiticativas de los incrementos patrimoniales, ni limita, en este sentido, la actividad probatoria de los contribuyentes...".

Se pronuncia, pues, por la revocación de la sentencia, para que, en lugar de ella, se acceda a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. ***Sobre la justificacion de la diferencia patrimonial***

a) *Del objeto y tema de la prueba.*

Tratándose de pruebas "judiciales", esto es de las que no requieren particulares formalidades, "ad substantiam actus", ni "*ad probationem*", imperan, el

principio de la libertad de la prueba, en cuanto al medio, objeto y tema de esta, apenas restringido por razones de idoneidad, pertinencia o conducencia del medio elegido, Por otra parte, así esté sujeto el juez a las denominadas reglas de la sana crítica y máximar generales de la experiencia, tienen la posibilidad de la libre valoración del material probatorio y del acopio oficioso de este (Circ., en estos sentidos. Código de Procedimiento Civil, 175, 178, 179 y 187; Decreto 01 de 1984, 168 y 169).

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 1o. del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, enfrente a la definición de la renta por comrparación de patrimonios, el contribuyente puede demostras que "...el aumento patrimonial obecede a causas justificativas", lo cual indica que según la causa que se alegue deberán probarse los hechos materiales generadores del impuesto, pero siempre, el *"Thema probandum"* deberá establecer su carácter de justificativas.

Se sigue, que no es suficiente la demostración de haber sobrevenido objetivamente al mayor valor discutido, en virtud de pactos o convenios privados, en principio, ajustados a la ley como tales, sino que es imprescindible la prueba de que, en la práctica, estos se mantuvieron rigurosamente sujetos a las normas legales y reglamentarias de su ejecución y cumplimiento, en forma que es objeto de interés jurídico y sus resultados deban tenerse por "justificados".

b) *De la relevancia del registro de cambios.*

Contrario a lo que supone la actora, el registro de capitales extranjeros destinados a la industria del petróleo, así como del novimiento de aquéllos, es obligación perentoria, de plazo preclusivo fijado por la Oficina de Cambios, que debe suceder a las pertinentes aprobaciones impartidas por el Ministerio de Minas y Energía en el acto de la propuesta de exploración y explotación y a la calificación del movimiento de capitales emitida por el mismo, no únicamente para hacer viable el ejercicio de determinados derechos de giro o reembolso del inversionista, sino como sustento de la efectividad de la regulación cambiaria que supone la actividad idustrial en cuestión y de los controles que, sobre el movimiento de capitales extranjeros, debe ejercer la citada Oficina de Cambios, la Superintendencia de Control de Cambios y la Superintendencia de Sociedades.

Así se desprende de los artículos 151, inciso 2o. y 160 del Decreto 444 de 1967, en concordancia con los artículos 113 y 114 ib., 1º del Decreto 791 de 1971, 3º, letras h) e i), del Decreto 636 de 1974, y 10 del Decreto 688 de 1967.

Por otro aspecto, la Oficina de Cambios dispone de facultades para fijar el procedimiento de valoración de las inversiones que no se hagan en divisas y para rechazar el registro, "cuando no se compruebe suficientemente ante ella *la autenticidad de la inversión y los actos relativos a su movimiento*". (Estatuto de Cambios, 113, 121) (Subrayas fuera de texto).

Además, en el artículo 9º de la Resolucion 17 de 1972, del Consejo Nacional de Política Económica y Social, se establece la obligación a cargo de empresas con inversiones de capital extranjero en el sector de la minería y el petróleo, de acreditar, ante la Oficina de Cambios, la exactitud de "las utilidades generadas en cada período contable, por cada una de sus actividades, mediante el empleo de procedimientos de contabilidad *que permitan identificar plenamente los activos y pasivos y la inversión en cada una de esas actividades*. En estos casos, la Oficina de Cambios no aceptará activos ni pasivos comunes a las distintas actividades..." (Subrayas fuera de texto).

Por su puesto, no se trata de atribuír al registro la categoría de medio "solemne", que limite la libertad de la prueba enunciada al comienzo, sino de un mero requisito "*ad probationen*" que, sin embargo, es la vía hábil para demostrar legalmente, tanto la autenticidad de la inversión y de los items referentes al movimiento de la misma. Como la circunstancia de que el aumento patrimonial no se hubiera originado en una causa ilícita, que lo sería, sin duda, la violación flagrante del régimen cambiario.

c) *La alegada "diferencia de cambios".*

Resulta, así mismo, inaceptable, como causa justificativa del mayor valor, el supuesto de que una fracción de este, en suma de $244.018.197, obedeciera a ajustes, por diferencias del tipo oficial de cambio, de una deuda con casa matriz en el exterior, fijada en dólares americanos, por concepto de "préstamo especial... sobre financiación exploraciones nuevas", según reza el certificado del revisor fiscal de la demandante: porque se trata de un pasivo que no aparece debidamente registrado en el Balance de la sociedad colombiana como deuda con casamatriz, para la resepctiva vigencia de 1981, porque la omisión del registro de la inversión dejó sin control alguno, por parte de las autoridades cambiarias y monetarias, el movimiento de la misma, restándole autenticidad a los ajustes que se dicen efectuados y finalmente, por no aparecer en el proceso que el endeudamiento se hubiera registrado en la Oficina de Cambios, con las formalidades que se prevén en el artículo 128 del estatuto cambiario.

Además, por no haberse acompañado a la declaración de renta, ni en ocasión posterior, la "relación de los asientos de contabilidad referentes a los ajustes por cambio, debidamente autenticada por el revisor fiscal o por el contador", de que tratan los incisos finales de los artículos 30 y 54 del Decreto 2053 de 1974, ni menos, la "autorización para obtener el crédito respectivo, otorgada por la oficina competente, de acuerdo con el régimen establecido para regular los préstamos exteriores a particulares", que se prescribe en el artículo 40 del Decreto 187 de 1975, y es objeto de especial normación en los artículos 127 y siguientes del citado Decreto 444 de 1967 y de extensa reglamentación en el artículo 10 del Decreto 2306 de 1974 y las resoluciones 73 de 1974, 22 y 50 de 1975 y 29 de 1976, 9 y 63 de 1977 y 14 de 1979, de la Junta Monetaria.

Al respecto, la accionante se limita a anexar copia de un "comprobante de diario" certificada por su revisor fiscal, con alusión a un "asiento No. 226-81", sin especificación de fechas, libros afectados por el asiento, o comprobantes externos de la operación.

En conclusión, habiéndose demostrado el hecho físico y presumible origen legal del incremento en controversia, pero no la subordinación del mismo a las precisas reglas de su licitud o legitimidad, en el sentido de que hubiera sido el producto de acuerdos o convenciones válidamente ejecutados, no procede modificación alguna de la sentencia apelada en este aspecto.

2. ***Sobre la alternativa de la depuración ordinaria***

Debiendo mantenerse íntegramente los factores de la confrontación de patrimonios establecidos por la Administración y confirmados por el *a-quo*, es inoficioso emprender el examen del método que viniera a sustituír a aquel, cuya procedibilidad niega la demandante y que adicionalmente, no ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Corporación.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate*, Con aclaración de voto; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

AJUSTE DE CAMBIO/ MERCADO DE DIVISAS (Aclaración de voto)

El "ajuste de cambio" en cuentas del activo no es comprensible sino en dos aventos: a) cuando recae sobre bienes cuyo valor es o está representado en moneda extranjera: cuando se efectúa este ajuste en tal clase de bienes, se configura una típica "valorización" que no constituye renta. b) Cuando se ajusta a fin del ejercicio el valor de la deuda de divisas originadas en la compra de un bien cuyo costo se ajusta simultáneamente en igual valor.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR JAIME ABELLA ZARATE

Referencia: Expediente No. 2177 Actor: AMOCO COLOMBIA OIL COMPANY. Fallo 1o. de junio de 1990.

Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Comparto las consideraciones consignadas en la providencia anterior pero deseo agregar algunas de índole tributario contable que influyeron en mi voto favorable a la ponencia aprobada por la Sala y, aunque no fueron especialmente planteadas, tampoco fueron despejadas en el curso del estudio de este negocio.

1. Pienso que el "ajuste de cambio" en cuentas del activo no es comprensible sino en dos eventos:

a) Cuando recae sobre bienes cuyo valor es o está representado en moneda extranjera, pues conforme al artículo 114 del Decreto 2053 de 1974 "el valor de los bienes y créditos en monedas extranjeras, se estima en moneda nacional, en el último día del año o del período gravable, de acuerdo con la tasa oficial del cambio".

Cuando se efectúa este ajuste en tal clase de bienes, se configura una típica "valorización", que obviamente no constituye renta y justifica el aumento patrimonial para los efectos del artículo 74 del Decreto 2053 de 1974 y se refleja en cuentas del superávit. Pero esto requiere ineludiblemente que se trate de un bien cuyo valor sea en moneda extranjera, como las divisas en efectivo, los créditos en el exterior y los bienes poseídos fuera del país (muebles o inmuebles) en los eventos que permita la legislación cambiaria y aduanera del país.

b) Cuando se ajusta a fin del ejercicio el valor de la deuda en divisas originada en la compra de un bien, cuyo costo se ajusta simultáneamente en igual valor, conforme a la mecánica contable -tributaria prescrita por los artículos 127 t 30 del Decreto 2053 (que en el fondo concide con el artículo 3º del D.R. 2553 de 1987 que modificó el artículo 22 del Decreto 2160 de 1986): "El valor de las deudas en moneda extranjera se estima en moneda nacional, en el último día del año o período gravable, de acuerdo con la tasa oficial" dispone el artículo 127 y el artículo 30 permite los ajustes en el costo de los activos o en el valor de las mercancías importadas a crédito en moneda extranjera, en cuantía correlativa al ajuste de la deuda en divisas.

En este segundo caso, por ser correlativos los asientos de ajuste en el pasivo y en el costo del activo, no hay lugar a incremento patrimonial, puesto que se hacen por igual valor sin alterar el balance. Requiere si que se trata de una deuda u obligación que en estos casos, por ser necesariamente extranjero el acreedor la operación de crédito debe estar ajustada a nuestra legislación y a nuestras autoridades cambiarias. Por tal razón el artículo 40 del Decreto Reglamentario 187 de 1975 dispone que para que proceda el ajuste por diferencias de cambio de deudas que deban ser pagadas en moneda extranjera, deberá acompañarse a la delcaración de renta y patrimonio la autorización para obtener el crédito respectivo por la oficina competente de acuerdo con el régimen establecido para regular los préstamos exteriores a los particulares.

2. Lo anterior que no es sino la aplicación de los conocidos principios contables de "unidad monetaria" y "costos", adoptados en nuestra legislación positiva, rige también para las sucursales de sociedades extranjeras, las cuales como es obvio deben llevar su contabilidad en moneda nacional.

Cierto es que desde el punto de vista tributario la sucursal no tiene independencia patrimonial con la sociedad principal y nuestra legislación no le reconoce el carácter de deuda a las obligaciones con aquella, pero su estructura contable debe revelar el estado de las cuentas con "Casa Matriz", precisamente a través de las cuales se debe indicar todo el movimiento de las divisas incorporadas en una u otra forma a la operación de la sucursal, cuyo balance debe mostrarlo en pesos.

Este movimiento con casa matriz debe estar precedido o respaldado por las respectivas autorizaciones oficiales que correspondan a cada tipo de operación: importación de capital, préstamos a largo plazo, créditos por despacho de mercan-

cías o materia prima, gastos en el exterior por cuenta de la sucursal, etc. Esta misma Sección Cuarta en fallo del 21 de septiembre de 1984 (Exp. No. 025, Ponente: E. Low. M.) expresó que "Es claro que las normas tributarias que regulan los costos y deducciones en materia de diferencia de cambios deben interpretarse en armonía con las normas del estatuto cambiario (Decreto 444 de 1967)". Cabría agregar en esta oportunidad que con igual armonía deben interpretarse las normas relativas al sistema especial de comparación de patrimonios.

3. El sistema cambiario colombiano, caracterizado por el control y registro del mercado de divisas, tiene apoyo en los artículos 106 y siguientes del Decreto 444 de 1967 y para la industria del petróleo en los artículos 151 a 163, de conformidad con los cuales y por sus especiales características se realiza a través del Ministerio de Minas y Energía en coordinación con la Oficina de Cambios, pero no está exonerado de él (D.R. 825 de 1968 Resolución 17 de 1972, Resolución 023 de 1985, etc.). Dentro del régimen colombiano vigente desde 1967 no es comprensible que se registre solamente el capital inicial asignado a la sucursal y con posterioridad se maneje con entera libertad toda o alguna clase de operaciones.

4. Examinado con esta perspectiva el balance a 31 de diciembre de 1981 de la sucursal demandante, llama la atención que no muestre con casa matriz los valores correspondientes a la negociación que se ha esgrimido como justificativa del incremento patrimonial a título de "importación de capital".

Se observa que con casa matriz solo se muestra un total de $143'517.668 que está integrado por la ínfima cantidad de $9.750. como capital asignado y reserva legal, corespondiendo el resto a las utilidades del ejercicio y de los anteriores.

Cabe entonces preguntar, si se trató de una importación de capital o de un préstamo a largo plazo, por que no está así registrado en el balance? Si a esto se añade la ausencia de prueba del registro o autorización oficial cambiaria (que la requiere, como se concluye en el fallo) resulta inexplicado el incremento patrimonial.

Jaime Abella Zárate.

Bogotá, julio cuatro (4) de mil novecientos noventa (1990).

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ INTERVENCION DE TERCEROS

Una vez dictada la sentencia, pero sin que haya quedado ejecutoriada, como es el caso que se analiza, no puede afirmarse que la relación procesal está concluida, por lo que se considera admisible la intervencion de un tercero para incoar el recurso extraordinario de súplica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio primero (1o.) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Espediente 0082 Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones. Autoridades Nacionales. AUTO.

El apoderado judicial del Municipio de Yumbo deciendo obrar en "calidad de impugnador y opositor a las pretensiones de anulación que contra el inciso 2o. del artículo 1º del Decreto 3070 de 1983 se ha propuesto" interpuso *Recurso Extraordinario de Súplica* contra la sentencia dictada por esta Sección el 25 de septiembre de 1989 mediante la cual se declaró la nulidad de la norma acusada.

El recurso se interpuso con invocación del artículo 2º de la Ley 11 de 1979 (sic) y 183 del Decreto 01 de 1984 y fue prsentado el 18 de octubre de 1989, dentro de la oportunidad legal y los demandantes se opusieron a la admisión del mismo.

Remitido el expediente para su estudio por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha sido devuelto por el Consejero a quien le correspondió a fin de que sea la Sección la que admita o rechace el recurso propuesto "tal como lo acordó la Sala Plena Contenciosa".

En consecuencia, a ello se procede con las siguientes

CONSIDERACIONES

1o. Evidentemente, conforme a jurisprudencia de la Sala Plena corresponde a la Sección que ha dictado la sentencia acusada, decidir sobre la admisión del recurso extraordinario de súplica interpuesto contra ella.

2o. "En los procesos de nulidad cualquier persona podrá pedir que se tenga como parte coadyuvante o impugnadora", dispone el artículo 146 del C.C.A. sin regular especialmente la oportunidad para hacerlo, por lo cual, se ha aceptado en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia.

Una vez dictada esta, pero sin que haya quedado ejecutoriada, como es el caso que se analiza, no puede afirmarse que la relación procesal está concluída, por lo que se considera admisible la intervención de un tercero para incoar el recurso extraordinario.

3o. El recurrente cita como jurisprudencia infringida la que recoge al auto interlocutorio dictado en este mismo proceso el 26 de junio de 1987 al revocar en súplica el auto que decretó la suspensión provisional.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

1. Admitir el recurso extraordinario de súplica y ordenar que se remita el expediente al Consejero a quien se le repartió.

2. Reconocer al abogado Jaime Galinde Valencia como apoderado judicial del Municipio de Yumbo para los efectos del recurso extraordinario de súplica.

Cópiese, notifíquese, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Salvo el voto.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA/ INTERVENCION DE TERCEROS (Salvamento de voto)

No puede confundirse la titularidad de la acción de nulidad que radica en cualquier persona, con la de los recursos contra las decisiones judiciales que solo la tiene quien ha sido admitido en el proceso en su condición de parte, coadyuvante o impugnadora. Y menos aún tratándose de un recurso extraordinario instituido contra la sentencia que por haber fallado sobre el fondo de la controversia puso fin al proceso o relación jurídico-procesal, habiéndose superado las oportunidades de los terceros para intervenir en la controversia ya decidida.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS.

Radicación 0082. Actor: Juan Rafael Bravo Arteaga y Lucy Cruz de Quiñones.

Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria que antecede por las siguientes razones:

No puede confundirse la titularidad de la acción de nulidad que radica en cualquier persona a voces del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, con la de los recursos contra las decisiones judiciales que sólo la tiene quien ha sido admitido en el proceso en su condición de parte, coadyuvante o impugnadora.

Y menor aún tratándose de un recurso extraordinario instituido contra la sentencia que por haber fallado sobre el fondo de la controversia puso fin al proceso

o relación jurídico-procesal, habiéndose superado las oportunidades de los terceros para intervenir en controversia ya decidida.

Pública es la acción de nulidad, pero no lo son los recursos extraordinarios que contra las sentencias ha instituído el legislador como medio de subsanar el error del juez y que específicamente en el de súplica debe consistir en haber acogido doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

Y en este aspecto, tiene sentado la Sala Plena que por "jurisprudencia" para los efectos de este recurso es la contenida en sentencias de la antigua Sala de Negocios Generales o de la Sala Plena Contenciosa (Expediente 10292 sentencia de marzo 25 de 1981 ratificada en la de agosto 31 de 1988 Exp. S-032) y el impugnante cita el auto interlocutorio dictado en este mismo proceso el 26 de junio de 1987 mediante el cual se revocó la suspensión provisional inicialmente decretada y que, obviamente no fue dictado por la Sección sino por tres de sus miembros.

No está pues, cumplido el requisito formal de citar la jurispridencia infringida por no poder serlo la de auto interlocutorio del mismo proceso, al cual no puede estar subordinada la sentencia.

De acuerdo con lo anterior el recurso de súplica interpuesto ha debido inadmitirse.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha ut supra.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ TARIFA

Ha sido una constante histórica en la legislación sobre esta materia en el Distrito Especial de Bogotá, la de considerar a los cuadernos escolares dentro del concepto genérico de textos escolares para otorgarles idénticos beneficios tributarios.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO -Régimen legal

Las normas de carácter nacional tienen particularmente en lo administrativo, por virtud precisamente de la vigencia del principio de la descentralización administrativa, una aplicación limitada y casi siempre se consideran como supletivas de las de origen departamental o municipal. En el caso examinado se trata de la discusión de unos impuestos de industria y comercio los cuales fueron determinados mediante actuaciones administrativas que se rigen por normas de tipo regional o local (Acuerdo 21/83 del D.E. de Bogotá).Es esta la reglamentación aplicable y la que debió ser seguida y respetada por las autoridades impositivas, las que solo en caso de vacío normativo están obligadas a aplicar en estas materias los ordenamientos jurídicos del orden nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2741. Actor: Ibérica Ltda. Recurso de Apelación contra la sentencia de 4 de agosto de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Impuestos de Industria y Comercio. Año fiscal de 1983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de Ibérica Ltda., en relación con la sentencia del 4 de agosto de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se denegaron totalmente las pretensiones de la demanda instaurada contra actos administrativos del Municipio de Bogotá D.E., relativos a los impuestos de industria y comercio de dicho contribuyente correspondiene al año gravable de 1983, vigencia fiscal de 1984.

ANTECEDENTES

La sociedad de la referencia presentó declaración de industria y comercio correspondiente a su establecimiento de Bogotá por el período gravable de 1983, vigencia de 1984, el día 3 de mayo de 1984.

Mediante liquidación oficial No. 60122 de 22 de febrero de 1986 se modificó el código de actividad No. 205, con tarifa del dos por mil, denominada "venta de textos escolares y libros", declarado en la privada, por el No. 210 denominado "demás actividades comerciales" con tarifa señalada del cuatro por mil.

Se le liquidó a la empresa, por esta razón un mayor impuesto de $595.933 y se le sancionó por inexactitud con multa de $363.408

La liquidación fue objeto de los recursos gubernativos pero los argumentos de la contribuyente, fueron desestimados y la actuación oficial se confirmó, produciéndose el agotamiento de la vía gubernativa.

La contribuyente acudió entonces en demanda contenciosa en la que pidió la nulidad de la actuación administrativa que consideró ilegal y la confirmación de su liquidación privada. Citó como normas violadas los artículos 35 del C.C.A.; 5, 22 y 53 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo Distrital.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, produjo fallo de mérito sobre los dos aspectos objeto de la *litis* denegándolos al considerar que, en primer lugar, no tenía prosperidad la invocación del artículo 35 del C.C.A. como norma objeto de violación por la actuación administrativa distrital, ya que esta se rige por su propia y particular reglamentación de carácter especial (el Acuerdo 21 de 1983), y por tanto está obligada a aplicar los procedimientos comunes o generales que son eminentemente supletorios. En cuanto a la aplicación de la tarifa del cuatro por mil, en vez de la declarada en la privada del dos por mil, estimó el Tribunal que asistía la razón al demandante en la impugnación formulada, pero con todo, resultaba imposible practicar una nueva liquidación por la insuficiencia de los datos suministrados, lo cual además justificaba la sanción por inexactitud, la que tampoco fue levantada.

LA APELACION

En el memorial introductorio del recurso de apelación, el representante judicial de la sociedad demandante insiste en sus planteamientos de la demanda y aboga por que se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se acceda a las súplicas expresadas en aquella. Considera que por ser el artículo 35 del C.C.A. de mayor jerarquía que las normas de carácter distrital prevalece sobre estas y que por tanto era pertinente su invocación como norma violada y agrega en contra de lo dicho en la sentencia, que están plenamente probados los ingresos que se tuvieron por la venta de cuadernos escolares y que además la sociedad no incurrió en la inexactirud endilgada.

EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Sexto del Consejo de Estado, doctora Dolly Pedraza de Arenas, conceptúa que la sentencia objeto de la apelación debe ser revocada por cuanto, aunque comparte, la posición del Tribunal sobre la impertinencia de la invocación como norma violada que hace el demandante del artículo 35 del C.C.A., encuentra en cambio inexplicable la conducta del *a-quo* cuando hallándose la razón a la actora sobre su pedimiento fundamental, esto es, el relativo al cambio de actividad, no le otorga prosperidad a la súplica con el relacionada. Estima a este respecto que el Tribunal debió acceder a las súplicas de la demanda de anular la actuación administrativa sin entrar a cuestionar, como lo hizo, si la partida informada por el contribuyente había sido probada o no, toda vez que su veracidad no había sido cuestionada por las autoridades de impuestos.

Conceptúa así mismo que aunque es claro que la tributante tenía, como consecuencia de la actividad desarrollada la posibilidad de obtener la exención del 70% sobre los ingresos brutos, el hecho de haber solicitado en su declaración privada, erradamente, solo el 50% reduce a este porcentaje el valor del beneficio toda vez que no se podría entrar a modificar la liquidación privada.

Finalmente estima que la sanción por inexactitud debe ser revocada puesto que desaparece el hecho de que la originó al considerarse que los ingresos fueron declarados correctamente y que la actividad desarrollada por la contribuyente se ajusta a la descrita en el código 205 declarado por ella.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La primera de las cuestiones objeto de la *litis* que resolverá la Sala, es la que dice relación con la procedencia de invocar como norma objeto de violación por la actuación administrativa cumplida por las autoridades de impuestos del Distrito Especial de Bogotá, la disposición legal contenida en el artículo 35 del C.C.A. Es bien sabido que las normas de carácter nacional tienen, particularmente en lo administrativo, por virtud precisamente de la vigencia del principio de la descentra-

lización administrativa, una aplicación limitada y casi siempre se consideran como supletivas de las de origen departamental o municipal. en el caso examinado, se trata de la discusión de unos impuestos de industria y comercio los cuales fueron determinados mediante actuaciones administrativas que se rigen por normas de tipo regional o local, a saber, el Acuerdo 21 de 1983 del Distrito Especial de Bogotá. Es esta la reglamentación aplicable y la que debió ser seguida y respetada por las autoridades impositivas, las que solo en caso de vacío normativo están obligadas a aplicar en estas materias los ordenamientos jurídicos del orden nacional. Por ello, en perfecto acuerdo con el concepto fiscal se considera acertada la posición sostenida a este respecto en la sentencia.

Ahora bien, para la Sala el punto de fondo radica en saber quien tiene la razón acerca de la actividad cumplida por la contribuyente, pues de ello deriva el codigo de actividad aplicable y por ende la tarifa. Si está en lo cierto la Sociedad cuando afirma en su declaración privada que la venta de cuadernos cae dentro de la denominación "venta de textos escolares y libros" que corresponde al código 205 y se grava con una tarifa del 2 por mil, o si por el contrario, debe tal actividad, como lo afirma la Administración, catalogarse dentro del código 210 establecido para "las demás actividades comerciales" y gravado con una tarifa del 4 por mil.

No parece a juicio de la Sala que hubiera sido afortunada la modificación de la actividad que se introdujo mediante la liquidación oficial impugnada. En contra de ella se manifiesta la señora Fiscal Sexta y también lo hizo el Tribunal, solo que este consideró que no se encontraban probadas debidamente algunas partidas y por tanto no era posible practicar una nueva liquidación que le otorgara la razón a la contribuyente.

Para la Sala es igualmente claro que no pueden ser excluidos de la actividad descrita como venta de textos escolares" los ingresos por la venta de cuadernos que obtiene la demandnate, no solo por las razones que se exponen en la sentencia acerca de que en acuerdos precedentes al No. 21 de 1983, se aclaraba que la dicha expresión "textos escolares" comprendía las ventas de "papelerías, venta de períodicos, estilógrafos, bolígrafos y similares", sino porque además, en acuerdos posteriores, aclaratorios del referido estatuto distrital, como para el efecto lo es el acuerdo 11 de 1988 se dijo en el parágrafo 1o. del artículo 15, lo siguiente: "Se aclara que dentro de los textos escolares están incluidos los cuadernos escolares".

No cabe duda por tanto, de que ha sido una constante histórica en la legislación sobre esta materia en el Distrito Especial de Bogotá, la de considerar a los cuadernos escolares dentro del concepto genérido de textos escolares para otorgarles idéntivos beneficios tributarios.

Ahora bien, encontrándose la razón en las alegaciones de la demandante, debía el Tribunal haber hecho tal reconocimiento, anulando la actuacion oficial y dejando en firme la liquidación privada, incluso, revocando la sanción por inexactitud por carencia de causa eficiente que le sirviera de sustento. No podía el juez administrativo como erróneamente lo hizo en la sentencia apelada, plantearle al

demandante motivos o razones diferentes a los que le había anunciado la administración, para denegarle sus pretensiones, máxime que las cifras que reflejan los ingresos obtenidos jamás fueron cuestionados por los funcionarios administrativos ya que sus argumentos se enfilaron sobre la tarifa diferente resultante de la modificación de la actividad declarada.

Comparte también la Sala el análisis que hace la Fiscalía sobre la no procedencia de la petición para que se revise la liquidación privada en cuanto al porcentaje de la exención solicitada y se agrega a las razones aducidas por el Ministerio Público la de que no existe derecho de acción en nuestro procedimiento administrativo que permita al particular demandar sus propios actos jurídicos.

En consecuencia, la Sentencia objeto de apelación habrá de ser revocada y en su lugar se accederá a las peticiones de la demanda anulando los actos administrativos acusados y dejando en firme la correspondiente liquidación privada.

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:

Revócase la sentencia apelada.

Declárase la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) Liquidación oficial No. 60.122 del 26 de febrero de 1986 de la Dirección de Impuestos del Distrito Especial de Bogotá. Impuesto de Industria y Comercio. Año gravable de 1983.

b) Resoluciones Nos. 1098 de 1986 y 074 de 1987 expedidas por el Director de Impuestos Distritales y por la Junta Distrital de Hacienda, respectivamente.

Declárase en firme la liquidación privada contenida en el Declaración de Industria y Comercio radicada el 3 de mayo de 1984, bajo el número 072986 por la sociedad Ibérica Ltda. NIT. 60.074.101.

Notifíquese, comuníquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sección; *Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PRESUNCION DE VERACIDAD/ PRUEBA CONTABLE

No es dable al contribuyente escudarse en la presunción de veracidad de la declaración para rehuir la prueba exigida por el Estado en ejercicio de su facultad de imposición atendiendo a la real capacidad contributiva de los asociados: tampoco de la presunción de veracidad de la declaración tributaria, se colige la obligación de la Administración de aceptar sin juicio valorativo las afirmaciones del contribuyente.

De acuerdo con el procedimiento señalado por los artículos 30 y 42 de la Ley 52 de 1977, ejercida la facultad de fiscalización a través de inspección contable, con base en la cual se formula el requerimiento, con la respuesta al mismo, el controbuyente tiene la oportunidad de formular las objeciones contra el acta de inspección y de probar contra la misma con su propia contabilidad, pues precisamente la objeción se fundamenta en la valoración que sobre sus libros y papeles de comercio efectúa la administración.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2236. Apelación sentencia de mayo 9 de 1988 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de restablecimiento del Derecho de carácter fiscal. Actor Construcciones Protexa S.A. de C.V. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la sociedad Construcciones Protexa S.A. de C.V. (Sucursal Colombia) contra la sentencia del 9 de mayo de 1988 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda dentro del juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal intentado por la actora, contra el acto admi-

nistrativo que le determinó el impuesto de renta a cargo para el período fiscal de 1981.

ANTECEDENTES

La sociedad CONSTRUCCIONES PROTEXA S.A. DE C.V. (Sucursal Colombia) presentó la declaración del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable de 1981 en la Administrción de Impuestos Nacionales de Bogotá, e informó pasivos a su cargo por valor de $2.199.807.47 y se liquidó una pérdida fiscal por valor de $374.899.965, contra ingresos por $526.087.481.

La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, Sección de Auditoría en ejercicio de la facultad de investigación y fiscalización consagrada en la ley, ordenó mediante autos números 00001 de enero 19 de 1984 y 00052 de marzo 11 del mismo año, una visita de carácter contable a la sociedad contribuyente con el fin de verificar la exactitud de la declaración tributaria presentada.

Notificado de la visita el representante legal de la sociedad, manifestó a los funcionarios que parte de la contabilidad no podía ser exhibida, especialmente la relacionada con los pasivos, por encontrarse los libros en la ciudad de Cartagena.

En la diligencia de inspección se glosaron, además de facturas para efectos de la determinación del impuesto de renta por valor $855.909.025, el pasivo no comprobado en cuantía de $1.669.731.348, correspondiente a préstamos con la casa matriz por $1.271.916.259 y otros pasivos en cuantía de $396.815.089, en razón de que la empresa no presentó los documentos soportes correspondientes y se propuso además las respectivas sanciones por libros de contabilidad e inexactitud.

Con base en las conclusiones consignadas en el acta de visita, la Administración requirió a la contribuyente, proponiéndole la determinación de la renta por el sistema de comparación de patrimonios y subsidiariamente el rechazo de constos y deducciones en la eventualidad de que lograra la justificación patrimonial.

La sociedad dio respuesta al requerimiento el 29 de junio de 1984, aceptando parte de las glosas correspondientes al rechazo de costos y deducciones por concepto de intereses por $8.054.489, honorarios pagados por $12.939.256, consumo de materiales y repuestos por $11.057,06, gastos sin relación de causalidad por $431.024 y gastos en el exterior en exceso del límite del 10% (Artículo 64 Decreto 2052 de 1974) $29.366.320 y acompañó fotocopias de documentos contables con la intención de probar, que la Administración no estimó en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 y produjo la liquidación oficial de revisión, de acuerdo a la facultad otorgada por el artículo 19 del Decreto 3803 de 1982, y como consecuencia del rechazo del pasivo determinó la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios.

Inconforme con la liquidación oficial, la sociedad recurrió en reconsideración en la vía gubernativa en donde obtuvo fallo adverso a sus pretensiones, razón por la cual acudió en acción de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda considerando básicamente:

Que la presunción de veracidad de la declaración tributaria, no limita la facultad investigativa y fiscalizadora de la Administración y que esta puede verificar la exactitud de las declaraciones tributarias pidiendo la comprobación de los datos consignados sin que ello implique violación del artículo 33 de la Ley 52 de 1977.

Que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, el contribuyente que no presente sus libros de contabilidad, documentos y demás comprobantes contables cuando la Administración lo exija, no podrá invocarlos posteriormente como prueba.

Que si tal sociedad adquirió deudas con la casa matriz, para que fiscalmente le sean aceptadas deben ser demostradas plenamente y si el capital legalmente asignado es aumentado, para que produzca efectos cambiarios y tributarios, requiere de la prueba exigida no solo por la legislación tributaria sino también cambiaria. Y que en este evento la interesado no demostró la existencia de las obligaciones por medios distintos a la contabilización de los pasivos desestimados.

LA APELACION

La apoderada judicial de la sociedad actora refuta las tesis del *a-quo* y alega:

Que la conclusión del Tribunal acerca de la presunción de veracidad es inexacta, ya que a su juicio la presunción exonera al contribuyente de probar los datos de su declaración y que corresponde a la Administración exhibir la prueba capaz de desvirtuar la presunción.

Que no puede aplicarse rigurosamente el artículo 15 del Decreto 3803 de 1981 y dejar de apreciar la prueba contable presentada con la respuesta al requerimiento, con el fin de tomar el hecho de la no oportuna presentación de los libros como prueba de la inexistencia de las deudas declaradas por la sociedad contribuyente.

Que el Tribunal tampoco apreció otras pruebas externas presentadas tales como los certificados expedidos por los acreedores de la sociedad, que constituyen prueba testimonial a los principios de publicidad y contradicción, y la prueba externa de la deuda con la casa matriz, expedida por contador público y las 24 actas de entega de los equipos importados.

Se opone a las pretensiones de la apelación el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público con fundamento en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 y en razón de que el contribuyente no llevaba su contabilidad registrada conforme con la ley.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que las peticiones de la demanda deben resolverse de acuerdo con el acervo probatorio contable que obra dentro del proceso, en razón de que el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, regula situaciones de carácter general en materia contable, mientras que el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, regula una situación especial en materia tributaria, cual es la determinación de la renta gravable por el sistema de comparación de patrimonios, que permite al contribuyente demostrar que el aumento patrimonial obedece a causas justificadas, y que la norma no limita en este caso la libertad probatoria del contribuyente y si este tiene derecho a desvirtuar la diferencia patrimonial, y el único medio de ejercer este derecho es su contabilidad, es de simple lógica que esta prueba puede ser admitida.

Afirma que en materia de pruebas los procesos contencioso administrativos se rigen por el Código de Procedimiento Civil y por el Códido Contencioso Administrativo, estatutos estos que no limitan ni restringen el derecho de defensa y que por el contrario conceden a los particulares una amplia libertad probatoria y que por ello el artículo 137, numeral 5o. del Decreto 01 de 1984, dispone que:

"Toda demanda ante la jurisdicción contenciosa administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá entre otros requisitos, la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El motivo básico del litigio está en establecer la realidad de los pasivos declarados por la sociedad y su aceptación con base en la normatividad sustantiva vigente para el año *sub-judice*.

A juicio del recurrente el hecho está demostrado tanto con la presunción de veracidad que ampara la declaración tributaria como con la prueba contable presentada por la compañía con ocasión de la interposición de los recursos pertinentes tanto en la vía gubernativa como contenciosa.

Son dos aspectos los que se deben analizar:

El primero se refiere a establecer si la presunción de veracidad de la declaración de renta exime al contribuyente de presentar las pruebas exigidas por la Administración.

De conformidad con lo dispuesto por la Constitución Política artículo 38 inciso 2o.:

"Para la tasación de los impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos".

En desarrollo del mandato constitucional la Ley 52 de 1977, artículo 30 otorgó a la Administración amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales tributarias; entre estas facultades está la de exigir del contribuyente o de terceros la presentación de los documentos que registren sus operaciones cuando unos u otros estén obligados a llevar libros de contabilidad, sin que sea dable al contribuyente escudarse en la presunción de veracidad de la declaración, para rehuír la prueba exigida por el Estado en ejercicio de su facultad e imposición atendiendo a la real capacidad contributiva de los asociados.

Tampoco de la presunción de veracidad de la declaración tributaria, se colige la obligación de la Administración de aceptar sin juicio valorativo las afirmaciones del contribuyente; por el contrario está obligada a verificar la realidad o veracidad de los datos en ella consignados con miras a una exacta y legal tasación del tributo y en desarrollo de esta facultad puede exigir del contribuyente obligado a llevar libros de contabilidad la presentación de los que registren sus operaciones.

El otro aspecto a dilucidar es si la negativa del contribuyente a exhibir su contabilidad cuando las autoridades tributarias lo exijan, resta el valor probatorio a los libros de contabilidad.

Esta Corporación en fallo del 27 de noviembre de 1989, sostuvo que la no pretensión de los comprobantes de orden externo, en la etapa de fiscalización e investigación gubernativa, implica que el contribuyente no pueda posteriormente invocarlos a su favor, porque permitir que el contribuyente se niegue a presentar los documentos que soportan su contabilidad y que posteriormente los presente como prueba, hace que la facultad de investigación de la Administración tributaria pierda su sentido y se convierta es nugatoria.

De otra parte de acuerdo con lo señalado por los artículos 51 a 53 del Código de Comercio, en los libros de contabilidad se asentarán en orden cronológico las operaciones mercantiles y todas aquellas que puedan influír en el patrimonio del comerciante, haciendo referencia a los comprobantes de contabilidad que las respalden y debe existir la debida correspondencia entre los asientos de los libros y los comprobantes de las cuentas so pena de que carezcan de eficacia probatoria.

Por su parte el artículo 63 del Código de Comercio señala que: "Los funcionarios de las ramas jurisdiccional y ejecutiva del poder público solamente podrán ordenar de oficio la presentación o examen de los libros y papeles del comerciante, en los casos siguientes:

"1. Para la tasacion de los impuestos a fin de verificar la exactitud de las declaraciones.

"2. ...

"3. ...

"4. ...

La consecuencias de la no exhibición de los libros de contabilidad la establece el mismo Código en su artículo 67 cuando dispone:

"ARTICULO 67. Si el comerciante no presenta los libros y papeles cuya exhibición se decreta, oculta alguno de ellos o impide su examen, se tendrán como probados en su contra los hechos que la otra parte se proponga demostrar, si para esos hechos es admisible la confesión..."

"...".

Entonces, la ley tributaria no ha hecho cosa distinta de reafirmar en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, para efectos fiscales, la consecuencia punitiva de la negativa de exhibición de libros y papeles de comercio, por parte del requerido, tal vez con menos rigor, al señalar que el contribuyente no podrá invocarlos posteriormente como prueba.

Pero resulta necesario precisar las situaciones en que deben entenderse no presentados por el contribuyente los libros de contabilidad y sus comprobantes de soporte, para que sean aplicables las limitaciones de su posterior invocación como prueba, según lo establecido en el artículo 15 del Decreto legislativo 3803 de 1982.

Al respecto debe recordarse que el artículo 91 del Decreto extraordinario 1651 de 1961 exigía que "del acta de inspección contable y de las observaciones que se formulen con base en ella deberá darse traslado al contribuyente por un término hasta de un mes, para que presente los descargos y anotaciones que tenga a bien", previsión acorde con la naturaleza jurídica de las inspecciones administrativas, en relación con las cuales, lo mismo que ocurre con las inspecciones judiciales, las partes que en ellas intervengan deben tener el derecho de dejar constancias sobre la versión escrita de ellas, antes de firmarlas, o antes de que la inspección pueda darse legalmente por terminada.

Sin embargo, al crearse la institución de los requerimientos especiales en el artículo 42 de la Ley 52 de 1977, surgió la duda sobre la forma y oportunidad en que debía darse traslado a los contribuyentes de las actas de inspección contable y de las observaciones oficiales, teniendo en cuenta que, según lo previsto en el mencionado artículo 42 de la Ley 52, en los requerimientos especiales debían consignarse todos los puntos en que la Administración Tributaria ese propusiera

modificar la declaración o liquidación privada, oportunidad en que podía darse traslado del acta de inspección y de las observaciones.

El punto fue consultado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público al Consejo de Estado y la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, en concepto del 2 de junio de 1980 expresó lo siguiente:

"La ley posterior, que es la 52 de 1977 tiene el alcance suficiente y necesario que permite entender o apreciar sustituído el régimen del Decreto 1651 de 1961 en cuanto al punto de inspección ocular se refiere, vale decir que hoy el régimen aplicable parte de la iniciativa oficiosa de la Administración, presupone el requerimiento especial al contribuyente y brinda a este un plazo hasta de tres meses para objetar la exhibición y examen practicado por la Administración sobre sus libros o documentos, presentar pruebas, solicitar las que se requieran y cumplir requisitos formales omitidos. En consecuencia, se entiende que el artículo 91 del Decreto 1961 quedó tácitamente derogado." (Anales del Consejo de Estado, Segundo Semestre 1980, Nos. 467-468, página 13).

Debe, pues considerarse que, a partir de la vigencia de la Ley 52 de 1977, el traslado de las actas de inspección contable se hacen con el requerimiento especial y que, dentro del término que el contribuyente tiene para contestarlo, puede objetar la exhibicion y examen de sus libros de contabilidad y documentos y solicitar y presentar pruebas, conclusión que concuerda con el artículo 92 del citado Decreto 1651 de 1961, en cuanto establece en su primer inciso:

"Se considera que los datos consignados en el Acta de Inspección Contable están fielmente tomados de los libros, salvo que el contribuyente demuestre su disconformidad".

Entonces, si de acuerdo con el procedimiento señalado por los artículos 30 y 42 de la Ley 52 de 1977, ejercida la facultad de fiscalización a través de Inspección Contable, con base en la cual se formula el requerimiento, con la respuesta al mismo, el contribuyente tiene la oportunidad de formular las objeciones contra el acta de inspección y de probar contra la misma con su propia contabilidad, pues precisamente la objeción se fundamenta en la valoración que sobre sus libros y papeles de comercio efectúa la Administración. Tanto es así que el mismo artículo 91 del Decreto 1651 de 1961, ordena en su inciso 2o.:

"Los conceptos y observaciones que se formulen con base en el acta deben ser calificados en el fallo por el funcionario a quien le corresponda resolver el negocio...".

En el caso *sub-lite,* según se desprende de las mismas actuaciones de la Administración de Impuestos, el contribuyente sí presentó con la contestación del requerimiento especial, algunos soportes contables y otros documentos, cumpliendo también las formalidades procesales del artículo 259 del Código de Procedi-

miento Civil, pruebas que la Administración de Impuestos ha debido tomar en consideración.

De otra parte, en la eventualidad de que el contribuyente no hubiere presentado dentro de la oportunidad legal su contabilidad en debida forma, y que por esta circunstancia no pudiera de acuerdo con lo señalado en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 exhibirla como prueba, si podía de acuerdo con la ley, demostrar los hechos alegados con prueba diferente a su contabilidad.

En materia contenciosa así lo contempla el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, cuando permite en materia probatoria la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Civil en lo relacionado con los medios, práctica y valoración de la prueba.

Por esta razón deben admitirse los certificados expedidos por los acreedores nacionales y las actas de entrega de bienes importados expedidas por la Dirección General de Aduanas, (documentos públicos) pruebas que se relacionan con la demanda ante esta jurisdicción, así como la prueba contable presentada con ocasión del requerimiento especial que acreditan la cuenta con la casa matriz en cuantía de $1.151.916.259 (folio 101 cuaderno de antecedentes) y $396.445.176 (folio 233) por otros pasivos.

Resulta pues procedente practicar una nueva liquidación así:

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

PATRIMONIO BRUTO DECLARADO		$1.836.479.633	
Menos pasivos:			
Inicialmente reconocido	$ 531.075.799		
Más capital Casa Matriz y otro aquí reconocido	$1.548.361.435	(2.079.437.234)	
DIFERENCIA		(242.957.602)	
Más ajuste por pérdida fiscal declarada		374.889.965	
Renta líquida gravable...		$ 131.932.36	$52.772.946

FALLA:

1. Revócase la sentencia apelada.

2. Fíjase en la suma de CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS ($52.772.946) M/cte el valor total del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1981, corresponde pagar a la sociedad CONSTRUCCIONES PROTEXA S.A. C.V. (Sucursal Colombia) NIT. 60.014.653, por el período fiscal de 1981.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Héctor Julio Becerra,* Conjuez; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JUICIO EJECUTIVO/ IREGULARIDAD PROCESAL

Ordenar el pago al erario público y no al ente oficial concreto titular de la acreencia, es impropiedad manifiesta del juez ejecutor, pero no alcanza a generar nulidad del proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente 2214. Actor: BENEFICENCIA DEL TOLIMA C/ SEGUROS UNIVERSAL S.A. Jurisdicción Coactiva. AUTO.

Se procede a decidir sobre el recurso de súplica contra el auto del 6 de febrero de 1990 dictado la Consejera Ponente en estas diligencias (fl. 162) y por medio del cual rechazó de plano el incidente de nulidad promovido por la Compañía Asesuradora ejecutada.

La causal aducida fue la de haber seguido "un procedimiento distinto del que legalmente corresponde" consagrado en el ordinal 4o. del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil y con base en el hecho de que el auto de mandamiento de pago ordena pagar al "Erario Público" y no a la parte acreedora que es la Beneficencia del Tolima y en atención a que este establecimiento público no puede confundirse con el Erario Público.

El auto suplicado consideró, con cita del artículo 163 del C.C.A., vigente a tiempo de la notificación del mandamiento de pago, que siendo también la causal alegada excepción previa (art. 97 No. 6 del C.P.C.) y diciendose que la irregularidad se cometió en el auto ejecutivo, resultaba "incuestionable la inoportunidad del trámite incidental cuya apertura se pretende ahora" tanto mas cuando después de

la notificación del citado auto se actuó en demanda de excepciones y recurso de apelación, "sin proponer la supuesta nulidad".

CONSIDERACIONES

Observa la Sala que a raíz de la notificación del mandamiento de pago y dentro de la oportunidad legal de 10 días la ejecutada interpuso:

a) Recurso de resposición y en subsidio de apelación alegando inexistencia del título porque la Beneficencia nunca formuló reclamación a la aseguradora, y

b) Excepción de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro con base en lo dispuesto por el artículo 1081 del C. de Co.

Con posterioridad a la solución al recurso de apelación fue cuando propiso el mencionado incidente de nulidad que la Consejera rechazó de plano "con fundamento en los artículos 100, 138 y 155 in fine del Código de Procedimiento Civil".

Basta seguir de cerca lo dispuesto por las citadas disposiciones para concluír que estuvo acertada la decisión.

En efecto, el artículo 100 dispone que los hechos que configuran excepciones previas no podrán ser alegados como causal de nulidad por quienes tuvieron oportunidad de proponer dichas excepciones.

Con ello el Código limita la oportunidad de invocar como causales de nulidad hechos que pudieron conocerse y resolverse al inicio del proceso y no cuando éste se encuentra ya avanzado.

El artículo 138 del C.P.C., autoriza al juez rechazar de plano incidentes como el de nulidad cuando se promueven fuera del término señalado para ello y el artículo 155 ibídem reafirma lo anterior cuando lo autoriza también para rechazar los fundados en "hechos anteriores a la oportunidad de excepciones previas".

Y, como según el artículo 509 en esta clase de juicios todas las excepciones que tuviere han debido proponerse en un solo escrito, dentro de los diez días siguientes a la notificación del mandamiento de pago, había razón fundada pra inadmitir como incidente de nulidad lo que ha debido plantearse en su oportunidad como excepción.

Lo dicho sería suficiente para confirmar la actuación suplicada, pero adicionalmente la Sala observa:

1o. Que no existe el alegado cambio de procedimiento del que legalmente corresponde por el solo hecho de utilización del término "erario público" en vez de señalar concretamente a la entidad acreedora que es la Beneficencia del Tolima. En cuanto a "procedimiento" es el mismo fuera el uno o el otro.

2o. Que "erario público" no es ente con personería jurídica sino expresión genérica de los bienes y recursos del Estado, del cual también forman parte las acreencias a favor de un ente concreto como lo es la Beneficencia del Tolima.

De manera que ciertamente hubo impropiedad manifiesta del juez ejecutor al utilizar la citada expresión, mas ella por si sola no modifica ni hubiera modificado el procedimiento del juicio ejecutivo que es el apropiado, ni constituye causal de nulidad por las razones ya expuestas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

No se accede a reponer el auto suplicado.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Bernardo Ortiz Amaya,* Conjuez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ IMPUESTO DE VIAS URBANAS

Cuando el Concejo Municipal de Valledupar crea mediante las normas acusadas, el impuesto de vías urbanas en zonas marginales, sin que haya sido autorizado previamente por la ley, sí desborda los límites de las atribuciones constitucionales y legales, violando las normas señaladas. No puede pretenderse que la sujeción a la Constitución y la ley que impone la norma superior, se refiera al aspecto procedimental o de trámite a que deben sujetarse los acuerdos, y no al aspecto de fondo sobre la aptitud o facultad impositiva de los entes municipales para crear tributos.

CONFIRMA LA NULIDAD de los artículos 1º y 3º del Acuerdo No. 007 de 1988 del Concejo de Valledupar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente 2664. Actor: Enrique Murillo Daza. Asuntos Municipales. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Alcalde Mayor de Valledupar, contra la sentencia del 17 de agosto de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cesar, declaró la nulidad de los artículos 1º y 3º del Acuerdo 007 de septiembre 8 de 1988, en el juicio de nulidad promovido por el ciudadano Elios Enrique Murillo Daza.

ANTECEDENTES

En líbelo presentado el 2 de mayo de 1989, el actor mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, solicitó la nulidad de los artículos 1º y 3º del Acuerdo 007 de septiembre 8 de 1988, del Concejo Municipal de Valledupar, argumentando la violación de los artículos 172, 173, 195, 206, 215, 220, 223, 224, 225, 226, 227, 230, 233 y 234 del Código de Régimen Municipal, porque considera que el Concejo al crear el "Impuesto de Vías Urbanas" en zonas Marginales, se salió del marco de autorización fijado en el mencionado código y creando una doble tributación al Impuesto Predial.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Valledupar accedió a las súplicas de la demanda considerando que de conformidad con el Artículo 197 de la Constitución Nacional y a reiterada doctrina del Consejo de Estado, el poder impositivo corresponde únicamente al Congreso autónomamente, mientras que la atribución de los Concejos Municipales en este sentido es derivada y requiere de autorización legal, y que al hacer un rastreo de las diferentes leyes de autorización, no encontró ninguna que mencione el gravamen creado por las normas acusadas, que en consecuencia el Concejo Municipal si desbordó sus atribuciones constitucionales y legales.

LA APELACION

El apoderado judicial del municipio de Valledupar, apela la sentencia pues considera que el Tribunal interpretó erróneamente el Decreto 1333 de 1986, pues a su juicio la lista de impuestos allí contemplado es meramente enumerativa y no taxativa.

Que cuando la Constitución y las leyes establecen que los Concejos votarán de conformidad con las normas en ellas contenidas, los gastos y las contribuciones locales, está obligándolos a que cumplan las ritualidades en ellas contempladas.

CONCEPTO DEL FISCAL

La doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación, estima que la sentencia apelada debe confirmarse porque:

> "De la interpretación armónica de los artículos 43 y 197 de la Constitución Nacional se deduce, como reinteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia, que la facultad impositiva de los Concejos Municipales no es absoluta sino subordinada y que sólo puede ser ejercida conforme a la Constitución y la ley, lo que significa que los Concejos no pueden establecer gravámenes que no hayan sido previamente creados o autorizados por el Legislador.

"El Decreto Ley 1333 de 1986 codificó las disposiciones constitucionales y legales vigentes relativas a la organización y funcionamiento de la Administración Municipal y en el Capítulo II del Título X copiló las disposiciones legales expedidas hasta entonces, que se encuentran en vigor, referentes a impuestos y contribuciones municipales, razón por la cual en el artículo 172 dispuso: 'además de los existentes hoy legalmente, los Municipios y Distrito Especial de Bogotá pueden crear los impuestos y contribuciones a que se refieren los artículos siguientes'.

"No podía por tanto el Concejo Municipal de Valledupar crear el Impuesto de Vías Urbanas en Zonas Marginales para gravar los bienes raíces situados dentro del perímetro urbano de la ciudad, pues este tributo desborda el marco legal de sus facultades.

"No es cierto como lo afirma el apelante, que la sujeción a la Constitución y la ley que impone la Carga a los Concejos se refiere a la forma de expedir los Acuerdos o al trámite que estos deban seguir; la subordinación significa restricción del poder impositivo, cuyo ejercicio por parte de los Concejos no es originario sino derivado de la voluntad del legislador". (fls. 59 y 60).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La jurisprudencia reiterada de esta Corporación, conforme lo afirma la Señora Fiscal, ha precisado que la facultad impositiva de los municipios está condicionada y subordinada a la Constitución, la ley y las Ordenanzas.

En este sentido en la sentencia del 1o. de julio de 1988, la Sala se identificó con el criterio expuesto por el profesor Luis Carlos Sáchica en el fallo de marzo 12 de 1980 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resumido por la jurisprudencia en los siguientes términos:

"Siguiendo lo establecido en el artículo 43 hay que admitir que, en tiempo de paz, solamente tienen capacidad impositiva las tres corporaciones selectivas en él mencionadas cada una en su correspondiente nivel, lo que responde bien tanto al principio político de que en las democracias no puede haber tributación sin representación, como a la idea que sirvió de criterio al constituyente de cambiar la unidad política del Estado con la descentralización administrativa.

"Lo que es necesario precisar es el modo, los límites y condiciones del ejercicio de la competencia correspondiente a cada corporación en el orden tributario, así:

a) El Congreso tiene plena iniciativa impositiva condiciona solo por la Constitución.

b) Las Asambleas Departamentales no tienen iniciativa tributaria; reglamentan los impuestos y contribuciones que la ley cree o les autorice establecer como recursos departamentales sujerándose a la Constitución y a la ley, y

c) Los Concejos tampoco gozan de iniciativa tributaria, debiendo limitarse a votar, organizar y reglamentar aquellos gravámenes que la ley haya creado o autorizado con destino a los municipios, con subordinación a la Constitución, la ley y las Ordenanzas.

"De este modo, hay que concluir que la competencia tributaria es compartida entre el Congreso, que tiene iniciativa en esta materia y capacidad reguladora incondicional, y las Asambleas y Concejos, los cuales carecen de iniciativa, pero son titulares de facultad reglamentaria de las leyes que creen o autoricen impuestos, en aquello que no haya sido reglamentado por esas leyes".

Así las cosas cuando el Concejo Municipal de Valledupar crea mediante las normas acusadas, el "Impuesto de Vías Urbanas en zonas Marginales", sin que haya sido autorizado previamente por la ley, su desborda los límites de las atribuciones constitucionales y legales, violando las normas señaladas en la demanda.

No puede pretenderse que la sujeción a la Constitución y la ley, que impone la norma superior, se refiere al aspecto procedimental o de trámite a que deben sujetarse los Acuerdos, y no al aspecto de fondo sobre la aptitud o facultad impositiva de los entes municipales para crear tributos.

Por lo expuesto, el Concejo 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, comuníquese y devuélvase al Tribunal de orígen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Coon, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

CONSEJO DE ESTADO

LIQUIDACION OFICIAL/ REQUERIMIENTO OFICIAL/ ERROR ARITMETICO

El cuestionario de visita o el requerimiento, son presupuestos previos a la liquidación oficial que modifica aspectos básicos de la liquidación privada presentada por el declarante, mas ellos no lo son cuando aquella corrige errores aritméticos o de liquidación. Por eso en el primer caso, en defecto del cuestionario de visita, "debe" efectuarse el requerimiento previo a la liquidación oficial, pero en el segundo, o sea cuando esta implique enmienda de errores aritméticos o de liquidación, el requerimiento es facultativo (Ejercicio fiscal de 1983).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio ocho (8) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2339. Actor Distribuidora de Automotores Colombianos Ltda. "MOTORCOL". Impuesto: Industria y Comercio. FALLO.

El Representante Judicial del Distrito Especial de Bogotá, interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha agosto 27 de 1988, en la cual resolvió favorablemente las pretensiones de la demanda de la sociedad DISTRIBUIDORA DE AUTOMOTORES COLOMBIANOS LTDA. "MOTORCOL" correspondiente al período gravable de 1983.

ANTECEDENTES

Previo requerimiento oficial No. 271 de fecha 26 de septiembre de 1985, la Administración Distrital de Impuestos en respuesta radicada bajo el No. 470 del 17 de octubre del mismo año, aceptó los descargos formulados por la tributante y

ratificó las cifras básicas oportunamente denunciadas por la Compañía en su declaración de "Industria y Comercio" correspondiente al ejercicio fiscal de 1983.

No obstante el 26 de febrero de 1986 a través de la liquidación oficial No. 51988 modificó la liquidación privada de la empresa. Adicionó los ingresos e impuso la sanción por inexactitud.

La liquidación fue recurrida y la Dirección Distrital de Impuestos por medio de la Resolución No. 679 de junio 17 de 1986 confirmó la decisión impugnada, acto administrativo también ratificado por la Resolución No. 160 del mismo año proferido por la Junta de Hacienda al resolver el recurso de apelación interpuesto contra aquella.

En desacuerdo con la decisión gubernamental, la actora acudió a la jurisdicción contenciosa en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho para que se declararan nulos los actos administrativos citados.

Estimó el demandante que la agencia fiscal quebrantó ordenamientos legales que cita la demanda, porque la liquidación oficial dice, debe estar precedida de un requerimiento especial y si bien es cierto que este se practicó en él no se incluyó la posibilidad de adicionar los ingresos y menos la de aplicar sanción por inexactitud de que fue objeto la sociedad.

Tampoco, agrega, la liquidación oficial contiene explicación sumaria de las modificaciones que se efectuaron a la liquidación privada. El funcionario se limitó a consignar como fundamento de la variación "ingresos no declarados", generalidad que pugna con la definición de lo que debe ser una explicación. "Lo sumario no faculta generalizar".

Por último, no está de acuerdo con la determinación oficial de la base gravable porque, dice, desviertúa el concepto de anualidad prevista según su entender en el Artículo 31 del Acuerdo 21 de 1983, y menos aún con la sanción por inexactitud porque esta no se tipificó de acuerdo con la prevención legal que la consagra.

Citó como disposiciones violadas las siguientes: artículos 42 y 47; parágrafos 53 y 81 del Acuerdo 21 de 1983 y artículo 33 de la Ley 14 de 1983.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de fecha agosto 27 de 1988 anuló los actos administrativos acusados por la tributante, por "falta de la explicación sumaria de las modificaciones efectuadas en la liquidación privada", requisito establecido en el ordinal 11 del artículo 47 del citado Acuerdo 21 que corresponde a la motivación del acto administrativo y al carácter formal de éste".

DE LA APELACION

El Representante Judicial del Distrito Especial de Bogotá, interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. Se manifiesta inconforme porque

estima que a más de que la explicación sumaria de las modificacines a la liquidación privada si se surtió en la liquidación oficial, la omisión de la misma, en el supuesto de haber ocurrido, no está erigida como causal de nulidad.

CONCEPTO FISCAL

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez Fiscal 3 de esta Corporación solicita confirme sentencia apelada pero con argumentos distintos a los que sostuvo el *a quo*. La Administración fiscal violó el parágrafo del Artículo 47 del Acuerdo 21 de 1983, no el ordinal 11 del mismo artículo y del mismo Estatuto. La Administración Fiscal, dice, no podía modificar aspectos de la liquidación privada que no fueron incluidos en el requerimiento que previamente envió al contribuyente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pidió la sociedad contribuyente se confirmara la liquidación privada y se declara nula la liquidación oficial por cuanto se tipificaron en ella dos causales que originaron el vicio procedimental, a saber:

a) El requerimiento previo a la liquidación oficial no advirtió la posibilidad de adicionar los ingresos y menos de aplicar la sanción por inexactitud, y

b) La liquidación oficial omitió la explicación sumaria de las modificaciones a la liquidación privada.

La sentencia sometida a consideración objeta la primera y admite la segunda de las causales de nulidad invocadas, porque estima que la explicación sumaria a que alude el ordinal 11 del Artculo 47 del Acuerdo 21 de 1983 es parte de la motivación del acto administrativo y como tal parte esencial del mismo.

Por el contrario, el Fiscal 3 de esta Corporación acepta que la liquidación oficial es nula porque el parágrafo del mismo artículo 47 prohibe a la administración modificar aspectos de la liquidación privada que no hayan sido contemplados en el requerimiento, o en ciestionarios de visita, salvo en casos de error aritmético o de liquidación del contribuyente.

Por otra parte la Representante Judicial del Distrito Especial de Bogotá, no está de acuerdo con la sentencia porque aún cuando en forma sintética la explicación sumaria de las modificaciones, si se consignó en la liquidación oficial, y en el evento de que el vicio realmente existiera dice, este no está erigido como causal de nulidad.

Observa la Sala:

De conformidad con los artículos 41 a 43, 46, 47 y 80 del Acuerdo 21 de 1983, la Dirección Distrital de Impuestos está facultada para verificar la situación real de los sujetos pasivos de la obligación tributaria local.

Para el efecto "podrá" requerir por una sola vez al contribuyente para que aclare situaciones o presente pruebas que demuestren la veracidad de las informaciones suministradas en sus declaraciones fiscales o desvirtúe cargos que se le imputen en investigaciones administrativas "debiendo indicar los puntos que se propone modificar, con explicación de las razones en que se sustenta".

Con posterioridad a *un requerimiento* o a solicitud del contribuyente "podrá" decretar también, una visita de funcionarios de Impuestos los que en su indagatoria se limitarán a los puntos contenidos en cuestionario o escrito elaborado prviamente para tal fin.

De esta visita quedará constancia en acta que deberá contener las formalidades previstas en el numeral 4 del artículo 43, entre las que está: "Una explicación suscinta de las diferencias encontradas entre los datos declarados y los establecidos en la visita".

Con fundamento en las investigaciones precedentes, en un error aritmético o de liquidación del contribuyente, la Agencia Fiscal podrá practicar una liquidación oficial, que modifique la presentada por el declarante.

Esta liquidación debe reunir entre otros requisitos: "la explicación sumaria de las modificaciones a la liquidación privada". Y no podrá modificar aspectos de ésta, que no hayan sido incluídos en un requerimiento o en cuestionario de visita, SALVO EN CASOS DE ERROR ARITMETICO o de LIQUIDACION DEL CONTRIBUYENTE.

Los ERRORES ARITMETICOS encontrados en las declaraciones tributarias también podrán corregirse oficiosamente o a solicitud de parte interesada, por Resolución expedida dentro del término legal establecido para practicar la liquidación oficial, sin perjuicio de que pueda practicarse ésta.

El Estatuto Fiscal local no define dentro de su normatividad lo que por "Error Aritmético" debe entenderse, pero dentro de una desprevenida y sana interpretación legal y por analogía con otras disposiciones reguladoras de tributos, la Sala considera que son aquellas equivocaciones resultantes de operaciones matemáticas y en general confusiones de orden numérico que no afectan de fondo las informaciones básicas correctamente declaradas.

Del análisis consecuente y armónico de las disposiciones en comento, la Sala establece lo siguiente:

El cuestionario de visita o el requerimiento, son presupuestos previos a la liquidación oficial que modifica aspectos básicos de la liquidación privada presen-

tada por el declarante, más ellos no lo son cuando aquella corrige errores aritméticos o de liquidación.

Por eso en el primer caso, en defecto del cuestonario de visita, "debe" efectuarse el requerimiento previo a la liquidación oficial, pero en el segundo, o sea cuando ésta implique enmienda de errores aritméticos o de liquidación, el requerimiento es facultativo.

En el caso de Autos, la demandante cometió un error aritmético o de liquidación. Equivocó las bases de imposición, lo que significa que no era obligatorio entonces, el requerimiento o cuestionario de visita previo a la liquidación.

No ocurre lo mismo cuando la liquidación oficial omite la "explicación sumaria de las modificaciones a la liquidación privada", pues corresponde ella a la motivación del acto "...principio rector del derecho, como lo es el de defensa a través del control de legalidad de las decisiones de la Administración, control este que solamente se puede verificar cuando la Administración expresa los motivos que tuvo en cuenta para la expedición". (Sentencia Consejo de Estado, julio 28 de 1988, Sala Contencioso-Administrativo, Sección Tercera).

Estima la Sala que la "X" y las expresiones "Ingresos no declarados" que se registraron en la liquidación oficial no pueden entenderse como una "breve y explicación sumaria" que transmita una idea sintética de su fundamentación,razón por la cual comparte la nulidad decretada por el *a-quo* en la sentencia objeto de instancia.

En virtud de lo expresado 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:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO/ TASA/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

El recargo por facturación del cobro del impuesto predial no es sobretasa de las autorizadas por la Ley 14 de 1983, ni corresponde a una tasa porque el cobro de los impuestos es una elemental obligación del Estado que debe cubrir con los mismos ingresos ordinarios que obtiene. Cobrar una suma fija por cada factura o recibo es ni más ni menos que un impuesto indirecto que a más de no estar autorizado en parte alguna, recarga en forma inequitativa a los contribuyentes puesto que proporcionalmente pagan más los de menor capacidad económica. Igual consideración cabe con relación al cobro de los certificados de Paz y Salvo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá,D.E., junio quince (15) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Radicación No. 2864. Actor Alberto Ospina Cardona contra Municipio de Ibagué. Asuntos Municipales. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Municipio de Ibagué, contra la setencia del 4 de julio de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad de los artículos 35 parágrafo 4o. del Acuerdo 060 de julio 29 de 1987 y el artículo 4º del Acuerdo 002 de 1988 del Concejo Municipal, dentro del juicio de nulidad que conforme al Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo intentó el ciudadano ALBERTO OSPINA CARDONA.

ANTECEDENTES

Mediante Acuerdo 060 de 1987, artículo 35, parágrafo 4o. expedido por el Concejo Municipal de Ibagué se establece que:

"La División de Rentas cobrará por concepto de facturación sistematizada o manual, la suma de setenta pesos ($70.oo) por cada factura. Igualmente, por concepto de expedición de Paz y Salvo y copias de recibo manual o sistematizado, se cobrará la suma de cincuenta pesos ($50.oo) por cada uno".

A su turno el Acuerdo 002 de 1988 artículo 4º, incrementó dichos valores a $ 150.oo y a $ 100.oo respectivamente.

El libelo presentado el 26 de mayo de 1988, el actor mediante el ejercicio de la acción prevista en el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita se declare la nulidad del parágrafo 4o., transcrito, asi como la del artículo 4º del Acuerdo 002 de 1988, que incrementó su valor, al considerar que con dicha medida se violan los artículos: 197 numeral 2o. de la Constitución Nacional; 92 numeral 2o. del Código de Régimen Político y Municipal, pues se crea un impuesto no autorizado en la ley.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, accedio a las súplicas de la demanda, considerando que de conformidad con el artículo 197 de la Constitución Nacional, que otorga atribuciones impositivas a los Concejos, tal facultad debe atender las normas superiores indicadas en el mismo artículo. Que no existiendo en norma superior autorización para cobrar el valor del servicio de la expedición de la factura o recibo, es dable concluir que su cobro carece de base legal que lo respalde ya que el Municipio no puede establecer ingresos ni incluirlos en el presupuesto anual si no han sido previamente autorizados, cosa que no ocurrió.

LA APELACION

El apoderado judicial del Municipio apela la sentencia afirmando que no está creando un nuevo impuesto en beneficio del erario municipal, sino que se trata de la ratificación de una exacción antigua, plenamente amparada en la ley y que por consiguiente no hubo extralimitación del Concejo en sus atribuciones ejercidas conforme a los artículos 92 y 93 del Código de Régimen Municipal y dentro de las limitaciones y facultades concedidas por la Ley 14 de 1983, ya que el cobro de facturación a que se refieren las normas demandadas, constituye una sobre tasa del impuesto predial de conformidad con el artículo 17 de la Ley 14 de 1983 y 186 del Decreto 1333 de 1986 y no un impuesto o contribución.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor ALVARO LEON CAJIAO, Fiscal Primero dela Corporación estima que la sentencia apelada debe confirmarse, ya que de acuerdo a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado: "no hay absoluta independencia de los municipios para la creación de los tributos, porque aquellos deben sujetarse a lo que

dispongan las normas de orden superior, y si no, se desvertebraría todo el sistema fiscal de la Nación".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son dos los conceptos a clarificar en el caso *sub-judice:* la facultad del municipio para imponer tributos y la naturaleza jurídica del cobro de facturas.

Facultad del municipio para imponer tributos. El ejercicio de esta facultad ha sido objeto de reiterada jurisprudencia de esta Corporación, conforme con la cual seha precisado que la atribución ordinaria impositiva está regulada por los artículos 43, 76, 191 y 197 de la Constitución Política.

Si bien el artículo 43 de la Constitución Nacional establece que:

> "En tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones".

Dicha facultad en cuanto se refiere a las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, está limitada según la misma Constitución Política, cuando disponga en su artículo 191 que:

> "Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les corresponden, podrán establecer contribuciones, *con las condiciones y dentro de los límites que le fije la ley*".

Tratándose de los minicipios, el artículo 197 numeral 2o. condiciona el ejercicio de tal facultad a los lineamientos constitucionales, legales y ordenanzas, con lo cual se determina que constitucionalmente la atribución impositiva para los municipios no es primaria e ilimitada, sino subordinada, condicionada y reglada dentro de los límites impuestos por la Constitución y la ley. De manera tal, que no puede existir gravamen municipal cuya creación no esté autorizada previamente en la ley, pues el principio de la legalidad del tributo nace de otro eminentemente político, cual es el de que no pude haber tributo sin representación.

Mediante la Ley 11 de 1986, el Congreso de la República revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República para codificar las disposiciones constitucionales y legales para la organización y el funcionamiento de la Administración Municipal.

En desarrollo de tal facultad se expidió el Decreto 1333 de 1986, que incluyó dentro del Capítulo II, de los Impuestos Municipales, el impuesto predial, artículo 173 y siguientes, otorgando así mismo a los municipios la facultad de regular su cuantía dentro del límite tarifario entre el 4 y el 12 por mil señalado por el artículo 186 ibídem, incluidas todas las sobretasas municipales.

De acuerdo con las normas citadas, el municipio está facultado para incluir las sobretasas al impuesto predial pero sin exceder el límitelegal total del 12 o/oo y excepcionalmente puede excederlo cuando se trata de tarifas y sobretasas establecidas antes del 6 de julio de 1983.

Función totalmente diferente a la impositiva es la facultad que tiene la Nación, Departamentos y Municipios para recaudar y administrar sus rentas y bienes. Constitucionalmente de acuerdo con el 120-11, a nivel nacional, dicha facultad radica en el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa.

Tratándose de los municipios no existe la menor duda de que la Ley 11 de 1986 Artículo 3º y el Decreto 1333 de 1986, artículo 166, al establecer que los bienes y rentas de las entidades territoriales, dentro de los cuales se encuentran los impuestos propios y cedidos, son de su propiedad exclusiva, los revistió de las mismas garantías que la propiedad privada y naturalmente su recaudo y administración no solamente les corresponde como derecho propio sino que constituye una de sus obligaciones como se desprende de lo dicho por el No. 11 del artículo 120 de la C.N. que atribuye al Presidente la de "cuidar de la exacta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos" y se refleja a nivel municipal en el Alcalde a quien le corresponde cumplir y hacer cumplir todas las leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos vigentes.

Naturaleza jurídica del cobro de impuestos. Del contexto literal de las normas demandandas, se observa que los Acuerdos 60 de 1987 y 02 de 1988 establecen el cobro de una suma de dinero por cada factura utilizada para el recaudo del impuesto y de la expedición del certificado de Paz y Salvo.

Emolumento que el demandante estima que es un *impuesto*, en tanto que el apoderado judicial del Municipio, lo considera una *tasa* por el servicio prestado, que sumada a la tarifa fijada por el Municipio para el impuesto predial, se encuentra dentro del tope tarifario del 12o/oo fijado en la ley.

De las características que la jurisprudencia, con apoyo en doctrinas generalizadas, ha establecido de estas dos nociones puede concluirse que no puede subsistir jurídicamente, ni como lo uno ni como lo otro.

En efecto, si se considera como impuesto no podría jusiticarse por ausencia de la autorización legal a la cual está sujeta la autoridad municipal para crearlos, como ya se explicó.

Tampoco como tasa o mejor como "sobretasa" en el sentido que lo define el representante del Municipio de Ibagué para encuadrarlo dentro de la autorización de la Ley 14 de 1983, porque no fue establecido en el artículo 60 de 1987 con dicho carácter.

Queda por considerar si encaja dentro del concepto general aceptado de TASA y si dentro de la competencia del Concejo Municipal esta podía establecerla.

Ha dicho la jurisprudencia que el pago de una "tasa" (en contraposición al del "impuesto") emerge de una relación económica expresada en el pago del costo que hace el usuario de un servicio especifico que presta el Estado; se caracteriza por existir una contraprestación y además, el factor de voluntariedad.

Esta característica ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corporación. Así por ejemplo, el ilustre Consejero GABRIEL ROJAS ARBELAEZ expresó en sentencia del 13 de marzo de 1963: "La tasa a su turno, se distingue porque ella se paga para compensar una prestación del ente público, en razón de un *do ut* des impresdindible de mantener cuando se trata de amortizar el gasto que ha originado un servicio y de proveer al sostenimiento y reparacion de los equipos". (Anales 1o. semestre 1963, pág. 500).

Y el Consejero ALFONSO MELUK en fallo del 22 de febréro de 1968 expuso igual idea en estos términos: "...el cobro de tasa requiere una compensación consistente en la prestación de un servicio sin cuya retribución a quien lo recibe no puede serle exigible..." (Anales 1968, pág. 209).

Y en igual sentido la Sección Primera, con ponencia del doctor SAMUEL BUITRAGO H. se pronunció en fallo del 4 de agosto de 1987, expediente 496.

La Sala no encuentra en el caso sometido a estudio la vinculación del cobro del impuesto predial (en este caso) con la prestación de lo que comúnmente se entiende por un servicio público. Por el contrario, facilitarle al ciudadano el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y entro de ellas la sustancial que es el pago del tributo,no constituye ninguna gracia o favor del Estado sino una de sus más elementales obligaciones que debe cubrir con los mismos ingresos ordinarios que obtiene con el recaudo de los gravámenes legalmente establecidos y en todo caso con el mínimo de molestias para el ciudadano y sin ningún costo adicional para este.

Cobrar una suma fija por cada factura o recibo es ni más ni menos que um impuesto indirecto que a más de no estar autorizado en parte alguna, recarga en forma inequitativa a los contribuyentes puesto que proporcionalmente pagan más los de menor capacidad económica. Igual consideración cabe con relación al cobro de los certificados de Paz y Salvo.

Menos aún encuentra la Sala en los actos acusados el carácter o naturaleza de las "sobretasas" al impuesto predial autorizadas por el artículo 186 del Código de Régimen Municipal, no solamente por no haberlo expresado así el Honorable Concejo Municipal e Ibagué sino porque tales sobretasas deben guardar proporción con el impuesto principal causado y además, establecerse "en forma diferencial, teniendo en cuenta la destinación económica de cada predio".

Ninguna de estas caracterísiticas tuvo en cuenta el Acuerdo que estableció una suma fija por cada factura, su copia o por expedición de certificados de Paz y Salvo, por todo lo cual debe confirmarse la sentencia apelada y que anuló los citados gravámenes.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuniquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

DECLARACION TRIBUTARIA/SANCION POR INEXACTITUD - Improcedencia

No está al arbitrio de los particulares determinar en qué forma podía efectuarse la correción de la información de sus declaraciones y por el contrario existían claros parámetros legales que debieron cumplirse, especialmente el relacionado con la procedencia de la adición, que debe venir de quien tenga la capacidad de representar a la sociedad. En el sub lite, a pesar de no estar demostrada dentro del proceso la capacidad para obliogar a la sociedad, la contribuyente obró de buena fe al comunicar el valor real de su ventas; por cuanto la información fue espontánea, y obrando con criterio de justicia y equidad, no es procedente la sanción por inexactitud. (Ejercicio fiscal de 1979).

***Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.*- Bogotá, D.E., junio quince (15) de mil novecientos noventa (1990).**

Consejero Ponente: Dr. Carmelo Martínez Conn.

Referencia: Expediente No. 2452 Actor: Casa Rolier Ltda. C/Distrito Especial de Bogotá. IMPUESTOS. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la sociedad Casa Rolier Ltda contra la sentencia del 15 de noviembre de 1988, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad, intentado por la sociedad contra la operación gubernativa que le determinó el impuesto de industria y comercio a cargo, por el período fiscal correspondiente al año de 1979.

ANTECEDENTES

La sociedad CASA ROLIER LTDA., presentó la declaración de impuesto de industria y comercio el 14 de abril de 1980 y declaró un promedio de ventas mensuales de $675.222.

Posteriormente, el 8 de julio de 1980, mediante escrito presentado ante la misma Dirección Distrital de Impuestos, con el fin de corregir la información suministrada en la declaración, manifestó que el promedio mensual de ventas brutas en el año de 1979, era de $8.352.192, de acuerdo con los libros oficiales.

Ante tal comunicación la Dirección de Impuestos Distritales efectuó visita contable a la sociedad el 25 de noviembre de 1980, y comprobó que el volumen de ventas fue de $8'352.190, sin embargo estimó que tal comunicación no reunía los requisitos exigidos por los Decretos 1901 de 1977 y 1083 de 1978, para ser considerado como adición y que por lo tanto, demostrado con la visita contable que el promedio mensual de ventas en 1979, fue superior al declarado, modificó la base gravable, el impuesto a cargo, e impuso la correspondiente sanción por inexactitud.

Inconforme la sociedad interpuso por la via gubernativa los recursos de reposición y apelación, que fueron resueltos contrariamente a sus pretensiones, razón por la cual acudió en acción de nulidad ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, negó las súplicas de la demanda, al considerar que la comunicación digirida por el contribuyente a la Dirección Distrital, no podía considerarse como adición al tenor del artículo 7º del Decreto 1901 de 1977 del Alcalde del Distrito Especial de Bogotá.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad contribuyente al sustentar el recurso de apelación manifiesta que el fallo del Tribunal desconoció el tenor literal del artículo 11 del Decreto 1083 de 1978, al pretender que el pago de la suma de $250.oo que señala el artículo 7º del Decreto 1901 de 1977, es un requisito *"AD SUBSTATIAM ACTUS"*, sin existir norma (en ese momento), que dijera que la ausencia del pago implicara la consecuencia de no tenerse por presentada la adición, que por el contrario el artículo 11 del Decreto 1803 de 1978 es supremamente amplio en el sentido de entender que es adición.

CONCEPTO FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexta de la Corporación considera que la sentencia apelada debe confirmarse porque:

"Los Decretos 1901 de 1977 y su reglamentario 1083 de 1978 indican el procedimiento vigente para efectuar adiciones a la declaración de industria y comercio por el ejercicio que nos ocupa. El artículo 7º del Decreto 1901 de 1977 establece la posibilidad que tienen los contribuyentes de dicho impuesto de "modificar o adicionar su declaración de industria y comercio" dentro de un plazo de tres meses previo el pago de la suma de $250. Por su parte el art. 11 del Decreto 1803 de 1978 establece qué se entiende por adición y cómo ésta sustituye el acto declarativo inicial. Los artículos 12 y 15 del mismo estatuto determinan los efectos de las adiciones que representen un mayo o un menor valor de la liquidación privada y los artículos 3º (literales a y d) y 13 la existencia de un formulario único para declaración y adición y los métodos para calcular las cuotas partes pendientes por razón de la liquidación adicional".

"No estaba asi al arbitrio de los particulares determinar en que forma podía efectuarse la corrección de la información de sus declaraciones por el contrario existían claros para metros legales que debían cumplir al hacerlo: En primer lugar, la modificación o adición sólo podía provenir del contribuyente (Artículos 7º D. 1901/77 y 11 D. 1083/78), y en segundo término, debía cumplir con las siguientes formalidades: utilización del formulario único (art. 8 D. 1083/78 sustitución del acto declaratoria inicial (art. 11 *ibídem*) y liquidación privada adicional cuando por razón de la adición hubiere lugar a un mayor o menor impuesto (artículos 12,13 y 15 *idem.*)".

"A la luz de la anterior normatividad debe analizarse si la comunicación G. G. G. -267-80 de julio 8 de 1980 dirigida a la Administración puede entenderse realmente como una adición a la información de la declaración inicial o si por el contrario, como lo afirma la Administración, dicho documento no tiene efectos de adición".

"Para la Fiscalía de la base de que la comunicación de 8 de julio de 1980, que informó el verdadero promedio mensual de ventas del ejercicio de 1979 aumentándolo considerablemente en relación con la información inicial, daba lugar a una modificación a la base gravable y consecuencialmente un mayor valor del impuesto a cargo por dicho anualidad. La modificación de las bases gravables implica entonces una nueva liquidación privada, y por ende, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 1083 la sustitución del acto declarativo inicial. Dicha *sustitución*, que significa literalmente "ocupar el lugar de" obviamente no podía efectuarse sino por medio de un acto "igual o similar" al primero, es decir con el lleno de los requisitos e informaciones que

deben suministrarse con las declaraciones, como lo exigia la normatividad ya señalada".

"De manera que, al analizar a la luz de las normas que reglamentaban las formalidades a que debían someterse las a diciones, la comunicación que obra a folio 19 del cuaderno principal, la Fiscalía comparte la conclusión a que llegaron las autoridades Distritales y el Tribunal, que impide darle la calificación de *adición*, no tanto por el no pago de la tasa de $250,oo a que se refiere el art. 7º del D. 1901 sino porque la comunicación no proviene del representante legal de la entidad, que era quien podía obrar a su nombre, no fue presentada en el formulario requerido, no acompañó la liquidación privada adicional y si se lee con detenimiento, ni siquiera mencionó a qué ejercicio fiscal se refirió. No podía este documento sustituir la declaración de industria y comercio de la contribuyente. Debemos asi concluir que actuaron ajustadas a derecho las autoridades Distritales cuando, previa la verificación por inspección contable, -practicaron liquidación oficial, acto que no ataca la actora, y procedieron a sancionar por inexactitud" (fls. 258 a -261 cdno. 1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación, con ocasión de la demanda de nulidad impetrada contra el artículo 11 del Decreto Reglamentario 1183 de 1978, tuvo oportunidad de analizar la adición en la manera que sustituya la declaración original en el entendimiento de que la "adición" opera en relación a las modificaciones o adiciones hechas a la declaración y liquidación del impuesto inicialmente presentada.

Si bien el artículo 11 del Decreto Reglamentario, cuyo texto fue precisado en la sentencia de abril 11 de 1978, dispone que:

> **"ARTICULO 11.- Por adición se entiende todo acto del contribuyente que rectifique, corrija o incorpore datos nuevos sobre un periodo gravable, ya declarado, que por error u omisión no hubiera sido suministrado en su declaración privada". La adición o modificación de la declaración o de la liquidación privada sustituye el acto declarativo anterior".**

No puede interpretarse aisladamente de las demás normas que regulan las adiciones, correcciones o modificaciones a la declaración y liquidación privada inicialmente presentadas, especialmente las que señalan los requisitos de fondo y forma exigidos.

Comparte la Sala el criterio de la señora Fiscal cuando afirma que no está al arbitrio de los particulares determinar en que forma podia efectuarse la corrección de la información de sus declaraciones y que por el contrario existian claros parámetros legales que debieron cumplirse, especialmente el relacionado con la procedencia de la adición, que debe venir de quien tenga la

capacidad de representar a la sociedad. En el caso *sub-lite* quien -dio la información sobre el volumen real de ventas en el oficio GGG 267-80 de julio 8 de 1980, fué el asistente de la gerencia, cuya capacidad para obligar a la sociedad no está demostrada dentro del proceso.

Sin embargo observa la Sala que la contribuyente obró de buena fe al comunicar, desafortunadamente sin cumplir los requisitos formales y por quien no tenía capacidad para representarla, el valor real de sus ventas en cuantía de $8.352.192 información que sirvió de base para que las autoridades distritales practicaran la visita contable en la cual se constató el valor de las ventas exactamente igual al informado en el escrito por el asistente de la gerencia, evitando así el perjuicio económico al Fisco, ya que el impuesto se liquidó sobre la base real de ingresos, suministrada por el asistente de la gerencia. Ante esta circunstancia considera la Sala que obrando con criterio de justicia y equidad y además por cuanto la información fue espontánea, no es procedente la sanción por inexactitud.

Por lo expuesto debe revocarse la sentencia del Tribunal en cuanto a este aspecto se refiere y practicar una nueva liquidación con base en los datos con tenidos en la liquidación oficial, que quedará así:

Promedio Mensual	Código	Tarifa	Impuesto Mensual	Impuesto Anual
$8.352.192	254	4.9	$40.925.74	$491.109

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

FALLA:

1. REVOCASE la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de fecha noviembre 15 de 1988, proferida en el juicio de nulidad impetrado contra la determinación oficial del impuesto de industria y comercio practicada por el Distrito Especial de Bogotá a cargo de la sociedad Casa -Rolier Ltda, por el año fiscal de 1979

2. FIJASE en la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL CIENTO NUEVE PESOS M/CTE ($491.109,oo) el valor total del impuesto de industria y comercio que por el año fiscal de 1979 corresponde pagar a la sociedad CASA ROLIER LTDA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate; Carmelo Martínez Conn; Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado T., Secretario.

ADICION AL FALLO

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., agosto diez (10) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Carmelo Martínez Conn.

Referencia Expediente No. 2452. Actor: Casa Rolier Ltda. C/ D.E. de Bogotá

FALLO

Se decide la solicitud de adición de la sentencia proferida por esta Corporación el 15 de junio de 1990, que revocó la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca confirmatoria de la sanción por inexactitud impuesta a "CASA ROLI ER LTDA", por su declaración de Impuesto de Industria y Comercio correspondiente a 1979.

En escrito visible a folios 167 a 269 del cuaderno principal la actora, a través de apoderado, solicita: a) Se adicione la sentencia de 15 de junio de -1990 en el sentido de ordenar a la Tesorería del Distrito Especial de Bogotá la devolución de $4.263.210 que le fueron pagados el día 31 de mayo de 1984 a título de sanción por inexactitud y de intereses sobre la misma sanción; b) Pago de intereses corrientes sobre esa suma desde el día 31 de mayo de 1984, hasta el día en que se pague o devuelva dicha suma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 del C.C.A.

Evidentemente al observa la demanda, la peticionaria solicitó, a folio 25 del cuaderno principal: "La anulación de los actos administrativos que liquidaron oficialmente los impuestos de Industria y Comercio en cuanto fijaron sanciones ilegales por el año gravable de 1979 y además el restablecimiento del derecho". Así

mismo a folio 26 *ibídem* pidió la devolución de $4.263.210, y el pago de intereses sobre dicha suma "hasta el día en que se pague efectivamente de conformidad con el inciso 2º del artículo 140 del Decreto 01 de 1984".

SE CONSIDERA

Como a folios 263 a 268 del cuaderno principal obra la sentencia de junio 15 de 1990 cuya adición se solicita por la actora y en su parte motiva se fijó a cargo de CASA ROLIER LTDA por 1979 un impuesto anual de Industria y Comercio de $491.109 y en la misma sentencia (fl. 267) se anuló la determinación oficial del impuesto de Industria y Comercio a cargo de la citada contribuyente por 1979, en la cantidad de $491.109, es el caso de acceder a la petición de adición del fallo aludido en el sentido de restablecer el derecho a la demandante ordenando la devolución solicitada a la solicitante, más los intereses que se hayan causado conforme lo ordena el artículo 140 del C. C. A.

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:

Adiciónase la sentencia del 15 de junio de 1990 dictada por esta Corporación, como sigue:

3o. La Tesorería del Distrito Especial de Bogotá devolverá a CASA ROLIER LTDA. la diferencia que resulte a su favor entre el impuesto anual de Industria y Comercio por 1979 determinado en sentencia de 15 de junio de 1990 y lo realmente pagado por la actora por dicha vigencia fiscal, más los intereses comerciales corrientes (Art. 140, Decreto 01 /84) que se hubieren causado a su favor desde el 31 de mayo de 1984 hasta el día en que dicha suma se devuelva a la parte actora con pago efectivo.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ MATERIA IMPONIBLE/ TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO

Siendo la materia imponible del impuesto de industria y comercio, la actividad industrial, comercial o de servicios, lo que se debe determinar es el lugar donde realiza la actividad el sujeto gravado y no el lugar en donde se entiende realizada la venta, ya que la territorialidad del tributo se predica es de la materia imponible. Los actos de mercadeo, "comerciales" por naturaleza, se reputan sin embargo, "industriales", y conservan este carácter, mientras el fabricante expenda sus productos en la sede industrial, siendo, por tanto, netamente comerciales, para aquél, solo las que ejecute fuera de dicha sede. Pero no es lícito inferir que las indicadas ventas u operaciones comerciales, de territorios diversos del distrital, sean susceptibles de sumarse a las industriales de la sede. (Ejercicio fiscal de 1979).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio quince (15) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Referencia: Radicación No. 2438. Apelación sentencia de septiembre 10 de 1988 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que liquidaron el impuesto de industria y comercio por el año de 1979. Actor: Sager y Cía S.C.A. (antes Sager & Cía.) FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación intentado por la señora delegada del Personero del Distrito Especial de Bogotá, contra la setencia de primer grado, de 10 de septiembre de 1988, favorable a las súplicas de la demanda, dictada por el Tribunal Administrativo del Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento promovido por la Sociedad SAGER Y CIA. S.C.A., Nit: 90.300.918 A, respecto de

actos de determinación y discusión del impuesto de industria y comercio y avisos del período impositivo de 1979.

Dichos actos, a saber, la liquidación oficial No. 20142 de 14 de abril de 1981 y las resoluciones números 737 de 24 de junio de 1983 y 362 de 27 de noviembre de 1985, fueron expedidos, los dos primeros, por la División de Industria y Comercio de la Dirección de Impuestos Distritales, y, por último, en apelación, por la Junta Distrital de Hacienda.

ANTECEDENTES

La liquidación impugnada, precedida del acta de requerimiento No. 349 de 9 de febrero de 1981, sin variaciones por código de actividad o tarifa, había reformado el ítem de "ventas u operaciones brutas anuales", en el sentido de incrementar las declaradas, de $72.990.036, a $120.168.308, por adicion de "ventas de los productos fabricados en Bogotá y vendidos y gravados en Cali" en cifra de $47.118.516, y "mayor valor comprobado", $59.756, según reza el acta de visita, con las consiguientes modificaciones del promedio operacional mensual y de los impuestos mensual y anual, que, a su vez, condujeron a una diferencia por impuestos en el ejercicio, a favor del tesoro distrital, en cuantía de $207.584 y una sanción por inexactitud de $1.037.923.

Aunque, inicialmente, la instancia gubernativa se había desatado en forma parcialmente favorable, a las pretensiones de la reclamante, por supresión de la sanción por inexactitud, el *ad quem*, en resolución del recurso de apelación existente, confirmó íntegramente el acto liquidatorio original.

DEMANDA:

En la fundamentación de la acción contenciosa, se indican y explican violados en resumen, los siguientes preceptos:

1. El artículo 12 del Decreto 1901 de 1977, en conexion con el artículo 29 ib., por haber excedido, la liquidación impugnada, el término legal previsto para su notificación, con la consecuencia de haber quedado firmes los factores de liquidación privada.

Se afirma que, habiéndose puesto al correo la notificación, no el 14 de abril de 1981, como lo dijo la Administración, sino el 20 de los mismos mes y año, y debiendo entenderse surtida la notificación dos días después, esto es, el 22 de abril de 1982, la liquidación privada, cuyo plazo de presentación venció el 21 de abril de 1980 y solo era reformable dentro del año siguiente, hasta el 21 de abril de 1981, no fue modificada válidamente.

2. Los artículos 1º y 14 del Acuerdo 10 de 1974 y 9º de la Ley 145 de 1960, por cuanto, habiéndose expresado y demostrado, con certificado de contador pú-

blico anexo al recurso gubernativo de reposición, que la sociedad había declarado, oportunamente y con sujeción a sus cifras contables, tanto las actividades de la agencia de Bogotá, como las de la casa principal en Cali, la inclusión, en la liquidación impugnada, de operaciones denunciadas y gravadas en este último municipio, configuraba el fenómeno del doble gravamen.

3. Los artículos 42, 46 y 57 de la Ley 52 de 1977, por no haberse notificado, al representante legal de la compañía, el requerimiento No. 349 de 9 de febrero de 1981.

4. El artículo 357 "y concordantes" del Código de Procedimiento Civil, por haberse hecho más gravosa la situación del contribuyente, con motivo de la decisión de segunda instancia en el proceso administrativo.

A solicitud de la parte contraria el Tribunal Administrativo decretó y practicó inspección judicial, con intervención de peritos contadores, a libros y efectos de comercio de la actora.

LA SENTENCIA APELADA

En relación con el cargo de inoportunidad de la liquidación, el *a quo* considera que su notificación habría tenido lugar en término, pues en el pliego de la misma figura constancia oficial, no desvirtuada, de su introducción al correo el día 14 de abril de 1981, a más de constancia de recibo por el contribuyente, el 20 de abril siguiente.

Respecto de la alegada inclusión, en la liquidación atacada, "de factores gravables para el municipio de Cali" halla que, si bien para la actividad industrial la legislación aplicable no contempla descuentos de ninguna especie, no es menos cierto que, de conformidad con el artículo 14 del Acuerdo 10 de 1974, citado por la demandante, "la base gravable en el promedio mensual de las ventas u operaciones brutas, *realizadas en Bogotá*". (Subrayas en el fragmento copiado).

Supuesto que de autos se desprendia que la responsable ejercitaba la actividad industrial y realizaba ventas en las ciudades de Bogotá y Cali (las de esta, objeto de declaración y pago del impuesto resepctivo, según el acta de visita), aparte de que el experticio mostró "que las remisiones de Bogotá a Cali constituyen un traslado de inventarios, no facturación a terceros, pues, esta se elaborara en Cali...", tiene por comprobados los cargos en este punto de la litis, que, a su ver, lo relevan de estudiar los relativos a la transgresión de las disposiciones invicadas de la Ley 52 de 1977.

Finalmente, para lo referente a la violación del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, se remite al concepto del Ministerio Público, el cual se limita a reproducir la propia jurisprudencia del Tribunal, en un caso similar, según la

cual, encontrándose vigente, por la época en que se explicó la providencia administrativa que reconfirmó en todas sus partes la liquidación oficial, el artículo 70 del Acuerdo 21 de 1983, no existía otra prohibición que la de "desmejorar la situación del contribuyente establecida en la liquidación oficial...".

Con todo, accede a anular la sanción por inexactitud aplicada, en consideración a que la prosperidad de la pretensión principal, no deja base jurídica para cuantificar aquella.

EL RECURSO DE APELACION

Parte del supuesto de que el artículo 14 del Acuerdo 10 de 1974, es claro, en el sentido de que la base gravable de actividades industriales realizadas en el Distrito Especial de Bogotá, no admite descuentos por ventar realizadas en territorios distintos.

Sostiene con fundamente en el artículo 864 del Codigo de Comercio, en conexión con el artículo 845 ib., que el contrato se entiende celebrado en el lugar del domicilio del proponente, "y en el momento en que este reciba la aceptacion de la propuesta", de donde, habiéndose demostrado, según acta de visita, que la cuestionada actividad industrial había tenido lugar, íntegramente, en la ciudad de Bogotá, que fue la actividad gravada por la Administración distrial, carecían de relevancia, como descuento, las ventas efectuadasen otro municipio, pues se trataba de una actividad diferente, la comercial, sujeta a otras normas.

ALEGATOS DE CONCLUSION:

La actora pide conformar el fallo acusado, sobre la base de que "el conjunto de pruebas aportadas y practicadas en la primera instancia, corroboran tanto los hechos y la infracción, por parte de la Administración Distrital, de las normas mencionadas en la demanda como la razón de sus pretensiones..."

Niega, de otra parte, que su domicilio fuera la ciudad de Bogotá, o que estuviera obligada a tributar, en ésta, sobre la totalidad de sus ventas, ya que, en su sentir, está probado que el domicilio principal era la ciudad de Cali, donde se había desarrollado "actividades propias de su establecimiento (...) de acuerdo con su objeto social", fuera de haber contabilizado "debida y separadamente sus ventas en Cali y Bogotá," como se acreditó con la constancia de contador público y el experticio practicado en la primera instancia del juicio.

Por su lado, la apelante, a lo expuesto en la sustentación del recurso agrega, en síntesis:

a) Que, según lo definido en el artículo 3º del Acuerdo 10 de 1974, sobre lo que debe entenderse por "actividades industriales" y lo que, en particular, se lee en el extracto del registro mercantil de la actora, de tener, ésta, como actividad,

"la fabricación, distribución y venta de soldadura y afines", hay que concluír, en términos del artículo 21 ib., que se trataba "de un establecimiento mixto", con actividades industriales y comerciales, de las que predominaban las primeras, debiendo aplicarse la tarifa de estas, con arreglo al procedimiento indicado en el artículo 14 ib., sin importar el lugar de la venta.

Al respecto cita, como normas aclaratorias, el artículo 1º, inciso 2o., del Decreto 3070 de 1983 y la Ley 14 del mismo año, teniendo por ciento, según los antecedentes administrativos y el peritaje, que la actividad industrial se desarrollaba en Bogotá y, la comercial, en Cali.

b) Que lo discutido, no esla índole de las actividades de la demandante, que se encuentran demostradas, sino el tratamiento fiscal a que debía someterse, concretamente, su actividad industrial en Bogotá, no susceptible de los descuentos por ventas en Cali.

c) Que lo dicho por los peritos, sobre las remisiones de Bogotá a Cali y la no facturación a terceros, no es más que una opinión de estos, sin ningún respaldo probatorio que, por tanto, ghace que el fallo, en cuanto se apoya en ella, carece de fundamento jurídico.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Señor Fiscal Tercero de esta Corporación se pronuncia por la confirmacion de la sentencia recurrida.

Porque los artículos 845 y 864 del Código de Comercio, citados por la impugnadora, nada tienen que ver, en su opinión, con la materia de litis, "ni demuestran que las ventas que realizó el establecimiento de Cali deban adicionarse a las ventas que la sociedad incluyó en su declaración de Industria y Comercio correspondiente a la ciudad de Bogotá...".

Además, porque no obra prueba de que, como lo sugiere la apelante, la sociedad hubiera realizado ventas en Bogotá, que omitió declarar, y remitido luego a Cali, los productos vendidos, para que en esta ciudad se hiciera la entrega a los compradores, sino que, por el contrario, está acreditado que las "cantidades declaradas por el establecimiento de Cali corresponden a ventas efectuadas directamente por este mismo establecimiento y en esa misma ciudad...", configurándose la violación del artículo 14 del Acuerdo 10 de 1974, "al tomar (se) estas ventas como propias del etablecimiento de Bogotá...".

Añade, que no habiéndose dado la omisión de ventas, tampoco existe base para liquidar sanción por inexactitud.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Siendo la materia imponible del impuesto de industria y comercio, la actividad industrial, comercial o de servicios, lo que se debe determinar es el lugar donde realiza la actividad del sujeto gravado y no, como lo alega el Distrito Especial de Bogotá, el luar en donde se entiende realizada la venta, ya que la territorialidad del tributo se predica es de la materia imponible (artículo 2º Acuerdo 10 de 1974).

Según los artículos 9º y 14 del Acuerdo 10 de 1974, entre otros, la "base imponible" cualquiera que sea la índole de la actividad desplegada, está dada por "el promedio mensual de las ventas u operaciones brutas, realizadas en Bogotá".

O, lo que es lo mismo, que aún tratándose de actividades meramente industriales,el *"quantum"* de estas no es mensurable por sistema distinto del de la acumulación del importe que, en el período, acuse cada una de las ventas u operaciones brutas.

Los actos de mercadeo, "comerciales" por naturaleza, se reputan, sin embargo, "industriales" y conservan este carácter, mientras el fabricanto expenda sus productos en la sede industrial, siendo, por tanto, netamente comerciales, para aquél, solo las que ejecute fuera de dicha sede.

Esto explicaría, en parte, porque el acuerdo industrial en cuestión no previó la afectación de actividades industriales con descuentos por ventas u operaciones comerciales de otros municipios: simplemente, porque el industrial que se limite a vender, en su propia sede, las mercancías que produce, no tiene aquí actividades "comerciales" propiamente dichas, según lo visto.

Pero de esta ausencia de previsión, no es lícito inferir que las indicadas ventas u operaciones comerciales, de territorios diversos del distrital, sean susceptibles de sumarse a las industriales dela sede, primero, porque el correcto entendimiento del artículo 17 del Acuerdo, es el de que, en ningún caso, la comercialización de productos, u otra especie de transacciones comerciales, de territorios diversos del distrital, sean susceptibles de sumarse a las industrias de la sede, primero, porque el correcto entendimiento del artículo 17 del Acuerdo, es el de que, en ningún caso, la comercialización de productos, u otra especie de transacciones comerciales realizadas por fuera del Distrito Especial de Bogotá, está sujeta a gravamen en éste, habiéndose demostrado, con prueba documental y pericial, la realidad de tales operaciones.

Y, segundo, porque, de acuerdo con el principio de la territorialidad del tributo y el factor de competencia funcional inherente, sobre los que se ha pronunciado la Sala en casos similares, es manifiesta la nulidad del acto liquidatorio que desborde los presupuestos de la aplicación de normas en el espacio.

Por lo demás, habiéndose conformado la declaración tributaria discutida a las exigencias mínimas del citado acuerdo distrital, evidentemente, no se configura evento alguno de inexactitud sancionable.

El recurso no está, pues, llamado a prosperar, debiendo mantenerse en todas sus partes el fallo apelado, en acuerdo con la Fiscalía.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS/ FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL

No pueden los municipios variar el hecho generador del impuesto a espectáculos públicos que es de carácter nacional y cedido a aquellos. Tampoco puede establecer gravámenes sobre los espectáculos públicos porque ya están gravados por la nación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio quince (15) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2608. Actor: Luis Mario Duque contra el Municipio de Ibagué. Asuntos Municipales. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Municipio de Ibagué, contra la sentencia del 30 de junio de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, declaró la nulidad de los artículos 135 y 10 del Acuerdo 060 de julio 29 de 1987 del Concejo Municipal de Ibagué, dentro del juicio de nulidad que conforme al artículo 84 del Codigo Contencioso Administrativo intentó el ciudadano Luis Mario Duque.

ANTECEDENTES

Mediante Ley 12 de 1932, artículo 7°, se creó el impuesto nacional a los espectáculos públicos, que fue cedido por la Ley 33 de 1968 a los municipios, quedando ratificada tal titularidad por el Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Político y Municipal), artículo 223 en los entes municipales.

Mediante el Acuerdo 060 del 29 de julio de 1987, el Concejo Municipal de Ibagué reglamentó en el Capítulo XIV lo concerniente al impuesto creado y cedido por la Ley 12 de 1932, estableciendo en los artículos 135 y 140 la tarifa aplicable y la base gravable, así como una forma especial de liquidación.

LA DEMANDA

Solicita se declare la nulidad de los artículos 135 y 140 del Acuerdo 060 del 29 de julio de 1987, ya que considera que las normas acusadas en cuanto determinan una base gravable distinta a la señalada en el artículo 7º de la Ley 12 de 1932, desbordan los límites constitucionales y la misma ley, porque el impuesto según esta ley, grava exclusivamente la boleta de entrada personal a espectáculos de cualquier clase, mientras que los artículos 135 y 140 establecen un hecho generador distinto.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima accediendo a las súplicas de la demanda, declaró la nulidad de las normas acusadas, considerando que indudablemente el artículo 135 del acuerdo acusado, al hacer recaer el impuesto sobre el producto bruto de los espectáculos, hizo abstracción del valor de cada boleta de entrada, que no es más que un factor del producto total y que de la misma manera el Artículo 140, amplía la base legal del impuesto ya que si el artículo se remite al 7º de la Ley 12 de 1932, mal puede hablarse de dos tributos: sobre el valor impuesto y el impuesto municipal.

LA APELACION

El apoderado judicial del Municipio de Ibagué, apela la sentencia, porque estima que cuando el Concejo de Ibagué, señaló en el artículo 135 del Acuerdo, el impuesto de espectáculos públicos en razón del 10% sobre el productos de los espectáculos definidos en el Código de Rentas Municipales, no hizo cosa distinta que ejercen un derecho determinado en la ley, sin rebozar los límites del artículo 7º de la Ley 12 de 1932, porque con tal disposición no se crea un nuevo tributo ni se adiciona el facultado por dicha ley, sino que pretende prevenir el abuso en que pueda incurrir el empresario al cobrar doble: por la entrada y por la retribución o reembolso del valor que haya pagado por contribución o impuesto de espectáculos.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor JAIME OSSA ARBELAEZ Fiscal Tercero de la Corporación, estima que es procedente confirmar la sentencia apelada, y que son suficientes los planteamientos hechos por la Sala en las sentencias del 24 de junio y 18 de noviembre de 1988, por lo que ellas se remite.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es necesario para determinar si existe o no la violación invocada en la demanda, transcribir las normas demandadas como la supuestamente violada.

Ley 12 de 1932 - Artículo 7º

"Como el objeto de atender al servicio de los bonos del empréstito patriótico que emita el gobierno establecense los siguientes gravámenes:

"1o. Un impuesto del diez por ciento (10%) sobre el valor de cada boleta de entrada personal a espectáculos públicos de cualquier clase..."

Acuerdo 060 de 1987 - Artículo 135

"El Impuesto de Espectáculos Públicos se cobrará a razón del diez por ciento (10%) sobre el producto bruto delos espectáculos definidos en el artículo anterior".

Acuerdo 060 de 1987 - Artículo 140

FORMA ESPECIAL DE LIQUIDACION:

"Si se cobra separadamente al público el valor de la entrada y el impuesto municipal, la liquidación del gravamen se hará sobre la suma de esos dos renglones".

El artículo 7º de La Ley 12 de 1932 estableció un impuesto carácter nacional equivalente al 10% del predio de las boletas de entrada a toda clase de espectáculos públicos; este impuesto de naturaleza indirecta es esencialmente trasladable por el responsable del pago ante el fisco, al usuario del servicio, esto es al público que acude al espectáculo.

Es indudable que conforme al contexto literal de la norma el objeto gravado no es el espectáculo en si, sino sus boletas de entrada.

Cuando el artículo 135 del Acuerdo demandado señala que el impuesto de espectáculos definidos en el artículo anterior (134), es indudable que está modificando el hecho generador del impuesto pues cambia el concepto "del precio de la boleta" por el de producto "del espectáculo" ampliando así la base gravable, en razón de la exisencia de factores distintos a la venta de boletería que puedan incidir en el producto del espectáculo.

Establecido que la materia imponible del artículo 134 demandado, es diferente a la establecida por el artículo 7º de la Ley 12 de 1932 es necesario determinar si el Concejo Municipal tenía o no atribución para efectuar tal modificación.

Esta Corporación en reiterada jurispridencia ha sostenido que de acuerdo en los artículos 43 y 76 de la Constitución Política, el poder de imposición corresponde primaria y libremente al Congreso de la República, ya que si bien la Carta Política otorga facultad impositiva a las Asambleas y Concejos Municipales, su ejercicio no es libre sino que de acuerdo con el artículo 191 de la Carta Política, está subordinado a ella mismo así como a la ley.

Ahora bien, si la ley establece el gravamen nacional a los espectáculos públicos, y este tributo fue cedido a los municipios, estos tienen la facultad de reglamentar la norma con miras a su administración control y recaudo; pero de ninguna manera pueden variar el hecho generador del impuesto, el sujeto pasivo ni la tarifa establecida en la Ley 12 de 1932, pues desde su vigencia, los municipios ya no pueden crear o establecer gravámenes sobre los espectáculos públicos, porque la Nación ya los gravó a través de la citada ley.

Tampoco puede hacer más gravoso el impuesto, porque el Código de Régimen Político y Municipal, prohibe a los concejos gravar con tributos los objetos ya gravados por la Nación con el impuesto y con mayor razón esta limitación debe extenderse al aumento de estos gravámenes por el Concejo Municipal.

Es dable concluir que cuando el Concejo Municipal en el Acuerdo 060 de 1987, artículos 135 y 140 fija base gravable distinta a la determinada en la Ley 12 de 1932, artículo 7º, sin tener facultad para ello si viola las normas de superior jerarquía individualizadas en la demanda, como lo señala el fallo del Tribunal Administrativo del Tolima, razón por la cual la sentencia debe confirmarse.

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

FALLA

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

PRUEBA CONTABLE/IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Descuento

En materia tributaria los libros de contabilidad tienen el carácter de plena prueba si están registrados en la Cámara de Comercio, siempre que los asientos esten respaldados con los correspondientes comprobantes internos y externos, y que se lleven en forma ordenada de acuerdo con la ley.

El artículo 27 del Decreto 1988 de 1974 y sus Reglamentarios 2815 de 1974 art. 16 num. XI y 584 de 1975, art. 11, solo exigían para la procedencia del descuento que se acompañara la declaración de ventas, una simple relación de los números y fechas de las facturas o de los comprobantes que respalden el descuento solicitado, Nit del vendedor cuando fuere el caso y a falta de este, nombre o razón social; no exigen, pues tales normas para la procedencia del descuento que se acompañen las facturas ni los comprobantes, ni prevé que el error en la relación, genere como consecuencia la pérdida o desconocimiento del impuesto pagado por insumos o materias primas. (Ejercicio fiscal de 1980 - IV bimestre).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- **Bogotá, D.E., junio quince (15) de mil novecientos noventa (1990).**

Consejero Ponente: Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

Referencia: Proceso No. 2671 Actor: ICASA S.A. Apelación sentencia de junio 30 de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio restablecimiento del de recho de carácter fiscal. Impuesto a las Ventas IV Bimestre de 1980. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la sociedad ICASA S.A., NIT-60.002.125, contra la sentencia de junio 30 de

1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda dentro del juicio de restablecimiento del derecho que contra el acto administrativo que le determinó el impuesto de ventas a cargo, por el período correspondiente al IV Bimestre de 1980, intentó la sociedad actora.

ANTECEDENTES

La actora presentó la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas correspondiente al IV Bimestre de 1980, en la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá el 29 de septiembre de 1980 .

Mediante cruce de información efectuada para efectos de los impuestos descontables, la Administración encontró que el número de las facturas indicado por la sociedad, no correspondía al consignado por los respectivos proveedores y por tal hecho requirió a la contribuyente proponiéndole el rechazo de los impuestos descontables.

Con la respuesta al requerimiento, la sociedad adjuntó fotocopia de la relación de compras del IV Bimestre de 1980, incluyendo el número correcto de las facturas y respaldó dicha relación con el certificado del revisor fiscal de la compañía.

Sin embargo la Administración de Impuestos, practicó liquidación de revisión, desconociendo impuestos descontables por valor de $8.287.225 e imponiéndole sanción por inexactitud por $1.659.455.

En desacuerdo la sociedad recurrio en reconsideracion ante la misma Administración, quien mediante Resolución 00228 de octubre 23 de 1987, confirmó la liquidación recurrida.

Inconforme con el resultado obtenido en la vía gubernativa, la sociedad acudió ante la jurisdicción contenciosa en demanda de restablecimiento del derecho, contra la operación administrativa que le determinó el impuesto a las Ventas a cargo por el IV bimestre de 1980, alegando violación de los artículos 122 del Código de Procedimiento Civil, 41 de la Ley 52 de 1977, 98 de la Ley 09 de 1983, 77 y 79 del Decreto 1651 de 1961 y 40 del Decreto 2821 de 1974.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda al considerar que no se configuraron las supuestas violaciones de la ley en cuanto a los aspectos formales de extemporaneidad en la práctica de la liquidación y que en relación con el aspecto de fondo, el rechazo del impuesto descontable debía mantenerse, porque si bien es cierto que de acuerdo con las normas invocadas, los libros de contabilidad son prueba suficiente para los comerciantes, no lo es menos, que los comprobantes que les sirven de respaldo son parte integrante de

los mismos, razón por la cual la exigencia de la Administración en tal sentido, no viola la ley. Y. con relación a la transgresión del artículo 98 de la Ley 9a. de 1983, estima que el certificado del contador por sí sólo es insuficiente para demostrar el hecho que se controvierte, y que por lo tanto se califica de incompleto.

LA APELACION

El apoderado judicial de la actora, apela la sentencia y enfatiza en la violación del artículo 98 de la Ley 09 de 1983, argumentando que ni con ocasión del requerimiento ni después, la Administración pidió el envío de las facturas. Que admitida la derogatoria de la circular 05 de 1981 por la misma Administración, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 97 de la Ley 9a. de 1983 en interpretación armónica con el artículo 98 de la misma Ley, permite deducir que solo existen dos maneras de llevar la prueba contable al proceso tributario: mediante la inspección administrativa o mediante la certificación del contador o revisor fiscal del contribuyente.

Que una vez presentado el certificado que probaba el hecho omitido puesto de presente por la Administración, correspondía a esta demostrar que el certificado era inexacto, falso o improcedente y que la Administración no lo hizo.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor JAIME OSSA ARBELAEZ Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que asiste razón al apelante, porque de acuerdo con el artículo 27, inciso 2º del Decreto 1988 de 1974, para que proceda el descuento a que se refiere el ordinal b) del artículo 26, es necesario que se acompañe a la declaración de Ventas correspondiente, una simple relación de los numeros y fecha de las facturas, o comprobantes que respalden el descuento y que no existe ninguna norma que diga que las irregularidades o deficiencias en la relación, no puedan ser corregidas y que en este caso deban demostrarse plenamente los hechos que dan lugar al descuento y que ademas el requerimiento no exige prueba alguna, sino que se limita a proponer el rechazo por falta de los requisitos formales, que fueron cumplidos por la sociedad al dar respuesta al requerimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme lo ha sostenido esta Corporación, el valor probatorio de la contabilidad está reconocido con diferentes alcances en los diversos ordenamientos jurídicos.

En materia tributaria su valor probatorio está reconocido legalmente tanto el los Decretos 1651 de 1961, 1366 de 1967, 2821 de 1974, 3803 de 1982 como en las Leyes 52 de 1977, y 9a. de 1983.

De acuerdo con tales normas, en materia tributaria los libros de contabilidad tienen el carácter de plena prueba si esán registrados en la Cámara de Comercio, siempre que los asientos esten respaldados con los correspondientes comprobantes internos y externos, y que se lleven en forma ordenada de acuerdo con la ley.

Obra dentro del proceso certificación expedida por el revisor fiscal de la sociedad contribuyente (fl. 39 Cdno.de Antecedentes) con ocasión de la respuesta al requerimiento, como con oportunidad de la demanda de restablecimiento del derecho (fl.18 Cdno. Ppal.) en que consta que la sociedad Industria Colombiana de Artefactos S.A. "ICASA", lleva libros de contabilidad registrados en la Cámara de Comercio de Bogotá, conforme a las disposiciones legales, que durante el IV bimestre de 1980 se registró en ellos las compras y gastos en las respectivas cuentas de compras y gastos efectuadas durante ese período y en la cuenta del impuesto a las ventas por pagar se contabilizaron igualmente todos los impuestos descontables pagados por dichos conceptos.

Esta prueba no ha sido desvirtuada por la Administración, razon por la cual, debe admitirse su valor probatorio en los términos del artículo 9º de la Ley 145 de 1960, esto es, en el sentido de que las certificaciones expedidas por contador público, hace presumir que el acto respectivo se ajusta a los requisitos legales, lo mismo que a los estatutarios en el caso de personas jurídicas.

Ahora bien, para efectos del reconocimiento de los impuestos descontables el Decreto 1988 de 1974, artículo 21, vigente para el año en cuestión, establecía que el valor de los impuestos liquidados por las compras de materias primas y demás elementos que normalmente se incorporan a los costos de producción y venta, se descontará del liquidado con base en las ventas.

Por su parte el artículo 27 del mismo Decreto y sus Reglamentarios 2815 de 1974, artículo 16 numeral XI y 584 de 1975 artículo 11, solo exigían para la procedencia del descuento que se acompañara a la de claración de ventas, una simple relación de los números y fechas de las facturas o de los comprobantes que respalden el descuento solicitado, Nit del vendedor cuando fuere el caso y a falta de este, nombre o razón social; no exigen, pues, tales normas para la procedencia del descuento que se acompañen las facturas ni los comprobantes, ni prevé que el error en la relación, genere como consecuencia la pérdida o desconocimiento del impuesto pagado por insumos o materias primas.

La Administración en ejercicio de su facultad de investigación al efectuar los cruces de información, comprobó la inconsistencia en los números de las facturas, pero verificó que la recurrente sí había efectuado operaciones de compra con terceros que daban derecho al descuento del impuesto. Si alguna duda quedaba sobre la realidad de las operaciones generadoras del descuento, ha debido la Administración solicitar su comprobación a la sociedad contribuyente o verificar por si misma mediante inspección ocular, a través de la cual hubiera podido desvirtuar la prueba contable; pero como lo afirma el Señor Fiscal, ni con ocasión del requeririento, ni en el ejercicio de la función fiscalizadora, la Administración

solicitó prueba, sólo se limitó a proponer el rechazo, por error en los números de las facturas consignadas en la relación.

Ahora bien, si el contribuyente corrige la relación y para dar certeza a tal corrección, acompaña certificado del revisor fiscal acerca de los hechos económicos contabilizados, con base en facturas, en su condición de comprobantes contables, dicha certificación constituye plena prueba, no sólo con base en lo dispuesto por el artículo 98 de la Ley 9a. de 1983, invocado como violado en la demanda, vigente cuando se produjo el fallo que agotó la vía gubernativa, (23 de octubre de 1987), sino en virtud de la Ley 145 de 1960 artículo 1º y el Decreto 1462 de 1962 artículo 2º, sin que exista razón legal válida para su desconocimiento.

No existiendo factor de discusión en la declaración tributaria del impuesto sobre las ventas presentada por la sociedad contribuyente, distinto al anteriormente aclarado, es dable concluir que su liquidación privada se ajustó a derecho y por lo tanto merece ser confirmada, de acuerdo a petición de la demanda y del Señor Fiscal de la Corporación.

En merito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Seccion Cuarta, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia de junio 30 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2o. ANULANSE la Resolución 00228 del 23 de Octubre de 1987 y la Liquidación de Revisión 02453 de Diciembre 17 de 1982, mediante las cuales la Administración de Impuestos Nacionales de Bogota, determinó el impuesto a las Ventas a cargo de la sociedad INDUSTRIA COLOMBIANA DE ARTEFACTOS S.A. "ICASA" NIT. 60.002.125, por el IV bimestre de 1980.

3o. DECLARAR en firme la Liquidación Privada del impuesto sobre las Ventas No. 005111, presentada por la sociedad INDUSTRIA COLOMBIANA DE ARTEFACTOS S.A. "ICASA" NIT.60.002.125 el 29 de septiembre de 1980 bajo el No. de radicación 557 DIN, para el IV bimestre de 1980 con un total a cargo por la suma de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE PESOS ($4.966.319).

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA/ PRUEBAS

La ley impone a los funcionarios públicos la prohibición de aceptar como prueba los instrumentos privados, incluyendo los títulos valores (art. 14, Ley 2a. de 1976) cuando sujetos al impuesto de timbre, no se ha cumplido con la obligación fiscal. Pero una vez satisfecho el pago del impuesto junto con las sanciones establecidas en la misma ley, no existe fundamento legal para inadmitir o desconocer el valor probatorio de dichos documentos. (Ejercicio fiscal de 1982).

IMPUESTO SOBRE LA RENTA-Determinación / DEPRECIACION FLEXIBLE/COMPARACION DE PATRIMONIOS

No es cierto que para efectos de la depuración de la diferencia patrimonial, ha debido tomarse la utilidad neta capitablizable y no la renta gravable determinada por la administración que estaba afectada previamente con la deducción para depreciación flexible, porque los arts. 74 del Decreto 2053 de 1974 y 91 del Decreto 187 de 1975, determinan las bases y los ajustes procedentes para efectos de la comparación patrimonial, y porque el reconocimiento del valor de la depreciación resulta irrelevante en la determinación del impuesto de la sociedad, porque la diferencia patrimonial establecida por el Tribunal excede a la renta gravable, incluido el valor de la depreciación

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio quince (15) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: Dr. Guillemo Chahín Lizcano.

Referencia: Expediente Nro. 2673. Actor: SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S.A. Apelación de la sentencia del 6 de mayo de 1989

del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Juicio de restablecimiento del derecho de carácter fiscal. -Renta 1982-. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A., NIT. 60.005.229, como por el apoderado judicial del Director de Impuestos Nacionales, contra la sentencia del 6 de mayo de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundi- namarca, accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del juicio de restablecimiento del derecho intentado por la actora contra la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta a cargo para la vigencia fiscal de 1982.

ANTECEDENTES

La Administración de Impuestos Nacionales, mediante Liquidación de Revisión, determinó la renta gravable a la sociedad contribuyente por el sistema especial de comparación de patrimonios en consideración a que el incremento patrimonial líquido de la sociedad, previos los ajustes fiscales por pasivos no probados, no se justificaba con la renta declarada.

Contra dicha liquidación, la contribuyente interpuso recurso de reconsideración que fue fallado mediante Resolución A-03240-P de junio 12 de 1987, que ordenó modificar la liquidación recurrida al aceptar pasivos por valor de $24.100.000 que reducian la diferencia patrimonial y por ende el impuesto determinado en $9.640.000.

Dicha Resolución fue enviada en grado de consulta a la Dirección de Impuestos Nacionales, dando cumplimiento al artículo 32 del Decreto 3803 de 1982, Entidad que le impartió su aprobación mediante la Resolución 0865 de diciembre 2 de 1987, con la cual agotó la vía gubernativa.

Inconforme la sociedad contribuyente, acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo, alegando violación de los artículos 31 y 32 de la Ley 52 de 1977; 1517, 74 y 124 del Decreto 2053 de 1974, 116 del Decreto 187 de 1975; y 26 Numeral 10 de la Ley 2a. de 1976, en razón de no haberse admitido la prueba de pasivos.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió los razonamientos de la demanda en el sentido de tomar en cuenta los documentos contentivos de las obligaciones por valor de $12.878.257 a cargo de la actora, de acuerdo con el texto del artículo 25 de la Ley 2a. de 1976, en consideración de haberse cumplido con el pago del impuesto de Timbre Nacional, pero no admitió para efectos de la comparación patrimonial, la provisión para pago de impuesto diferido a 31

de Diciembre de 1982 alegada, en razón de que dicha partida ya había sido aceptada como tal por la Administración, en consecuencia practicó una nueva liquidación fijando un total por impuestos en cuantía de $20.270.175.

LA APELACION

Apelan la providencia:

1o. El apoderado judicial de la actora, quien manifiesta inconformidad con la sentencia por el hecho de no haberse tomado en cuenta para efectos de la justificación del incremento patrimonial la renta gravable ajustada del ejercicio, como especie de "utilidad neta capitalizable, ya que la renta gravable fiscal que tuvo en cuenta la Administración estaba afectada con la depreciación flexible. Y por no haberse aceptado como factor justificativo del incremento patrimonial, el impuesto de renta diferido por pagar en cuantía de $28.614.137 partida que no está disminuyendo el patrimonio líquido fiscal a diciembre 31 de 1982, por no haberse detraido al efectuar su cálculo .

2o. El apoderado judicial del Director de Impuestos Nacionales, quien discrepa de la decisión del Tribunal, por haber aceptado como prueba de pasivos los pagarés cuyo impuesto de timbre no fue oportunamente cancelado. Estima que con tal actuación se quita toda vaiidez al impuesto de timbre que sólo sería cancelado por los contribuyentes ante la evidencia de una inspección o requerimiento oficial.

MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación ,frente a la apelación de los intervinientes, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmase, porque:

1o. No asiste razón al representante de la Nación en cuanto al reconocimiento de los títulos para efectos fiscales por parte de la jurisdicción, puesto que es la misma ley la que autoriza su admisión posterior en el artículo 25 de la Ley 2a. de 1976. Y que en relación con el rechazo motivado en la ausencia del pago del impuesto a las prórrogas sucesivas, no le asiste razón, ya que de conformidad con el numeral 10º del artículo 26 de la misma ley, en el caso de las prórrogas que no implican novacion, no se causa el impuesto de timbre.

2o. Que tampoco asiste razón al apoderado judicial de la actora porque:

a) - El pasivo estimado surge para atender el pago en años posteriores del mayor impuesto que debe asumir el contribuyente cuando aun persista la depreciación contable, pero no pueda utilizarse ya como depreciación fiscal. Tiene pues característica de simple estimativo para fines contables, sin que sea realmente un pasivo vigente al final del ejercicio.

b) - Que si el Decreto 1649 de 1976, permitió a los contribuyentes aumentar las tasas de depreciación por encima de los límites normales, sin que ello implique una erogación efectiva, si debe tenerse en cuenta como factor de ajuste de la renta a capitalizar la depreciación diferida, pero que tal reconocimiento no tiene incidencia en la determinación del impuesto, puesto que aun la diferencia patrimonial establecida en la liquidación que practicó el Tribunal, continúa siendo superior a la renta gravable, mas el valor de la depreciación acelerada, razón por la cual debe mantenerse el sistema de determinación de la renta por comparación patrimonial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dos son los asuntos a considerar en el libelo :

1o. La validez probatoria de los títulos contentivos de obligaciones, cuando el impuesto de timbre se paga extemporaneamente.

2o. El manejo de la depreciación flexible en la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios.

Validez probatoria de títulos con pago extemporaneo del impuesto de timbre:

Dispone el artículo 25 de la Ley 2a. de 1976:

"Ningún instrumento o actuación sujeto al impuesto de timbre podrá ser admitido por funcionarios oficiales ni tenidos como prueba mientras no se pague el impuesto de acuerdo con el artículo 18, y las sanciones y los intereses, en su caso".

De acuerdo con la norma transcrita, la ley impone a los funcionarios públicos la prohibición de aceptar como prueba los instrumentos privados, incluidos los títulos valores (Art.14 Ley 2a. de 1976) cuando sujetos al impuesto de timbre, no se ha cumplido con la obligación fiscal. Pero una vez satisfecho el pago del impuesto junto con las sanciones establecidas en la misma ley, no existe fundamento legal para inadmitir o desconocer el valor probatorio de dichos documentos.

En el caso sub-judice observa la Sala, que el Tribunal al aceptar como prueba del pasivo los pagares, cuyo impuesto fue cancelado extemporáneamente, actuó conforme a derecho, ya que la ley no niega el valor a los documentos privados que no hayan pagado el impuesto, solo ordena como medida coercitiva que no sean tenidos como prueba mientras no se satisfaga el pago, pero una vez cumplido el impuesto debe aceptarse el título contentivo de la obligación a cargo de la sociedad como soporte del pasivo, a menos que por otras circunstancias, exista duda acerca de la fecha cierta de tales documentos (Art. 76 Decreto 1651 de 1961), o se haya demostrado plenamente que se trata de pruebas post -constituidas.

En el *sub-lite*, el tema de la fecha cierta de los pagarés cuya aptitud probatoria fue admitida por el *a-quo*, no se discutió, pues la única objeción formulada por la apelante de la entidad oficial, radicó en el no pago oportuno del impuesto de timbre. Y como quedó dicho la contabilidad de la empresa daba cuenta, desde la fecha de la inspección contable, de la existencia de los referido pagarés.

Igualmente de acuerdo con el artículo 26 numeral 10º de la misma Ley 2a. de 1976, están exentos del impuesto de timbre: "La prórroga de los títulos valores cuando no implique novación", razón por la cual los motivos de apelación expuestos por el representante de la Dirección General de Impuestos Nacionales carecen de fundamento legal, y no es viable argumentar que por el hecho de que el Tribunal aplique la ley se haga nugatorio el impuesto de timbre.

El manejo de la depreciación flexible en la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios:

De acuerdo con el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, cuando la suma de la renta gravable, las rentas exentas y la ganancia ocasional neta, resultare inferior a la diferencia entre el patrimonio líquido del ultimo período gravable y el patrimonio líquido del período gravable inmediatamente anterior, dicha diferencia patrimonial se considera renta gravable a menos que el contribuyente demuestre que el aumento patrimonial obedece a causas justificadas, el mismo artículo ordena que previamente deben efectuarse los ajustes correspondientes, tanto en la renta como en el patrimonio, e indica cuales son los factores de ajuste.

En manera alguna dentro de los ajustes al patrimonio, establecidos por la ley, se encuentra el impuesto de renta diferido por pagar, porque su provisión no indica que el impuesto se haya causado y que por esta circunstancia constituya un pasivo real a cargo de la sociedad.

Si se observa la declaración de renta presentada por la sociedad, puede apreciarse que en la liquidación privada correspondiente a la misma vigencia fiscal, la sociedad se determina un saldo a favor por pago en exceso de los impuestos liquidados por valor de $18.045.411.

Además, como lo afirma el Tribunal, dentro de los pasivos rechazados por la Administración al determinar el patrimonio líquido base de comparación patrimonial, no esta el correspondiente al de la provisión para pago de impuestos que en cuantía de $28.614.138, se consigna en el renglón 65 del formulario oficial.

Estima la Sala que tampoco asiste razón a la demanda en el caso presente, en el sentido de que para efectos de la depuración de la diferencia patrimonial, ha debido tomarse la utilidad neta capitalizable y no la renta gravable determinada por la Administración que estaba afectada previamente con la deducción para depreciación flexible, por que los artículos 74 del Decreto 2053 de 1974 y 91 del Decreto 187 de 1975, determinan las bases y los ajustes procedentes para efectos de la comparación patrimonial, y porque como lo afirma la Señora Fiscal Sexto de

la Corporación, el reconocimiento del valor de la depreciación resulta irrelevante en la determinación del impuesto de la sociedad, porque la diferencia patrimonial establecida por el Tribunal excede a la renta gravable, incluido el valor de la depreciación.

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

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Vuelva el expediente al tribual de origen.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

JUNTA MONETARIA/ COMPETENCIA/ ENCAJE LEGAL

Si la dirección de la política monetaria y crediticia del Estado se asignó por leyes ajustadas a la Constitución, a una entidad estatal, con facultades para tomar medidas oportunas y eficaces sobre la materia y dicha entidad fue la Junta Monetaria, será también dicha entidad la encargada de regular todo lo relacionado con el encaje a que están obligadas las entidades crediticias.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio quince (15) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos.

Referencia: Radicación No. 2210. Apelación sentencia de marzo 24 de 1988 del Tribunal de Cundinamarca en juicio de restablecimiento del derecho del derecho y nulidad de las Resoluciones 4887 y 6385 de septiembre 13 y noviembre 8 de 1985, expedidas por la Superintendencia Bancaria. Actor: Banco Central Hipotecario. FALLO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por el Banco Central Hipotecario contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercero el 24 de marzo de 1988 mediante la cual negó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones números 4887 y 6385 del 13 de septiembre y 8 de noviembre de 1985, proferidas por la Superintendencia Bancaria.

ANTECEDENTES

El Banco Central Hipotecario demandó en acción de restablecimiento del derecho las resoluciones citadas mediante las cuales se le impuso una sanción pecuniaria por defectos de encaje presentados durante el mes de enero de 1985.

En dichas resoluciones se cita como fundamento jurídico, la Resolución No.75 de 1984 de la Junta Monetaria.

En la demanda se plantea la excepción de inconstitucionalidad de la citada resolución 75 de 1984 de la junta monetaria y de la Ley 7 de 1973, artículo 23 literal a).

Se citan como disposiciones violadas los artículos 2, 16, 20, 23, 26, 28, 32, 55, 76-1 de la Constitución Nacional concordante con el artículo 215 *ibídem*, el artículo 1º de la Ley 95 de 1936, hoy artículo 1º del Decreto 100 de 1980 y el artículo 84 inciso 2o. del Decreto 01 de 1984.

Deduce la violación de las citadas normas, de que en las resoluciones atacadas se dio aplicación a la Resolución 75 del 5 de octubre de 1984 de la Junta Monetaria, que es inconstitucional, y agrega que el artículo 23 literal a) de la ley 7a. de 1973 que se sirvió de fundamento, también viola la Constitución Nacional.

Propone la excepción de inconstitucional prevista en el artículo 215 de la Constitución Nacional, contra la citada ley y arguementa que la determinación de las infracciones, así como el señalamiento de las penas es atribución constitucional del Congreso, la cual solo puede ser delegada en el Gobierno Nacional, de acuerdo con los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Carta, y por ello, ni la ley podía delegar tal facultad a la Junta Monetaria, ni ésta podía dictar las normas contenidas en la Resolución cuestionada.

EL FALLO APELADO

El Tribunal *a-quo* negó las pretensiones de la demanda con base en argumentos que pueden sintetizarse así:

Los actos demandados se expidieron con base en la Resolución 75 de 1984 de la Junta Monetaria, la cual se encontraba vigente cuando el Banco Central Hipotecario incurrió en la falta sancionada.

No acepta la inconstitucionalidad de la Ley 7 de 1973, artículo 23, literal a), ni de la Resolución 75 de 1984 artículo 5º de la Junta Monetaria, con fundamento en jurisprudencia del mismo Tribunal y del Consejo de Estado, y porque si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia al declarar exequible el artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, no examinó lo relacionado con la delegación de imponer sanciones o penas a la Junta Monetaria, la alegada inconstitucionalidad no es manifiesta, ni ostensible, pues de serlo, el juez Constitucional la habría declarado y agrega que la sanción por defecto de encaje no es una invención de la Junta Monetaria ya que el artículo 11 del Decreto 756 de 1951 ya la consagraba.

Finalmente con relación a la violación del derecho de defensa, el Tribunal no se pronuncia por ser argumento que no se planteó en la demanda.

EL RECURSO DE APELACION

La parte actora al sustentar el recurso de apelación insiste en la inconstitucionalidad del artículo 23 literal a), de la Ley 7 de 1973 porque el Congreso no puede delegar en un organismo administrativo como es la Junta Monetaria, la regulación de funciones que le son propias.

ARGUMENTOS DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA

La Señora Apoderada de la Superintendencia Bancaria se opone a la prosperidad del recurso, trae citas jurisprudenciales del Tribunal *a quo* y del Consejo de Estado, con decisiones en sentido opuesto a las pretensiones del recurrente.

CONCEPTO FISCAL

El señor fiscal tercero de la corporación propone la confirmación del fallo apelado, por considerar que con relación al artículo 23 de la Ley 7a. de 1973 existe cosa juzgada en razón de fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia y en cuanto a la Resolución 75 de 1984 de la Junta Monetaria, comparte las tesis del *a-quo*, fundada en la sentencia del 28 de septiembre de 1984 del Consejo de Estado.

Anota que no es procedente un pronunciamiento sobre la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, toda vez que ese argumento no fue planteado en la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El planteamiento fundamental de la demanda, de conformidad con los antecedentes enunciados se refiere a la inconstitucionalidad del artículo 23 literal a) de la Ley 7 de 1973 y de la Resolución 75 de 1984 proferida por la Junta Monetaria.

La parte actora y ahora recurrente considera que aunque la Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad del citado artículo 23 de la Ley 7 de 1973, mediante sentencia del 14 de diciembre de 1973, en dicha oportunamente no se cuestionó como ahora se plantea la constitucionalidad de la norma enfrente al ordinal 12 del artículo 76 de la Constución Nacional, el cual a su juicio, resultó vulnerado, porque la citada ley otorga facultades del Congreso a un ente que no constituye gobierno, de acuerdo con el artículo 57 de la Constitución Nacional y

las cuales sólo puede delegar conforme a los ordinales 11º y 12º del artículo 76 *ibídem.*

La Sala no comparte el anterior planteamiento por las siguientes razones:

1. Mediante sentencia del 14 de diciembre de 1973 la Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad del artículo 23 de la Ley 7a. de 1973, mediante el cual se adicionaron las funciones de la Junta Monetaria y en su literal a) estableció como competencia de dicha Junta la de:

"a) Fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y, en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término de establecer encajes diferenciales de acuerdo con las clases de activos que se quiera 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 las sanciones por el incumplimiento de las mismas.

"Las sanciones correspondientes a las infracciones sobre las disposiciones de encaje, deberán aplicarse por la Superintendencia Bancaria".

La citada providencia, en lo relativo al artículo 23 de la Ley 7a. de 1973 concluye que se relaciona con *las funciones propias de la junta Monetaria* y por lo tanto, *es de la competencia soberana y excluyente del Congreso, establecidas por medio de la ley.*

A dicha conclusión llega luego de hacer un análisis detallado de las competencias del poder público monetario que corresponden al Congreso Nacional y al Presidente de la República a la luz de las normas pertinentes de la Constitución Nacional. Lo que indica, que si bien no se refirió expresamente al ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, *sí examinó y definió la asignación de las citadas funciones de la ley demandada llegando a concluír la constitucionalidad de ese precepto,* cuando afirma:

"De acuerdo con este régimen legal, es forzoso concluír que la adopción y dirección de la política monetaria del Estado, sin reserva, está encomendada a la Junta Monetaria, por decisión soberana y privativa del Congreso, y como una expresión democrática de la voluntad popular; lo cual se refuerza con el hecho probado de que de la misma Ley impugnada, 7a. de 1973, hacen parte los artículos 23 y 24 qeu amplían tal competencia".

2. En cuanto a la Resolución 75 de 1984 de la Junta Monetaria, se observa que, tal como lo destacó la misma Corte Suprema de Justicia al Pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 21 de 1963, la Junta Monetaria fue creada para que ejerciera la responsabilidad de la política monetaria y crediticia y para "... establecer instrumentos más eficaces de dirección de la

misma, ya de carácter compulsivo u obligatorio y generalizado, a fin de que no quedara sector alguno fuera de control, capaz de desquiciar o hacer nugatoria la dirección de la moneda y del crédito". Y por ello le corresponde por expreso mandato legal fijar el encaje legal y regular todos sus aspectos, inclusive las sanciones a que de lugar su incumplimiento.

También es del caso recordar que las entidades financieras y crediticias realizan una actividad de servicio público por concesión del Estado, dicha actividad debe concentrarse en los términos de la citada concesión y está enmarcada dentro de las normas de derecho público que la regulan; por ello se puede afirmar que se trata de una actividad reglada.

De conformidad con el anterior planteamiento desde la expedición de la Ley 45 de 1923 se otorgó al Superintendente Bancario la potestad de suspender actividades propias de dicho servicio, que desconozcan la ley o que constituyan prácticas inseguras o no autorizadas y se le dió también la facultad de tomar todas aquellas medidas tendientes a mantener la confianza de los usuarios y las cuales van desde la simple amonestación hasta la toma del establecimiento y pueden aplicarse a éste o asus Directores y Gerentes.

Fue la misma Ley 45 de 1923, la que definió expresamente qué es el ancaje bancario, estableció su carácter obligatorio para las entidades reguladas por dicha ley y consagró sanciones pecuniarias para quien incumpliera dicha obligación, asignándole al Superintendente Bancario la competencia para imponerla; razón por la cual no resulta válido el argumento del recurrente cuando afirma que la Junta Monetaria en la Resolución 75 de 1984 está definiendo delitos, consagrando sanciones y atribuyendo competencias al Superintendente Bancario; ya que la obligación de mantener el encaje, la actividad sancionatoria que su incumplimiento genera y la autoridad competente tienen expreso respaldo legal, además de que la citada Resolución no está definiendo delitos, ya que como lo ha dicho reiteradamente la Sala, no puede confundirse la normatividad penal y su ámbito de aplicación, con las regulaciones propias del Derecho Administrativo Económico, el cual implica medidas de policía administrativa y sanciones.

3. Finalmente, es del caso recordar que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de junio de 1969 declaró la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 21 de 1963 y del artículo 6º del Decreto 2206 de 1963, relacionados con la creación *y las funciones de la Junta Monetaria,* a pesar de que uno de los argumentos propuestos en la demanda fue justamente el que ahora invoca el recurrente de violación del ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional.

En síntesis, si la dirección de la política monetaria y crediticia del Estádo se asignó por leyes ajustadas a la Constitución, a una entidad estatal, con facultades para tomar medidas oportunas y eficaces sobre la materia y dicha entidad fue la Junta Monetaria, será tambien dicha entidad, *tal como lo dis-*

pone expresamente la ley, **la encargada de regular *todo* lo relacionado con el encaje a que están obligadas las entidades crediticias.**

Con relación a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional no siendo un argumento planteado en la demanda, la Sala comparte la decisión del *a quo* de no considerarlo en la sentencia.

Por todo lo anterior, a juicio de la Sala, no es procedente la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el recurrente y por lo tanto, el recurso propuesto no puede prosperar, debiendo confirmarse la providencia del *a-quo*.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso Administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, publíquese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE AVISOS Y TABLEROS/ HECHO GENERADOR/ MATERIA IMPONIBLE/ POTESTAD REGLAMENTARIA-Exceso

La expresión "y comunicación al público" contenida en la norma demandada, excedió la potestad constitucional (art. 120-3) pues esta expresión es de muy amplio significado e incluye innumerables formas de comunicación con el público como radio, televisión, revista y muchas otras no previstas por el legislador como generadores del tributo. La indicada expresión permite a los municipios ampliar la materia gravable con lo cual se desborda la facultad reglamentaria invadiendo el campo propio del legislador quebrantando el art. 43 de la Constitución.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 0393. Actor: LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ C/ GOBIERNO NACIONAL. AUTORIDADES NACIONALES (RECONSTRUCCION). FALLO.

Se decide la demanda de nulidad instaurada por la doctora LUCY CRUZ DE QUIÑONEZ de la frase "a toda modalidad aviso, valla y comunicación al público", contenida en el artículo 10, inciso 1o. del Decreto Reglamentario No. 3070 de 1983, proferido por el Gobierno Nacional. Así mismo la demandante pidió la suspensión provisional de la norma acusada. El expediente fue reconstruido mediante auto del 29 de octubre de 1987 (fls. 101 a 103). Procede, por tanto decidir por sentencia la nulidad solicitada.

LA NORMA ACUSADA

El Decreto No. 3070 del 3 de noviembre de 1983 "por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 14 de 1983 y se dictan otras disposiciones" dispone en su 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 deben tributar llas agencias de publicidad por su actividad. Las respectivas entidades territoriades determinarán a través de sus oficinas competentes, los lugares, dimensiones, calidad número y demás requisitos de los avisos".

La disposición reglamentada, esto es el artículo 37 de la Ley 14 de 1983, dice:

> *ARTICULO 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 Concejos Municipales".*

La actora considera que la norma acusada viola el articulo 1º, literal k) de la ley 97 de 1913 cuyo texto dice:

> *ARTICULO 1º: "El Concejo Municipal de Bogotá puede crear libremente los siguientes impuestos y contribuciones, además de los existentes hoy legalmente: organizar su cobro y darles el destino que juzgue más conveniente para atender a los servicios municipales, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental ...".*
>
> *"K).- Impuesto por colocación de avisos en la via pública, interior y exterior de coches, de tranvias, estaciones de ferrocarril, cafés y cualquier establecimiento públicos".*

De la norma anterior concluye la actora que el hecho económico a gravar es la posesión de avisos determinados y el hecho jurídico originado de la obligación es "la colocación de aviso" de tal manera que si ello no se hace en los sitios preestablecidos no nace la obligación fiscal. El hecho generador de la obligación es una situación económica o financiera relacionada, según el caso, con la producción, la elaboración, la distribución, etc. Y agrega: "...el hecho generador es concretamente un hecho material o un conjunto de hechos o una situación concreta, a veces, es un acto jurídico. Mas como el impuesto es simultáneamente un fenómeno económico y un fenómeno jurídico, el hecho o la situación en todo caso deben estar juridicamente cualificados".

El hecho generador, la materia imponible, la concreción del sujeto pasivo, la forma de determinar y recaudar el impuesto debatido, quedaron clarificados en el artículo 37 de la Ley 14 de 1983 al señalar: "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 de impuesto de industria y comercio, con una tarifa de un quince por ciento (15%) sobre el valor de éste, fijada por los Concejos Municipales".

La disposición transcrita, afirma la demanda, no crea un impuesto nuevo sino queestablece mecanismo de recaudo, lo vuelve complementario del de industria y comercio concretando los sujetos pasivos del tributo, esto es, quien debe soportar la carga impositiva. Crea una tarifa fija y determina como base gravable un porcentaje sobre el valor de los impuestos de industria y comercio.

En resumen; las normas vigentes sobre impuesto de avisos son las establecidas enlas Leyes 97 de 1913 que señaló el hecho generador y la materia imponible y 14 de 1983 relativa a los sujetos pasivos. Base gravable y tarifa. Sin ampliar los hechos gravados. Al decir el artículo 10, inciso 1o. del Decreto 3070 de 1983 "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" viola la Ley 14 de 1983 norma reglamentada y la Ley 97 de 1913 creadora del impuesto por extralimitarse en la función reglamentaria al igual que el artículo120 numeral 3o. de la Constitución Nacional. Sostiene que el ejecutivo, al hacer uso de la facultad reglamentaria, no puede fijar impuestos sobre hechos no sometidos por el legislador a tal condición. Afirma que el ejecutivo al determinar el cobro del impuesto a toda modalidad de aviso, grava no solo los hechos nacidos de la exhibición de avisos en establecimientos mercantiles, sino los avisos de periódicos, directorio teléfonico, televisión, panfletos, revistas, almanaques y otros no autorizados por ninguna ley. Argumenta que con la expresión "y comunicación al público" el reglamento viola las Leyes 97 de 1913 y 14 de 1983, pues cualquier comuncación del empresario con el público queda gravada y genera impuestos no establecidos por las normas sustantivas.

SUSPENSION PROVISIONAL

El Consejero conductor del proceso (fls. 14 a 19) profirió el auto de noviembre 23 de 1984 en el que dijo: "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 "YCOMUNICACION AL PUBLICO".

LA PARTE OPOSITORA

La doctora María Teresa Garcés Lloreda en su propio nombre, y la Nación representada por apoderado, se opone a las pretensiones de la demanda, y sostienen que la Ley 14 de 1983 introdujo cambios sustanciales en el impuesto de avisos y tableros toda vez que mientras la Ley 97 de 1913 estableció el impuesto por la colocación de avisos en la via pública, interior y exterior de coches, tranvías, estaciones de ferrocarril, cafés y cualquier establecimiento público, limitando el sujeto pasivo a quien colocará avisos en los lugares mencionados, la Ley 14 en cambio amplió el sujeto pasivo a todas las actividades, comerciales, industriales y de servicios, de manera que la referencia que la Ley 14 de 1983 hace de las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915 se limita solo a la denominación del gravamen, por cuanto los impuestos regidos tanto por las citadas leyes como por la reglamentada por el Decreto 3070 de 1983 solo difieren en cuanto al sujeto pasivo, la tarifa y la base gravable.

Afirma que como el impuesto de avisos y tableros, según la Ley 14 de 1983 es complementario del de industria y comercio y debe cobrarse en todos los municipios a todas las actividades industriales, comerciales y de servicios, el decreto 3070, inciso 1o., artículo 10, no transgrede el 37 de la Ley 14 de 1983, sino más bien restringe su alcance. Por su parte el apoderado del Gobierno concluye que la Ley 14 de 1983, a más de haber derogado la Ley 97 de 1913 lo que hizo fue crear un impuesto determinando sujeto pasivo, tarifa taxativa y base imponible.

EL CONCEPTO FISCAL

En su vista de fondo la Fiscal Sexta de la Corporación considera que las pretensiones de la actora deben prosperar pues al disponer el reglamento que el gravamen se "aplica" a toda modalidad de aviso o valla, solo está haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional-pues tales términos -aviso o valla- caben dentro de lo que puede entenderse por aviso o tablero, pero se extralimitó al adicionar la frase "y comunicación al público" que puede presentarse en multiplicidad de formas que no conllevan el uso de lugares públicos, como lo anota la demanda en los casos de avisos por medio de revistas, panfletos, periódicos, televisión, radio y otros.

Dijo el Ministerio Público:

"Para la Fiscalía es indudable que la Ley 14 de 1983 no creó un nuevo impuesto de avisos y tableros. La intención del legislador quedó consignada como ya vimos, tanto en la exposición de motivos como en las respectivas ponencias y no fue otra que la de racionalizar el impuesto que ya venía cobrándose por parte de los municipios y modernizar el sistema de determinar su monto. Tal intención se concretó en el texto aprobado, en el cual se identifica el impuesto como el "autorizado por la Ley 97 de 1913 y la Ley 84

de 1915", norma que como puede deducirse en forma lógica, en esta materia no fueron derogadas."

"Pero si no se creó un nuevo impuesto, si se varió sustancialmente su estructura como también afirma la parte opositora?".

"Si bien el artículo 1º del literal k) de la Ley 97 de 1913 no determinó todos los aspectos del tributo, si señaló con claridad el presupuesto de hecho de la obligación tributaria. En efecto, el hecho económico contemplado como elemento fáctico del impuesto es el uso de lugares públicos y el hecho generador o manifestación externa del hecho económico, la colocación de avisos y tableros. De estos dos factores se deduce que el sujeto pasivo potencial es el usuario de lugares públicos y el sujeto pasivo efectivo el suieto a quien pueda imputarse la colocación de avisos o tableros".

"En la nueva legislación, el artículo 37 de la Ley 14 de 1983 dispuso que el impuesto de avisos y tableros autorizado por las Leyes 97 de 1913 y 84 de 1915, se cobrará en adelante a todas las actividades industriales, comerciales y de servicios, conservando asi el elemnto (sic) fáctico de la obligación tributaria señalado en la norma que le dió origen; el uso de lugares públicos, pero vinculándolo a una actividad industrial, comercial o de servicios, ingrediente de orden politico y financiero que liga al menos teóricamente la obligación con la capacidad contributiva del sujeto pasivo. La manifestación externa o hecho generador continúa siendo la colocación de avisos y tableros; el sujeto potencial el ususario (sic) de lugares públicos que ejerza actividades industriales, comerciales y de servicios; y el sujeto pasivo efectivo el sujeto potencial que coloque avisos o tableros".

"Dispuso también la Ley 14 que el impuesto se liquidaría y cobrara como complemento del impuesto de industria y comercio y señaló como base imponible elmonto de este impuesto, con lo cual no so lo dotó a la obligación tributaria de una base uniforme, sino que subordinó el impuesto de avisos y tableros al de industria y coercio en el sentido de que si no se configura este tampoco se da aquel".

"Estas fueron en sentir de la Fiscalía las únicas modificaciones que sufrió el impuesto autorizado por el literal k) del artículo 1º de la Ley 97 de 1913".

"Afirma que del original impuesto solo quedó su denominación y que ahora es un gravamen que debe cobrarse a todas las actividades industriales comerciales y de servicios por el solo hecho de ejercicio de la actividad, es errado. Sería tanto como sostener que los dos impuestos gravan una misma materia imponible dándose por ello el fenómeno jurídico de la doble imposición: identidad de sujeto activo, identidad de sujeto pasivo e identidad de materia imponible; o que los dos impuestos se fusionaron en uno solo, y entonces sería ilógico que el legislador hubiera señalado bases gravable y tarifas diferentes".

"El hecho de que el impuesto de avisos y tableros se haya constituido como complementario del de industria y comercio no lo asimila a los complementarios del de renta, pues no puede olvidarse que el impuesto de renta y complementarios es uno solo (artículo 1º Dto 2053/64) que se cobra sobre bases múltiples y el de avisos y tableros mantuvo su identidad; pero aún cuando fuera posible encontrar alguna semejanza, debe recordarse que en el de renta las distintas bases mantienen su independiencia, pudiéndose configurar el de renta sin el de patrimonio o éste sin el de ganancias ocasionales o las remesas, luego el ser complementario no significa en forma alguna que el complemento se cobre indiscriminadamente por el hecho de que se de el principal, sino solamente cuando surja el elemento fáctico que la ley ha dispuesto como generador".

"El haber convertido el tributo como complemento del de industria y comercio fue un mecanismo para fijarle una base gravable que valorara la materia imponible en forma uniforme para todo el pais, con lo cual además se logró una finalidad política financiera, cual es gravar en mayor proporción las actividades industriales, comerciales y de servicios que además de utilizar la infraestructura municipal para sus cometidos, utilicen en su beneficio los lugares públicos para hacer llegar sus mensajes a sus potenciales usuarios".

"En este sentido podría llegarse hasta decir que en la práctica la Ley 14 convirtió el impuesto de acisos y tableros en una sobretasa del impuesto de industria y comercio, pero en ninguna forma en una sobretasa que se liquida indiscriminadamente siempre que se configure el impuesto de industria y comercio, sino solo en aquellos casos en que se de la materia imponible y el hecho generador propios, o sea, solo cuando en beneficio de la actividad industrial, comercio o de servicios se haga uso de lugares públicos municipales, colocando en ellos avisos o tableros".

"En este orden de ideas, el ejecutivo al disponer que el impuesto se "aplica" a toda modalidad de aviso o valla, ejercitó la potestad reglamentaria secundum legem, pues aviso o valla cabe dentro de lo que hoy puede entenderse por aviso o tablero, pero desbordó sin duda el texto legal al agregar "y comunicación al público" que como bien lo anota la accionante puede darse en múltiples formas que no implican uso de lugares públicos, como los avisos de televisión, de periódicos, revistas, etc."

Finaliza solicitando se declare la nulidad de la expresión "y comunicación al público".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante el artículo 1º de la Ley 97 de 1913, se autorizó al Concejo Municipal de Bogotá para crear los impuestos señalados en tal disposición, sin necesidad de previa autorización de la Asamblea Departamental. En el literal k) del mismo

artículo se dice: "Impuesto por colocación de avisos en la via pública, interior y exterior de coches, de tranvías, estaciones de ferrocarril y cualquier establecimiento público". Esta facultad se extendió a los demás municipios según la Ley 84 de 1915 y los Concejos Municipales crearon el gravamen a su leal saber y entender sin técnica apropiada para su determinación y recaudo. Esta situación sirvió de base y se tuvo en cuenta en la exposición de motivos de la Ley 14 de 1983 que modernizó el gravamen a más de racionalizarlo y acomodarlo a las exigencias y circunstancias actuales tal como se observa a folios 66 a 75 del expediente. El texto final de la actuación legislativa se concretó en el artículo 37 de la Ley 14 de 1983 que propuso el ponente a la Cámara que dice: "El impuesto de avisos y tableros autorizados 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 este fijada por los Concejos Municipales".

Para la Sala el impuesto fue creado por la Ley 96 de 1913 en su artículo 1º, literal k) transcrito, como se deduce en su atenta lectura. La Ley 84 de 1915 facultó a los demás municipios para crearlos. Carece, por tanto, de razón el apoderado de la Nación al afirmar que su creación surge del texto de la Ley 14 de 1983, artículo 37 (fl. 89, párrafo 2o.), la cual derogó la Ley 97 de 1913.

La Ley 14 de 1983 lo racionalizó y modernizó sin derogar las normas creadoras del mencionado tributo porque hace referencia a las leyes 97/13 y 84 de 1915. Tampoco se varió en la esencia su estructura por cuanto el hecho económico que genera el impuesto es el mismo, el uso de lugares públicos; la innovación estuvo en precisar la materia imponible, "todas las actividades comerciales, industriales y de servicios" y hacerlo complementario del de industria y comercio que a partir de esta ley, grava las mismas actividades. En cuanto a los sujetos del gravamen siguen siendo como sujeto activo, los municipios y el Distrito Especial de Bogotá y pasivos la persona natural o jurídica que debe pagarlo por la colocación de avisos o tableros. Al disponer la Ley 14 de 1983 en su artículo 37 el cobro a los vinculados a actividades industriales, comerciales y de servicios conservó el elemento consistente en el uso de lugares públicos según la previsión de la Ley 97 de 1913 que creó el tributo.

La expresión "y comunicación al público" contenida en el reglamento excedió la potestad constitucional (art. 120, numeral 3) pues esta expresión es de muy amplio significado e incluye innumerables formas de Comunicación con el público como por radio, televisión, revista y muchas otras no previstas por el legislador como generadores del tributo.

En cambio, los términos aviso y valla igualmente demandados pueden incluirse dentro del contexto del artículo 37 de la Ley 14 de 1983, pues no son asimilables y tienen cabida dentro de lo que puede entenderse como aviso o tablero.

Por último, se advierte que la frase "y comunicación al público" permite a los municipios ampliar la materia gravable con lo cual se desborda la facultad regla-

mentaria invadiendo el campo propio del legislador quebrantando el artículo 43 de la Carta Fundamental.

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:

DECLARASE la nulidad de la frase "Y COMUNICACION AL PUBLICO" contenida en el inciso 1o. del artículo 10 del Decreto No. 3070 de 1983.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA/ COMPETENCIA/ JUNTA MONETARIA/ COMPETENCIA

La Superintendencia Bancaria tiene competencia expresa para fijar las reglas generales que deben seguir las instituciones vigiladas en su contabilidad. La junta monetaria tiene facultades para reglamentar la inversión en títulos de Fomento Agropecuario clase A.

El acto demandado de la Junta Monetaria, ni asigna funciones a la Superintendencia Bancaria ni le delega funciones, solamente reconoce en dicha entidad, a la autoridad competente de conformidad con la ley para regular el manejo contable de los rendimientos de los títulos de fomento agropecuario clase A y por ello, no puede aceptarse la afirmación de que las decisiones de la Junta Monetaria, en caso del acto demandado quedarían condicionadas a la actuación de la Superintendencia Bancaria, porque se trata de competencias que más que condicionarse entre si, se complementan.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejera Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación 2260. Acción de Nulidad contra el artículo 1º de la Resolución No. 23 de marzo 23 de 1988, expedida por la Junta Monetaria. Actor: Roberto Aguilar Díaz. FALLO.

Procede la Sala a dictar sentencia en el juicio de nulidad instaurado por Roberto Aguilar Díaz, contra un aparte del artículo 1º de la Resolución 23 del 23 de marzo de 1988, expedida por la Junta Monetaria.

EL ACTO DEMANDADO:

El artículo 1º de la Resolución No. 23 del 23 de marzo de 1988, expedida por la Junta Monetaria dice textualmente:

"Artículo 1º. Para efectos de lo dispusto en el artículo 8º de la Resolución 72 de 1987, se entiende por capitalización de los rendimientos de que trata dicho artículo su distribución como dividendos en acciones. Además, cuando así lo autorice la Superintencia Bancaria *y conforme a la reglamentación que expida al efecto* los referidos rendimientos podrán destinarse a fortalecer patrimonialmente la entidad, mediante su distribución en bonos obligatoriamente convertibles en acciones, incrementos en la reserva legal y, si ello no fuere necesario, a la constitución de reservas especiales para la protección de activos".

El aparte subrayado es el objeto de la demanda.

LA DEMANDA

Afirma, en síntesis que lo dispuesto en la citada resolución, "pende" de una reglamentación que expedirá la Superintendencia Bancaria, que la Junta Moneratorio atribuyó, ilegalmente, a la citada Superindencia atribuciones adicionales a las que le imponen las leyes y que la Junta Monetaria se abstuvo de ejercer sus propias atribuciones y las delegó en otra entidad administrativa, las cuales van a ser ejercidas por la Superintendencia Bancaria.

Cita como disposiciones violadas los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1939 de 1986, los artículos 76 ordinal 22, 55, 20, 63 y 135 de la Constitución Nacional y los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del Decreto 2206 de 1963, los artículos 1º parágrafo 4º, 5º parágrafos primero y segundo y el artículo 14 de la Ley 5a. de 1973, los artículos 2º ordinal 1o., 15 y 17 del Decreto 2645 de 1980 y los artículos 1º, 4º 6º y 8º de la Ley 21 de 1985.

ARGUMENTOS DE LA PARTE OPOSITORA

El señor apoderado de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a la declaratoria de nulidad solicitada en la demanda y fundamentó su defensa, en síntesis en:

De conformidad con la Ley 45 de 1923 artículo 87 y el Decreto 1939 de 1986 artículo 3º literal h), la Superintendencia es la entidad competente para establecer normas generales sobre la contabilidad de las entidades financieras, razón por la cual considera que la Resolución demandada, no está asignando duchas funciones a la Superintendencia Bancaria, sino que reconoce que esta es la autoridad competente para ejercerlas.

De acuerdo con lo anterior, anota que no puede afirmarse la violación de las normas citadas en la demanda, tales como los artículos 55, 20, 63,135 de la Constitución Nacional, los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º del Decreto 2206 de 1963.

Precisa que la Junta Monetaria, a través de la Resolución 72 de 1987 ejerció las facultades que le asignan los artículos 5º de la Ley 5a. de 1973, 7º y 8º del Decreto 1562 de 1973 y 15 del Decreto 2645 de 1980 con relación a los Títulos de Fomento Agropecuario Clase A y defirió a la Superintendencia Bancaria, que es la entidad legalmente facultada para ello, la regulación de los aspectos contables y del fortalecimiento patrimonial de los establecimientos bancarios con los rendimientos causados por la inversión en los citados títulos.

Insiste en los anteriores planteamientos para concluír que tampoco hubo violación de las leyes 5a. de 1973, 7a. de 1923, 21 de 1985, ni de los Decretos 1562 de 1973, y 2645 de 1980.

Finalmente se refiere a la equivocada calificación que de la Superintendencia Bancaria hizo el actor cuando afirma que es un establecimiento público.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El señor apoderado de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público insiste en los planteamientos hechos al contestar la demanda.

Por su parte, el actor en su alegato final insiste en los planteamientos de la demanda, cuestiona los argumentos expuestos por el opositor sobre la "bondad" de la medida y afirma que "...la prudencia no es fuente de competencia administrativa". Y agrega que la reglamentación que según el acto demandado le corresponde dictar a la Superintendencia Bancaria no tiene carácter contable, afirmación que la sustente en que:

> "Existen principios generales como son los contenidos enel Código de Comercio y leyes especiales, como las contenidas en la Circular 57 de 1978, orgánica de normas de contabilidad, y otras afines y con la simple lectura de los artículos 48 a 60 del Código de Comercio se percibe claramente que la contabilidad es un medio que facilita el conocimiento del estado de los negocios del comerciante,que su fin es suministrar una historia clara, completa y fidedigna de los negocios, según el Artículo 50 del Código de Comercio".

CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado conceptúa que deben negarse las pretensiones de la demanda y afirma:

> **"El escrito inicial, básicamente, se limita a exponer una simple afirmación, o sea la de que, en el precepto que acusa, la Junta Monetaria delega**

a la Superintendencia Bancaria, sin tener facultades que le son propias y confiere a dicha Superintendencia, sin la debida autorización, determinadas atribuciones. Esta afirmación le permite concluír que la supuesta irregularidad en que incurrió la Junta Monetaria viola las disposiciones constitucionales y legales arriba relacionadas.

"Realmente sorprenden las pretensiones de la demanda puesto que a simple vista y sin necesidad de hacer ningún esfuerzo mental, se observa que la frase "conforme a la reglamentación que expida al efecto" no indica, ni expresa ni tácitamente, que la Junta Monetaria esté delegando o confiriendo atribuciones a la Superintendencia. El sentido común y la lógica más elemental señalan que la Junta Monetaria, al decir que cuando así lo autorice la Superintendencia Bancaria y conforme a la reglamentación que expida al efecto, no hace más que respetar o remitirse a las facultades que en estas materias pueda tener la mencionada Superintendencia.

"En estas condiciones, si la disposición acusada no delega ni confiere atribuciones, es obvio que sobra el estudio de las normas supuestamente violadas pues estas fueron señaladas por la demanda para destacar la idea de que la Junta Monetaria carece de competencia para delegar o conferir atribuciones".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tal como se dijo en el auto que negó la suspensión provisional de la norma demandada, para resolver la controversia planteada es necesario precisar en primer término, si las cuestiones a que hace referencia el acto demandado, corresponden al ámbito de competencia de la Superintendencia Bancaria.

Las normas que atribuyen competencia a la Superintendencia Bancaria, concretamente la Ley 45 de 1923 en su artículo 87, prescriben:

"Todo establecimiento bancario conformará sus métodos de contabilidad y sus constancias a las ordenes que al respecto le haya dado el Superintendente, de acuerdo con el artículo 47 de esta ley. Todo establecimiento bancario que rehuse o descuide obedecer tal orden después de un aviso del Superintendente en que se le de una tregua razonable para ello, estará sujeto a una multa de cien pesos por cada día de renuencia o descuido".

Por su parte, la última disposición que regula la estructura y funciones de la Superintendencia Bancaria, el Decreto 1939 de 1986 dispone:

"Artículo 3º. Los objetivos y funciones antes señalados los desarrollará la Superintendencia Bancaria mediante las siguientes acciones:

...

"h) Fijar las reglas generales que deben seguir las instituciones vigiladas en su contabilidad, sin perjuicio de la autonomía reconocida a estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, siempre que estos no se opongan, directa o indirectamente, a las instrucciones generales impartidas por la Superintendencia".

...

La Sala considera pertinente las transcripciones anteriores por cuanto se trata de las normas que desde la creación misma de la Superintendencia Bancaria (1923) le atribuyeron facultades para establecer normas generales con relación a los métodos contables, que deben acatar las instituciones vigiladas y las que actualmente definen su competencia sobre dicha materia.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Superintendencia Bancaria tiene competencia expresa para fijar las reglas generales que deben seguir las instituciones vigiladas en su contabilidad.

Ahora bien, por su parte, la Junta Monetaria, de conformidad con lo dispuesto en las Leyes 5 de 1973, 7 de 1973, 21 de 1985 y en los Decretos 2206 de 1963, 1562 de 1973 y 2645 de 1980, tiene facultades para reglamentar la inversión en títulos de fomento Agropecuario Clase A, facultad que ejerció de manera precisa y expresa en la Resolución No. 72 de 1987, la cual en su artículo 8º dispuso que:

"Artículo 8º. Por lo menos seis puntos porcentuales del rendimiento fijado para los Títulos de fomento Agropecuario Clase "A", conforme a la presente resolución, deberabán destinarse por los establecimientos bancarios a constituír una provisión especial para protección de cartera; cuando esta provisión exceda el mínimo requerido por las normas de la Superintendencia Bancaria dichos rendimientos deberán ser capitalizados con sujeción a las instrucciones que imparte esta superintendencia.

"Así mismo, los rendimientos adicionales de los Títulos de Fomento Agropecuario clase "A" que hayan recibido los establecimientos bancarios en virtud de lo dispuesto en las Resoluciones 29 de 1984, 103 de 1985, 2 y 37 de 1987, deberan ser capitalizados con sujeción a las instrucciones que al efecto imparta la Superintendencia Bancaria".

Y la misma facultad fue ejercida en la resolución impugnada, en la cual precisa que se entiende por capitalización de los rendimientos para efectos de lo dispuesto en el ya transcrito artículo 8º de la Resolución No. 72 de 1987 y autoriza que en los términos en que lo reglamente la Superintendencia Bancaria los referidos rendimientos podrán destinarse a fortalecer patrimonialmente la entidad, mediante su distribución en bonos obligatoriamente con-

vertibles en acciones, incrementos en la reserva legal, y si ello fuere necesario, a la constitución de reservas especiales para la protección de activos, todo lo cual se refiereal manejo contable que las entidades vigiladas deben dar a los rendimientos de la citada inversión en títulos de Fomento Agropecuario Clase A.

El actor en su alegato final afirma lo contrario pero no prueba su afirmación.

Es del caso precisar, además, que la misma Resolución 72 de 1987 establece que será la Superintendencia Bancaria la entidad encargada de que se cumplan las reglamentaciones generales sobre la inversión en cuestión.

En el caso de autos, no es válida la argumentación de la parte actora en el sentido de afirmar que las decisiones de la Junta Monetaria no pueden ser limitadas, por actos de la Superintendencia Bancaria, ni que su aplicación depende de esta última.

En efecto, la reglamentación expedida por la Junta Monetaria en sus Resoluciones 72 de 1987 y 23 de 1988 se cumplen, y en lo relacionado con la cuestión contable, su regulación le corresponde expedirla a la Superintendencia Bancaria de conformidad con las normas transcritas al comienzo de esta parte considerativa.

Según lo anterior, es claro para la Sala que el acto demandado de la Junta Monetaria, ni asigna funciones a la Superintendencia Bancaria, ni le delega funciones, solamente reconoce en dicha entidad, a la autoridad competente de conformidad con la ley para regular el manejo contable de los rendimientos de los Títulos de Fomento Agropecuario Clase A y por ello, no puede aceptarse, tampoco la afirmación de que las decisiones de la Junta Monetaria, en el caso del acto demandado quedarían condicionadas a la actuación de la Superintendencia Bancaria, porque se trata de competencias que más que condicionarse entre sí, se complementan.

Además, se observa que de acuerdo con todo lo anterior, la Superintendencia Bancaria tiene la competencia en cuestión con base en expresas normas de carácter legal, e independientemente de la Resolución demandada.

En cuanto al tema que plantea el señor apoderado de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sobre la naturaleza jurídica de la Superintendencia Bancaria, refiriéndose a la afirmación del actor de que se trata de un establecimiento público, tema que se planteó en el auto que negó la suspensión provicional del acto demandado, considera la Sala que si bien no incide para resolver la controversia planteada, si es del caso precisar que a partir, de la reforma administrativa de 1968, en la cual se definieron de manera precisa las diferentes clases de entidades que estructuran la rama ejecutiva

del poder público en el nivel nacional, una superintendencia tiene características propias, diferentes de las que distinguen a un establecimieto público.

Por último, es del caso anotar como la técnica utilizada en la demanda resulta inadecuada, ya que sólo se demandaron algunos términos del artículo en cuestión, la anulación de los cuales no modificaría el sentido de la norma.

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:

No prosperan las pretensiones de la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese, archívese el expediente y cúmplase.

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/ IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Medellín/ **TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO**

El Municipio de Medellín, no puede cobrar impuesto de industria y comercio sobre actividades gravadas con el impuesto, ejercidas en territorio distinto a su jurisdicción. Tampoco el hecho de que un municipio se abstenga de ejercer su potestad tributaria o de recaudar sus impuestos autoriza a otro para gravarlo. (Ejercicio fiscal de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2700. Actor: INTEGRAL S.A. contra MUNICIPIO de MEDELLIN. Apelación de la sentencia del 4 de agosto de 1989 del Tribunal Administrativo de Antioquia - Juicio de Impuesto de Industria y Comercio 1984. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Municipio de Medellín, contra la sentencia del 4 de agosto de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad Integral S.A. contra la determinación del impuesto de Industria y Comercio a cargo, para la vigencia fiscal de 1984.

ANTECEDENTES

La sociedad Integral S.A. cuyo objeto social consiste en el ejercicio de la ingeniería, presentó la declaración de impuesto de Industria y Comercio correspondiente al año de 1984, con detalle tanto de los ingresos como por las obras realizadas

en el Municipio de Medellín y fuera de él, señalando como base gravable únicamente los ingresos recibidos por concepto de honorarios dentro de Medellín, ya que los demás los obtuvo como intermediario para el pago de salarios y prestaciones sociales por cuenta de terceros.

Por su parte la Secretaría de Hacienda Municipal, mediante Resolución 077 de diciembre 19 de 1984 (fl.27), fijó el impuesto de Industria y Comercio a la sociedad contribuyente, incluyendo la totalidad de los ingresos percibidos por la sociedad y sancionó por inexactitud.

Inconforme la sociedad recurrió en reposición ante el mismo Municipio quien mediante Resoluciones 1471 de mayo 6 de 1986 y SH-17-192 de septiembre 15 de 1986, accedió a descontar de la base gravable los ingresos por contratos realizados en Bogotá y los gastos reembolsables, manteniendo la sanción por inexactitud.

La contribuyente acudió entonces en juicio de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, alegando violación de la Constitución Nacional en su artículos 5º, 26 y 197; el Acuerdo 47 de 1983, artículos 52, 57 y 63; Código de Régimen Político y Municipal artículo 140; Código de Procedimiento Civil artículo 149 y Decreto 01 de 1984 artículos 35 y 44.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, accediendo a las súplicas de la demanda, declaró la nulidad del acto administrativo demandado y ordenó como consecuencia al Municipio de Medellín, elaborar una nueva liquidación del mencionado impuesto, sin imponer sanción de inexactitud e incluyendo en la base gravable únicamente los honorarios recibidos por ejecución de contratos en Medellín, al considerar que el Municipio carece de competencia para gravar actividades comerciales, industriales y de servicios que se llevan a cabo fuera de sus límites de juris- dicción, así como al reintegro de las sumas consignadas en exceso, sujetas al reajuste prescrito por el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

LA APELACION.

Apela la sentencia la apoderada judicial del Municipio, alegando que no basta afirmar la competencia del Municipio dentro del respectivo territorio, sino que el contribuyente debe acreditar que sus actividades industriales, comerciales y de servicios se ejercen fuera del Municipio de Medellín, y que además del contexto del contrato, llevado al proceso por los peritos, puede observarse que si bien la obra sobre la cual recae el estudio y diseño esta fuera de Medellín, no puede afirmarse que la actividad gravable se ejecuto en el Municipio de San Rafael y que además la actividad directiva, administrativa y operativa en relación con el citado contrato, se desarrolla en la ciudad de Medellín y que solo de manera ocasional, funcionarios

de la empresa se desplazaron a otras localidades para realizar los estudios de suelos, mediciones, etc.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor JAIME OSSA ARBELAEZ, Fiscal Tercero de la Corporación, estima que el fallo apelado debe confirmarse, atendiendo a la doctrina de la Corporacion, especialmente a la sentencia del 25 de septiembre de 1989, conforme con la cual el gravamen se impone en función de la actividad industrial, comercial o de prestación de servicios dentro de una jurisdicción y que es entonces evidente el desbordamiento en que incurrió la Administración al excluir de la base gravable lo percibido por la empresa en Bogotá, dejando de lado los ingresos recibidos en otros Municipios como Rionegro, Montelíbano y la Guajira.

Comparte así mismo el criterio del Tribunal en cuanto a la improcedencia de la sanción por inexactitud.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia, especialmente en la sentencia del 25 de Septiembre de 1989, que cita la Fiscalía, proferida al conocer la demanda de nulidad impetrada contra el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3070 de 1983, precisó el alcance y contenido del artículo 32 de la Ley 14 de 1983 en armonía con los artículos 33, 34 y 35 *ibídem* y destacó la Ley 14 de 1983 como el marco legal dentro del cual debe desarrollarse la actividad tributaria local, sin que un municipio esté autorizado para gravar actividades que se ejerzan en jurisdicción distinta a su propio territorio.

Tal fundamento se encuentra además en la misma Constitución Nacional, cuando en su artículo 5º prevé la existencia de las entidades territoriales y establece en el artfculo 197 que el Concejo es una autoridad propia de cada municipio. Por esta razón el Municipio de Medellín, no puede cobrar impuesto de Industria y Comercio sobre actividades gravadas con el impuesto, ejercidas en territorio distinto a su jurisdicción. Tampoco el hecho de que un municipio se abstenga de ejercer su potestad tributaria o de recaudar sus impuestos autoriza a otro para gravarlo.

La circunstancia de que una sociedad tenga su sede administrativa en una municipalidad, y desde alli controle la prestación de servicios que se ejercen en otros municipios, no es suficiente para considerarlo sujeto pasivo del impuesto con relación a los ingresos obtenidos por ejecución de trabajos o por la prestación de servicios (interventorías, estudio de suelos) de obras que se ejecutan fuera de su territorio, pues es irrefutable que para el ejercicio de tal actividad necesariamente debe utilizarse la infraestructura de ese otro municipio y que la ley no grava a los sujetos pasivos del impuesto de Industria y Comercio en razón de su domicilio,

residencia o ubicación, sino que los grava en razón de la actividad de industria, comercio o servicio que ejecute en el territorio de su jurisdicción.

Por esta razón, comparte la Sala el Concepto del Agente del Ministerio Público como las consideraciones del juez de primera instancia.

Como lo relativo a la improcedencia de la imposición de la sanción por inexactitud, no fue objeto de apelación, la Sala no considera este aspecto.

En merito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de ia República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn,* Aclaración de voto; *Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

ACLARACION DE VOTO
DEL DOCTOR CARMELO MARTINEZ CONN

Bogotá, D.E., veintiseis (26) de junio de mil novecientos noventa (1990.

Referencia: Expediente No. 2700.

La aclaración que debo de hacer al voto favorable que día esta providencia es para precisar que el suscrito salvó su voto a la sentencia de 25 de septiembre de 1989, por la cual la mayoría de la Sala anuló el parágrafo del artículo 1º del Decreto Reglamentario 3070 de 1983, reglamentario de la Ley 14 de ese año, por cuanto estimé entonces y lo reitero ahora, que cuando la actividad es la industrial la base del gravamen no puede ser otro que la producción industrial total de la fábrica o industria, sea que se venda en el mismo municipio o en el resto del país, en atención a que debe gravarse la actividad industrial y no la de comercio como se acepta en la sentencia a la cual me refiero, ya que se desechó el criterio del Decreto Reglamentario en el sentido expuesto por mí.

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ EXENCION/ SANCION POR INEXACTITUD - Improcedencia

Por estar vigente al fenecimiento del ejercicio fiscal, el Acuerdo 21 de 1983 en principio es aplicable a todo el período, salvo que exista disposición específica que regulando determinados aspectos señale su momento de aplicación. El hecho de que la dirección de impuestos distritales incurriera en error al señalar como vigente una exención que no estaba para 1983, no exonera al contribuyente del impuesto de industria y comercio de conocer el acuerdo que establece el impuesto. Sin embargo, para efectos de la sanción por inexactitud, la culpa es de la administración al indicarlo así en la "Cartilla guía de la dirección de Impuestos Distritales" y en manera alguna imputable al contribuyente razón por la cual la imposición de la sanción no es procedente (Ejercicio fiscal de 1984).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2428. Actor: EDITORIAL NORMA S.A contra DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. Apelación de la Sentencia del 19 de octubre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio del restablecimiento del derecho del Impuesto de Industria y Comercio por el año fiscal de 1983. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, Dra. Dioselina Parra de Rincón, contra la sentencia del 19 de octubre de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del acto administrativo por el cual el Distrito Especial de Bogotá determinó el impuesto de Industria y Comercio por la vigencia fiscal de

1984 a la sociedad Editorial Norma S.A., dentro del proceso de restablecimiento del derecho que contra el mismo acto administrativo intentó la sociedad contribuyente.

1. ANTECEDENTES

1.1. La sociedad Editorial Norma S.A., presentó ante la Dirección Distrital de Impuestos su declaración de Industria y Comercio correspondiente al período gravable de 1983, el día 25 de abril de 1984, denunciando como actividad desarrollada la descrita en el código 205 del artículo 22 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá, solicitó exenciones por valor de $423.233.760 por concepto de venta de textos escolares, y deducciones por valor de $113.615.692.

1.2. Frente a esta declaración, la Dirección Distrital de Impuestos requirió al contribuyente con el fin de que aclarara y presentara las pruebas relacionadas con las exenciones y deducciones solicitadas.

1.3. Editorial Norma S.A., por conducto del representante legal, dió respuesta al requerimiento el 14 de enero de 1986, pero no acompañó la prueba contable, ni otras pruebas relacionadas con los conceptos cuestionados.

1.4. Como consecuencia, la Dirección Distrital de Impuestos practicó liquidación No. 65.470 de fecha 26 de febrero de 1986 (fl.10 Cdno. de Antecedentes) mediante la cual le desestimó la totalidad de las exenciones y deducciones solicitadas por no ser procedentes e impuso a la sociedad contribuyente la correspondiente sanción por inexactitud.

1.5. Inconforme la sociedad recurrió en apelación ante la Junta Distrital de Hacienda, entidad que realizó un exahustivo análisis de la situación tributaria de la recurrente y consideró que tanto la Dirección de Impuestos Distritales como el mismo contribuyente incurrieron en error pues la base real imponible, fue la suma de $59.161.412.32 y no la determinada por ellos como consecuencia de haber excluido partidas, que configuraban la base gravable (exenciones no procedentes) y haber incluído otras que no debieron hacer parte de la misma; sinembargo, aplicando el principio de la "*reformatio in pejus*", confirmó la liquidación recurrida, pues de haberla revocado y practicado una nueva, se haría mas gravosa la situación del apelante.

En vista del resultado obtenido en el recurso, la sociedad Editorial Norma S.A. acudió en acción de restablecimiento del Derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que a la sociedad contribuyente no se le desconoció la totalidad de las de ducciones solicitadas, sino

que la sociedad consignó una base gravable distinta a la que realmente le correspondía, al no incluir dentro de la misma, los descuentos en ventas en cuantía por $175.071.468 anuales, así como otros ingresos por valor de $38.848.057, mientras que estos valores si fueron tomados en cuenta por Junta Distrital de Hacienda al resolver el recurso de apelación.

Sin embargo, ante los cargos de violación de los artículos 26 de la Constitución Nacional; 5º y 47, parágrafo único, del Acuerdo 21 de 1983, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, consideró que quien se había anticipado públicamente a interpretar el Acuerdo 21 de 1983 y orientar al contribuyente en tal sentido, fue la misma autoridad distrital al publicar como órgano de la Secretaría, la Cartilla Guía para declarar Industria y Comercio la que indujo a error al contribuyente al indicarle que por el año gravable de 1983, era procedente la exención de impuestos por la venta de textos escolares, y que en ningún momento en el requerimiento se advirtió a la sociedad que dicho beneficio fiscal no operaba sino a partir del 1o. de enero de 1984.

En consecuencia practicó una nueva liquidación reconociendo el valor de las exenciones y deducciones solicitadas en la declaración tributaria presentada por la sociedad, y mantuvo la sanción por inexactitud.

LA APELACION

La apoderada judicial del Distrito Especial de Bogotá, cuestiona la sentencia del *a-quo*, al considerar que en ella no se tuvo en cuenta las manifestaciones hechas por la Junta Distrital de Hacienda al resolver el recurso de apelación, en donde claramente se especifica la base real gravable, superior a la declarada por la sociedad contribuyente y a la determinada por la misma Dirección de Impuestos Distritales, pero que en virtud del principio de favorabilidad no se practicó nueva liquidación de acuerdo con la base real, porque haría más gravosa la situación del apelante.

Manifiesta asi mismo que no es procedente deducir de la base gravable la suma de $423.233.760 por concepto de exenciones, en razón de que la norma consagra tal beneficio fiscal a partir del 1o. de enero de 1984 y que de la misma manera como no puede existir tributo sin una ley que lo declare, igualmente las exenciones tributarias deben estar reconocidas en una norma.

CONCEPTO DEL FISCAL

El Doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, considera que la sentencia debe confirmarse en el sentido de proceder al reconocimiento de las deducciones, ya que en lo demás, los actos acusados no violan el artículo 5º numeral 10 del Acuerdo 21 de 1983 del Concejo de Bogotá, porque la exención allí prevista se aplica sólo a partir del año de 1984; por lo tanto, las pretensiones

de la demanda en este aspecto deben rechazarse. Estima que inexplicablemente, pese a que el Tribunal llegó a la misma conclusión, contrariándose asi mismo anuló los actos acusados y justificó su decisión en la existencia de un hecho ajeno al acto acusado, cual es la comisión de error por parte del contribuyente al solicitar exenciones improcedentes, supuestamente inducido por las instrucciones dadas en la "Cartilla Guía para declarar" que como publicación oficial, editó la misma dirección de Impuestos Distritales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Encuentra la Sala que el motivo de controversia radica en el reconocimiento por parte del *a-quo* de la exención equivalente al 70% del ingreso por venta de textos escolares, por haberse indicado así en las instrucciones que sobre declaración del impuesto de Industria y Comercio para el año de 1983, publicó la Dirección Distrital de Impuestos.

Para precisar la legalidad del reconocimiento basta con determinar si la normatividad sustantiva vigente para el período fiscal de 1983 consagró en alguna de sus disposiciones ese beneficio fiscal.

En materia de impuesto de Industria y Comercio en el Distrito Especial de Bogotá, con anterioridad al Acuerdo 21 de 1983, regía el Acuerdo 10 de 1974, sin que en ninguna de sus disposiciones se encuentra la exención por la venta o expendio de textos escolares; por el contrario, el artículo 10 gravaba el expendio de libros y textos escolares con la tarifa 1.9o/oo. El Acuerdo 21 de 1983 que lo subrogó, ordenó en su artículo 120 que el mismo entraba a regir a partir de la fecha de su sanción, esto es, el 22 de diciembre de 1983, de donde cabe deducir, confirmando la reiterada doctrina de esta Corporación, que por estar vigente al fenecimiento del ejercicio fiscal (diciembre 31 de 1983) en principio es aplicable a todo el período, salvo que exista disposición específica que regulando determinados aspectos señale su momento de aplicación. Este es precisamente el caso de la exención discutida, regulada por el Acuerdo 21 de 1983 en su artículo 5º que expresa:

> "ARTICULO 5º. EXENCIONES. Las siguientes actividades estarán exentas de impuestos de Industria y Comercio y avisos por un término de cinco (5) años a partir del 1o. de enero de 1984, en los montos y porcentajes que a continuación se señalan, sobre sus ingresos brutos:
>
> "1o. - ...
>
> "2o. - ...
>
> "3o. - ...
>
> "4o. - ...
>
> "5o. - ...

"6o. - ...

"7o. - ...

"8o. - ...

"9o. - ...

"10. - El expendio de textos escolares quedan exentos en un 70% de sus ingresos brutos. (Subrayas de la Sala).

El contexto literal de la norma es claro al disponer que las exenciones señaladas en el artículo transcrito se conceden por el término de 5 años contados *a partir del 1o. de enero de 1984* y no antes.

Por esta circunstancia no prospera el cargo de violación que contra la citada norma arguye la demanda.

No comparte la Sala la apreciación del Tribunal al dar a unas instrucciones u opiniones de funcionarios de la Dirección de Impuestos Distritales un efecto jurídico que contradice el texto escrito de la ley como es el de declarar una exención convigencia anticipada a la señalada en la norma.

El hecho de que la Dirección de Impuestos Distritales incurriera en error al señalar como vigente una exención que no lo estaba para 1983, no exonera al contribuyente del impuesto de Industria y Comercio de conocer el Acuerdo que establece el impuesto. De todos modos, en este caso, el contribuyente no alega ignorancia de los términos del Acuerdo 21 de 1983 del Cabildo Distrital.

Sin embargo para efectos de la sanción por inexactitud en que incurrió el contribuyente al solicitar las exenciones no vigentes, la culpa es de la Administración al indicar asi en la "Cartilla Guía de la Dirección de Impuestos Distritales" y en manera alguna imputable al contribuyente razón por la cual la imposición de la sanción no es procedente, y, además, por cuanto la visita de la Administracion que concluyó con la imposición del gravamen y la sanción se debió a la información que obtuvo de la contribuyente.

En consecuencia la sentencia del Tribunal, en cuanto anula los actos de la Administración Distrital debe revocarse y confirmar la liquidación oficial No. 65.470 de la Dirección de Impuestos Distritales en cuanto a la determinación del gravamen se refiere, pero no en relación a la imposición de la sanción.

Conforme con los siguientes términos:

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,

Imp. Ind. y Co.	Código	Base Mensual	Tarifa	Impuesto Mensual	Impuesto Anual
	205	$53.262.140	2o/oo	$106.524.28	$1.278.288
Impuesto de Avisos, el determinado no varía					191.743
Art. 115 Parágrafo Transitorio, el determinado no varía					639.140
Total a cargo del Contribuyente...					$2.109.171
Obran al expediente folios 97 a 105 del cuaderno principal recibos que acreditan pagos por valor de...					$1.010.904
Total a pagar...					$1.098.267

FALLA:

1. REVOCASE LA SENTENCIA del 19 de octubre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la sociedad EDITORIAL NORMA S.A. contra la determinación administrativa del impuesto de Industria y Comercio por el período fiscal de 1983.

2. FIJASE EN LA SUMA DE DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL pesos ($2.109.171), el valor total del impuesto de Industria y Comercio y complementarios que por el año gravable de 1983, debe pagar la sociedad EDITORIAL NORMA S.A por el año gravable de 1983. Valor sobre el cual se acreditará el valor de $1.010.904, ya cancelada por la sociedad contribuyente según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

Nota de Relatoría: La sentencia anterior fue corregida por proveído del 7 de septiembre de 1990, publicado a continuación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., septiembre siete (7) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. 2428. Actor: EDITORIAL NORMA S.A. Impuesto de Industria y Comercio 1982. Aclaración de la sentencia del 22 de junio de 1990. AUTO.

En escrito radicado el 29 de agosto de 1990, la apoderada del Distrito Especial de Bogotá, solicita corrección de la sentencia del 22 de junio de 1990, en virtud de la cual se falló la apelación en el juicio de restablecimiento del derecho intentado por la Sociedad Editorial Norma S.A., contra el acto administrativo de determinación del impuesto de Industria y Comercio por el año fiscal de 1983, vigencia de 1984, en razón de que la suma en letras no coincide con la indicada en números.

Dice así el numeral segundo de dicha providencia:

"2. FIJASE EN LA SUMA DE DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y UN MIL pesos ($2.109.171), el valor total del impuesto de Industria y Comercio y complementarios que por el año gravable de 1983, debe pagar la sociedad EDITORIAL NORMA S.A. por el año gravable de 1983. Valor sobre el cual se acreditará el valor de $1.010.904, ya cancelada por la sociedad contribuyente según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".

Texto literal que efectivamente evidencia una inconsistencia en la cantidad señalada en letras, siendo la correcta la indicada en números, discordancia que debe ser corregida y aclarada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 309 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta,

RESUELVE:

El numeral 2o. de la sentencia de junio 22 de 1990, proceso 2428 EDITORIAL NORMA S.A. queda así:

2. FIJASE en la suma de DOS MILLONES CIENTO NUEVE MIL CIENTO SETENTA Y UN PESOS ($2.109.171) M/CTE., el valor total del impuesto de Industria y Comercio que por el año gravable de 1983, debe pagar la sociedad EDITORIAL NORMA S.A., valor sobre el cual se acreditará la suma de UN MILLON DIEZ MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS ($1.010.904), ya cancelada por la sociedad contribuyente según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DISTRITAL DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ BASE GRAVABLE/ HECHO IMPONIBLE/ TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO

Siendo la materia imponible del Impuesto de Industria y Comercio la actividad comercial, industrial o de servicios, lo relevante es determinar el donde realiza esa actividad el sujeto gravado, no en donde se entiende realizada la venta. Porque la venta es el hecho generador o manifestación externa del hecho imponible y a la vez elemento constitutivo de la base gravable y la territorialidad del tributo se predica de la materia imponible, no del hecho o base gravable.

DECLARA LA NULIDAD del paráfrago 4o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, expedido por el consejo del Distrito Especial de Bogotá que dice: "Art. 20, parágrafo 4o. Se entiende que una actividad comercial o de servicio se realiza fuera de Bogotá cuando el acto de venta de los productos o servicios o la suscripción del contrato respectivo se cumple fuera del Distrito Especial".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintidos (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente 2180. Actor Jaime González Bendiksen. Asuntos Municipales. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 6 de febrero de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda en el juicio de nulidad contrael inciso 1o. y parágrafo 4o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983.

ANTECEDENTES

En el libro presentado el 18 de diciembre de 1986, el actor solictó mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, la declaración de nulidad del inciso 1o. y del parágrafo 4o. del artículo 20 del Acuerdo 21 del Concejo de Bogotá, argumentando la violación de los artículos 197 Ordinal 2o. de la Constitución Política; 13 ordinal 2o. del Decreto 3070 de 1983, al pretender gravar en Bogotá actividades realizadas en otros municipios, cuando no hayan pagado el gravamen en ellos.

Las normas acusadas son del siguiente tenor:

ARTICULO 20. "El contribuyente que perciba ingresos por actividades comerciales o de servicios realizados en lugares distintos de Bogotá, podrá descontar de la base gravable los ingresos obtenidos en esos municipios.

Parágrafo 1o. ...

Parágrafo 2o. ...

Parágrafo 3o. ...

Parágrafo 4o. Se entiende que una actividad comercial o de servicios se realiza fuera de Bogotá cuando el acto de venta de los productos o servicios o la suscripción del contrato respectivo se cumple fuera del Distrito Especial".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, luego de hacer transcripción textual de las normas supuestamente violadas, consideró que no es viable acceder a las súplicas de la demanda en razón de que:

1. Mientras el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 señala la materia imponible en el Impuesto de Industria y Comercio; en inciso 1o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983, señala un factor de depiración de la base gravable, cuando se realizan actividades de comercio y servicio fuera de Bogotá, sin que se de la transgresión alegada.

2. Que frente al artículo 1º del Decreto 3070 de 1983, que reglamenta la manera como deben contabilizarse los ingresos obtenidos en las actividades gravadas cuando estas se desarrollan a través de sucursales, agencias o establecimientos de comercio, la norma acusada regula una situación distinta sin desconocer ni la materia imponible, ni la base gravable fijada en la ley sustantiva.

3. Que tampoco el parágrafo 4o. del artículo 20 del Acuerdo acusado viola las normas susantivas, sino que precisa, dentro del concepto de materia imponible y base gravable fijadas en la ley sustantiva, que debe entenderse por actividad

comercial y de servicios realizada fuera del Distrito Especial de Bogotá, situación que facilita la aplicación de la ley sin transgredirla.

LA APELACION

En el escrito de sustentación el apelante manifiesta que la sentencia del *a-quo* debe revocarse y declarar la nulidad pedida, porque:

1. Una simple lectura del inciso acusado permite concluir que es violatorio de los artículos 32 de la Ley 14 de 1983 y del artículo 1º del Decreto 3070 de 1983, ya que al señalar "que se podrá descontar de la base gravable" los ingresos obtenidos en lugares distintos a Bogotá", implica que obliga a declarar la totalidad de los ingresos obtenidos por el contribuyente a nivel nacional, con lo cual amplía la base tributaria permitida por la ley, para luego, como gran concesión, se permita hacer ciertos descuentos, lo cual no contempla la ley, condicionados al cumplimiento de requisitos no consagrados en la ley.

Que en consecuencia, la norma demandada desborda la potestad impositiva de los Concejos Municipales transgrediendo los artículos 197 de la Constitución Nacional y 13 del Decreto 3133 de 1968.

2. Que el parágrafo 4o. acusado, viola el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, pues equivale a gravar en Bogotá actividades realizadas fuera de ella, al condicionar el no gravamen de estos ingresos, a una solemnidad cual es que el acto de venta de los productos o servicios, o la suscripción del contrato respectivo se cumpla fuera del Distrito, ignorando por completo el municipio en donde efectivamente se realicen dichas actividades, con lo cual quedan gravadas por el hecho de firmar un contrato en Bogotá, las actividades que han de ejercitarse en otro municipio, hecho este que además implica una doble tributación.

OPOSICION

El representante judicial del Distrito Especial de Bogotá, se opone a las pretensiones del apelante, afirmando que el Acuerdo 21 de 1983, en su artículo 20 parágrafo 4o. sólo se limita a desarrollar el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, y que el contribuyente debe, al presentar su declaración en Bogotá, descontar los ingresos obtenidos por actividades en municipios diferentes, lo cual está de acuerdo con el artículo 197 ordinal 2o. de la Constitución Nacional.

Que igualmente el parágrafo demandado determina, para efectos de lo señalado en el artículo 1º del Decreto 3070 de 1983, cuando se entiende realizada la actividad comercial o de servicios en otros municipios.

CONCEPTO DEL FISCAL

El doctor Jaime Ossa Arbeláez, Fiscal Tercero de la Corporación, conceptúa que la sentencia apelada debe confirmarse porque las normas acusadas no cambian el esquema de la materia imponible o hecho gravado, señalados por el artículo 32 del la Ley 14 de 1983, ni la forma, como deben reigstrarse contablemente dichas actividades en cada municipio, indicada en el artículo 1º del Decreto 3070 de 1983, sino que consagra un factor de depuración de la base gravable, al permitir descontar las ventas realizadas en territorios diferentes al de Bogotá, y cita para fundamentar su criterio la sentencia de octubre 21 y del 2 de diciembre de 1988 de esta misma Corporación en donde se hacen planteamientos similares a los de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Aunque los temas contemplados en las dos partes acusadas del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 guardan vinculación por referirse ambos a la determinación de la base gravable del Impuesto de Industria y Comercio, comprenden dos aspectos que es necesario examinarlos por separado, a saber:

1. En el contenido del primer inciso o enunciado del artículo cuando dispone que el contribuyente que perciba ingresos por actividades comerciales o de servicios realizados en lugares distintos de Bogotá, *podrá descontar de la base gravable* los ingresos obtenidos en esos municipios, no percibe la Sala la consagracion de una base gravable distinta o más amplia que la señalada por la Ley 14 en su artículo 33 como el "promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior" y que no fue invocado por el actor. El artículo 32 al cual se refirió este, contempla la materia imponible (ejercicio de una actividad comercial en un área municipal), mas no la base gravable que es el tema al cual se refiere la norma acusada, aunque de manera ciertamente inapropiada. Pero mal puede intepretarse este aparte del Acuerdo en el sentido de que la "base gravable" está constituida por los ingresos obtenidos dentro y fuera de Bogotá y especialmente estos últimos, lo cual sería abiertamente ilegal.

En tales condiciones no encuentra la Sala motivación suficiente para anular la primera parte del artículo 20.

2. La segunda parte, o sea, la contenida en el parágrafo 4o, que intenta una definición de lo que debe entenderse por realización de una actividad fuera de Bogotá, la acusa la demanda de transgredir el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 en cuanto se dispone como hecho imponible en las respectivas jurisdicciones municipales, según las definiciones que de aquellas dan los artículos 34, 35 y 36 en las modalidades de industrial, comercial o de servicios, complementado esto con el artículo 1º del Decreto Reglamentario 3070 de 1983 que dispone como base gravable los ingresos obtenidos en cada municipio.

Este elemento de territorialidad del gravamen en función del ejercicio en cada municipio de una actividad, la ve transgredida por el parágrafo 4o. en cuanto este lo hace depender de un formalismo o de ficciones legales que desbordan el límite en la ley.

Evidenemente, el concepto de ejercicio de actividad consagrado en el parágrafo 4o. está basado en "el acto de venta de los productos o servicios o la suscripción del contrato respectivo", ambos inaceptables dentro del contexto de la ley: el primero por su ambigüedad y porque mira más a la realización de la base gravable que del hecho imponible y el segundo porque trata de adoptar un criterio jurídico que no concuerda con la realidad.

Ya al resolver casos particulares la Sala ha tenido la oportunidad de manifestarse en contra del criterio que informa el parágrafo 4o. acusado, con la consideración de que siendo la materia imponible de este impuesto la actividad comercial, industrial o de servicios, lo relevante es determinar en donde realiza esa actividad el sujeto gravado, no en donde se entiende realizada la venta. Porque la venta es el hecho generador o manifestacion externa del hecho imponible y a la vez elemento constitutivo de la base gravable y la territorialidad del tributo se predica de la materia imponible, no del hecho o base gravable.

Adoptar como criterio que define la realización de la actividad hechos como "la suscripción del contrato respectivo" se prestaría a insolubles conflictos entre distintos municipios o a trasladar artificiosamente el lugar de la causación del gravámen, desvirtuando la realidad comercial en la que se basa la Ley 14 de 1983.

Por encontrarlo contrario a los parámetros de la ley, habrá de anularse.

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

FALLA:

1. Declárase nulo el parágrafo 4o. del artículo 20 del Acuerdo 21 de 1983 expedido por el Concejo Distrital Especial de Bogotá, que dice:

ARTICULO 20. "...

Parágrafo 4o. Se entiende que una actividad comercial o de servicios se realiza fuera de Bogotá cuando el acto de venta de los productos o servicios o la suscripción del contrato respectivo se cumple fuera del Distrito Especial".

2. No se accede a las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

LICENCIA DE CONSTRUCCION/ MULTA- Devolución

Las multas no se causan sobre la totalidad de la licencia sino proporcionales a la construcción no autorizada. La devolución de las multas no causadas no están sometidas al ajuste monetario del artículo 178 del C.A.A., sino a los intereses corrientes del artículo 140 *ibídem*.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintidós (22) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2571. Actor Jaime Orozco Cadavid. Asuntos Municipales. FALLO.

En grado de consulta ha llegado a conocimiento de esta Sala, la sentencia del 5 de mayo de 1989, por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia anuló las Resoluciones Nos. 11 de febrero 6 de 1987 y 48 de mayo 11 de 1987, expedidas por el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación Matropolitana y la No. 03 de junio 12 de 1987 expedida por el Jefe de la División de Aplicación de la misma dependencia y como consecuencia ordenó la devolución por parte del Municipio, de la suma de $4'667.653, correspondiente al mayor valor consignado en calidad de depósito, por concepto de la multa impuesta, y reajustada de acuerdo con el índice de precios al consumidor, más intereses.

ANTECEDENTES

El demandante solicitó del Departamento Administrativo de Planeación de Medellín, licencia para construir un edificio, inicialmente de cuatro pisos, en el lote No. 9, Manzana 4 de la Calle 32 F, Carrera 63A y 63 B No. 63 A-57.

Posteriormente, mediante memorial 06190 de octubre 18 de 1983, solicitó aprobación para adicionar un quinto piso, petición que fue atendida por el Departamento de Planeación Metropolitana de Medellín.

Encima del piso quinto, al lado de la sala de máquina y de una losa para tanques, el demandante construyó en área adicional de 54 metros, dos aparta-estudios, sin la autorización municipal previa.

Ante tal hecho, el Departamento de Planeación mediante Resolución 11 de 1987, impuso un recargo equivalente al 500% del valor total del impuesto de construcción, por considerar que el actor violó el Acuerdo 22 de 1980, y que construyó la adición sin licencia.

Inconforme el sancionado, interpuso los recursos correspondientes en la vía gubernativa, cuya resolución fue a sus pretensiones.

LA DEMANDA

Por esta circunstancia acudió en demanda del Restablecimiento del Derecho ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, alegando violación de los Artículos 84 del Código Contencioso Administrativo; 20 de la Constitución Nacional, porque es principio fundamental que los particulares pueden hacer todo cuanto no les esté expresamente prohibido, y el Artículo 168 del Acuerdo 022 de 1980 del Concejo Municipal de Medellín, por erróneas interpretación al ver una sola noción en donde hay tres diferentes: construcción, adición y reforma. Pide en consecuencia, se anulen los actos administrativos y se calcule nuevamente la sanción y se ordene el reintegro de la suma pagada en exceso, a precios presentes, más intereses comerciales y que el Municipio cumpla en trenta días la decisión.

LA OPOSICION A LA DEMANDA

Se opone a las pretensiones de la demanda, el Alcalde de Medellín a través de apoderado judicial por estimar que la decisión tomada por la Administración Municipal, está acorde con la normatividad legal y administrativa estipulada, y que es bien claro que el permiso otorgado por la Oficina de Planeación Municipal, fue para construir un sótano y con pisos, pero que el demandante le adicionó un sexto piso, como él mismo lo acepta, por lo cual era procedente la sanción establecida en el inciso 1o. del Artículo 168 del Acuerdo No. 22 de 1980.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, previa práctica de diligencia de inspección, considerando que no se desconocieron las normas de urbanismo locales y que el demandante sólo infringió el Acuerdo al adicionar la construcción en 54 mts2 sin licencia dentro de un total de 1.382.74 mts2, reliquidó la sanción al 100%

en forma proporcional al área construida sin licencia pero dentro de las normas de urbanismo estableciéndola en $55.948. Con base en este resultado ordenó el reintregro del exceso pagado sobre dicha suma, o sea, $4'667.653., a precios presentes, reconociendo sobre dicho monto, interés legal a la tasa del 6% de acuerdo con el Artículo 1617 del Código Civil, según se señala en la parte motiva de la providencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dispone el Acuerdo 22 de 1980, en sus Artículos pertinentes:

"166. *Licencia de construcción*. Para construir, reconstruir, reparar o adicionar cualquier clase de edificaciones, será preciso proveerse de la correspondienhte licencia, expedida por la oficina a la cual se adscriba esta función y no..."

"168. Cuando una construcción, adición o reforma fuere iniciada sin el correspondiente permiso del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos, y no se ajustare a las normas municipales vigentes sobre construcción y urbanismo, el impuesto de construcción, se liquidará con el recargo adicional del quinientos por ciento (500%) sobre el valor de dicho impuesto, quedando el dueño de la obra sometido a las sanciones, que sobre la materia contemplan las normas municipales vigentes.

"Si dicha construcción, adición o reforma, se iniciare sin el correspondiente permiso del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos, y se ajustare a las normas municipales vigentes sobre construcción y urbanismo, el impuesto, se liquidará con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el valor de dicho impuesto.

"PARAGRAFO 1o. En ambos casos se impondrán las sanciones pertinentes por haber realizado obras, sin autorización para ello.

"PARAGRAFO 2o. Los recargos de que habla este artículo, forman parte del impuesto de alineamiento".

Un análisis armónico de las normas transcritas, permite concluir que si se solicita una licencia para construir un inmueble con cierto número de pisos pero además se incorpora o construye edificación adicional, no existe duda que se ha infringido la normatividad contenida en el Artículo 166 del Acuerdo y que el infractor se hace acreedor a la sanción del 500% prevista en el Artículo 168, inciso 1o. *ibídem*, si tal construcción, adición o reforma además de carecer de licencia no se ajusta a las normas municipales vigentes sobre construcción y urbanismo; pero si la construcción sí se ajusta a tales normas, pero sin licencia, la sanción es apenas del 100% sobre el valor del respectivo impuesto.

Comparte la Sala la interpretación que del Acuerdo hizo el Tribunal Administrativo de Antioquia y la graduación de la sanción, tomando como base el costo imputable al valor de la obra adicional y el impuesto atribuible a la misma, ya qaue resultaría ilógico cobrar sanción sobre la parte de la construcción que se ha ajustado a la autorización o licencia municipal, o imponer la sanción del 500% sobre el valor del respectivo impuesto, cuando la construcción está acorde a las normas municipales vigentes sobre construcción y urbanismo, tal como resulta probado del experticio rendido por los peritos, (fls. 60 a 63 Cuaderno Ppal.), que no fue objetado en su oportunidad por el Municipio.

Por está razón, resulta procedente la nulidad de las resoluciones acusadas, así como la devolución del exceso del recargo determinado en la primera instancia.

No obstante en cuanto la providencia ordena que la devolución se ectúe, reajustada de acuerdo con el índice de precios al consumidor, considerada la Sala que tal orden judicial carece de amparo legal por las siguientes razones:

1. De acuerdo con el artículo 140 del Código Contencioso Administrativo; dispone:

> "Si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidadas a favor del Tesoro Público, deberá acompañarse el respectivo comprobante de haberse consignado en CALIDAD DE DEPOSITO, la suma correspondiente. Terminado el proceso, la cantidad deducida en la sentencia a cargo del contribuyente a deudor, ingresará definitivamente en los fondos del Tesoro y se devolverá definitivamente en los fondos del Tesoro y se devolverá al interesado el saldo que resultare, si lo hubiere, con intereses comerciales corrientes sobre este saldo desde que se hizo la consignación...".

Es decir que tratándose de sumas que ingresen precariamente el Tesoro Nacional a título de depósito, con el objeto de cumplir un requisito para acudir en demanda de restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa y que se constituyan un ingreso definitivo al Tesoro Público, por imperativo de la ley, su reintegro sólo causa el interés corriente.

2. Si bien el Artículo 178, del Código Contencioso Administrativo ordena que:

> "La liquidación de las condenas que se resulevan mediante sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor".

Dicha norma se refiere exclusivamente a la liquidación de condena, entendiendo por tal, conforme a definición dada por el Diccionario de la Real Academia:

"el pronunciar el juez sentencia imponiendo al reo la pena correspondiente", noción que aplicada al caso, implicará la obligación para el Municipio de pagar al demandante una suma que afecte o disminuya sus propios bienes o rentas, como por ejemplo, en el caso de las indemnizaciones por perjuicio o daños morales y materiales que deben pagar el Estado, como consecuencia de su actividad u omisión administrativa; pero no para el caso de devolución de depósito a título de impuestos, tasas, contribuciones o multas, en que los dineros sólo ingresan transitoria y precariamente, a una cuenta especial del Tesoro Público, con la única finalidad de cumplir un requisito exigido para la viabilidad de la acción contenciosa.

En consecuencia, la sentencia deberá ser modificada en el sentido de atender la pretensión de devolución del exceso con los intereses corrientes, como ordena el Artículo 140, pero suprimiendo la actuación monetaria.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.REVOCASE el numeral 2o. de la sentencia de mayo 5 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la parte que dice: "Esta suma se reajustará de acuerdo con los índices de precios al consumidor". En su lugar se dispone que la devolución allí ordenada se deberá hacer con intereses comerciales corrientes sobre el saldo, desde cuando se hizo la consignación. (22 de mayo de 1987, según Artículo 140 C.C.A.).

2. EN LOS DEMAS, CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Exoneración/ **ACTIVIDAD AGRICOLA/ PRODUCTO DE EXPORTACION**

Todo proceso de producción sea primario o secundario, no viene a culminar sino con la venta o comercialización del producto, y por lo tanto la venta de productos agropecuarios en estado natural o primario hecha por el productor de los mismos no puede ser gravada en el impuesto de industria y comercio. Es lógico suponer que el agricultor que vende su producto, necesariamente lo somete a un proceso de selección, limpieza, conservación y empaque, que implica utilización de insumos que no cambian la naturaleza del producto sin que pueda gravarse independientemente estos procesos de selección, limpieza y empaque.

Está vigente la prohibición de gravar los bienes destinados a la exportación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Radicación No. 2546. Actor Juan Diego Veléz Maya Contra Municipio Apartadó Asuntos Municipales. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del Alcalde de Apartadó, contra la sentencia del 15 de noviembre de 1988, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia, declaró la nulidad del artículo 1º del Acuerdo Municipal 009 del 13 de septiembrede 1986 del Concejo de Apartadó en el juicio de nulidad promovido por el ciudadano JUAN DIEGO VELEZ MAYA.

ANTECEDENTES

En libelo presentado el 17 de febrero de 1987, el actor mediante el ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del artículo 1º del Acuerdo 009 de septiembre 13 de 1986 del Concejo de Apartadó, Antioquia, mediante el cual modificó el Acuerdo 091 de 1982, gravando con el Impuesto de Industria y Comercio a la tarifa de 5 o/oo a las empacadoras de banano y plátano, argumentando violación de los artículos 197, numeral 2o. de la Constitución Nacional 99 No. 9, 123, 172. 195, 259 del Decreto 1333 de 1986, pues según criterio de la demanda, es una actividad de producción agrícola y destinada a la exportación.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a declarar la nulidad solicitada, previa práctica de prueba pericial para determinar la naturaleza de la operación como fase propia de la actividad agrícola, pues consideró que el Acuerdo violó la limitante contenida en el artículo 259 del Código de Régimen Municipal en donde prohibe a las municipalidades gravar con el impuesto, la actividad agrícola.

LA APELACION

El apoderado judicial del Municipio de Apartadó, estima que la sentencia apelada debe revocarse porque el mercado externo de banano implica un proceso, industrial selectivo y de empaque que es distinto a la simple producción agrícola, acorde con las exigencias del comprador internacional, en dólares y que el productor puede no exportar para destinarlo a la venta y consumo nacional.

Que es aquí, donde el Acuerdo 009 de 1986 encuentra un apoyo y fundamento legal, pues en si mismo no grava la producción del banano sino la labor adicional, o industrialización del mismo y que la ley contempla dentro de las facultades de los municipios la de imponer gravámenes a la actividad industrial por mínima que esta sea.

CONCEPTO DEL FISCAL

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación conceptúa que la sentencia apelada debe ser confirmada porque:

> "Para la Fiscalía es evidente que la separación de actividades de 'producción agrícola' y 'empacado' que hace la demandada no corresponde a la realidad observada por el despacho judicial en la inspección decretada en primera instancia y tampoco a la idea que tuvo el Concejo Municipal al votar el impuesto, como quiera que en primer lugar, se observó que no existen en la

región empresas empaquetadoras independientes o deslindadas de la explotación primaria del producto agrícola, sino que es el mismo productor quien con el objeto de poner el banano o plátano en las condiciones de presentación y embalaje que exige su comercializador, lo limpia y empaca. Por otra parte, es el mismo Acuerdo el que vincula la actividad que grava a la actividad productora agrícola, al disponer en el parágrafo transitorio una exención del tributo a favor de empacadoras de 'fincas con menos de veinte (20) hectáreas de producción".

"Siendo la actividad empacadora un eslabón más de la producción agrícola, veamos entonces si implica proceso alguno de transformación. Tanto la inspección judicial como la prueba pericial determinaron claramente cual es el proceso que sufre el banano y plátano para ser empacado, y no es otro que un proceso de limpieza y lavado que busca una buena presentación del producto. De manera que independientemente de la tecnología rudimentaria o sofisticada que se aplique, que pueda hacer pensar en que existe o no 'industria de producción y empaque' lo cierto es que no puede hablarse de transformación del producto" (fls. 210 y 211).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son dos puntos centrales de discusión que deben ser analizados en la presente ocasión:

- La exoneración del Impuesto de Industria y Comercio a la actividad agrícola.

- La exoneración a los productos de exportación.

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 39, Numeral 1, literales a) y e) de la Ley 14 de 1983, esta prohibido a los municipios imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria agrícola, ganadera y avícola, así como gravar la primera etapa de transformación realizada en predios rurales cuando se trata de actividades de producción agropecuaria, con excepción de toda industria donde haya una transformación elemental que esta sea.

Obviamente que todo proceso de producción sea primario o secundario, no viene a culminar sino con la venta o la comercialización del producto, y por lo tanto la venta de productos agropecuarios en estado natural o primario hecha por por el productor de los mismos no puede ser gravada en el impuesto de Industria y Comercio.

Ahora bien, es lógico suponer que el agricultor que vende su producto, necesariamente lo somete a un proceso de selección, limpieza, conservación y empaque, que implica la utilización de insumos (detergentes, fumigantes, etc.) que no cambian la naturaleza del producto, sin que pueda gravarse independientemente estos

procesos de selección, limpieza y empaque, porque el artículo 39 de la Ley 14 de 1987 lo prohibe expresamente.

2. El impuesto frente a los bienes de exportación.

Dice el apelante que es innegable la actividad transformadora del banano, en particular la empaquetadura del mismo, que corresponde a una exigencia comercial del comprador en dólares, hecho este que nos sitúa frente a las exportaciones, tema que ha sido suficientemente debatido y aclarado jurisprudencialmente.

Mediante el Decreto 444 de 1967, dictado por el Presidente dela República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 6a. de 1967, se buscó como objetivo principal promover el desarrollo económico y social del país y un equilibrio cambiario, utilizando como herramienta de política fiscal, entre otras, el fomento y diversificación de exportaciones (artículo 1º, literal a).

Para lograrlo estableció el estímulo a las exportaciones y consagró de manera expresa, en el artículo 169, la prihibición absoluta y tajante a los departamentos y municipios de gravar en forma alguna la exportación o el tránsito de los bienes destinados a ella, evitando así que por acción de los impuestos que internamente graven los bienes o si tránsito se hiciera nugatorio el objeto propuesto.

Objetivo que queda presente en la Ley 14 de 1983 cuando en su artículo 33, al determinar la base gravable enseña que:

> "El Impuesto de Industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de Devoluciones-Ingresos provenientes de venta de activos fijos y *de exportaciones*-Recaudos de impuestos de aquellos productos cuyo precio este regulado por el Estado y percep- ción de subsidios..." (Subraya la Sala).

En consecuencia no asiste razón al apelante al exponer su postulado de que el empaque de productos con destino a la exportación, está gravado con el impuesto por constituir una industria y en este sentido la sentencia apelada debe confirmarse.

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:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Ausente.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SOBERANIA MONETARIA/ JUNTA MONETARIA - Facultades

El Decreto Ley 2206 de 1963, expedido con base en lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 21 de 1963 -normas declaradas ajustadas a la Constitución- le atribuyen a la junta monetaria las funciones específicas a través de las cuales se configura como el organismo rector de la política monetaria, y esas fueron las que justamente invocó la junta monetaria como fundamento del acto demandado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dra. Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación No. 2216. Acción de nulidad de la Resolución No. 049 de 6 de julio de 1988, expedida por la Junta Monetaria, Actor: Alberto Preciado Arbeláez. FALLO.

Decide la Sala sobre la demanda presentada por el doctor Alberto Preciado Arbeláez, en ejercicio de la acción de nulidad, contra la Resolución 049 del 6 de julio de 1988 de la Junta Monetaria.

EL ACTO DEMANDADO

La citada Resolución 049 del 6 de julio de 1988 fue expedida por la Junta Monetaria en ejercicio de sus facultades legales y en especial de las que le confieren los literales a), d) y e) del artículo 6º del Decreto Ley 2206 de 1963.

Y dispuso:

"*Artículo 1º*. Las financiaciones que otorguen los establecimientos bancarios a través del sistema de tarjetas de crédito no podrán exceder del setenta por ciento (70%) del valor de cada utilización. Para este efecto, deberá exigirse la cancelación de, por lo menos, las sumas equivalentes al treinta por ciento (30%) del valor de cada utilización, en la fecha de pago mensual correspondiente al primer extracto que incluye la respectiva utilización.

"Lo dispuesto en este artículo se aplicará respecto de utilizaciones de tarjetas de crédito que se efectúen desde el 1º de septiembre de 1988.

"*Artículo 2º*. La presente resolución rige desde la fecha de su publicación.

ARGUMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante luego de transcribir los literales citados del artículo 6º del Decreto 2206 de 1963 y el artículo 5º literal b) de la Ley 21 de 1963 afirma que con el acto "...la Junta Monetaria ha dictado normas de carácter general con base en atribuciones claramente inconstitucionales que le dio el Decreto Ley 2206 de 1963 (Art. 6), norma que a su vez excedió las precisas facultades que la Ley 21 de 1963, artículo 5º literal b), le otorgó al Gobierno".

Alega que el Decreto 2206 de 1963 es violatorio de la Constitución porque autoriza a la Junta Monetaria para expedir normas de carácter general y por ser inconstitucional no puede servir de fundamento para sustentar la legalidad del acto acusado. Cita jurisprudencia del Consejo de Estado sobre potestad reglamentaria, en respado de su afirmación.

Anota que la Resolución 49 de 1988 demandanda, fue expedida por "funcionarios y organismos incompetentes", porque la facultad para dictar leyes o actos regla corresponde al congreso Nacional y "la competencia por regla general es indelegable...".

Así que "La Junta Monetaria, con base en el artículo 6º del Decreto Ley 2206 de 1963 que debe ser inaplicable por inconstitucional, tiene facultades similares al Congreso, por lo cual se ha usurpado competencia".

Finalmente anota que con el acto acusado se violó el artículo 16 de la Constitución Nacional y "...se contradice toda la orientación económica del Gobierno del Presidente Barco, que ha destacado la defensa de los económicamente débiles, y que ha fijado esta política como uno de los temas básicas de su orientación social y económica".

ARGUMENTOS DE LA PARTE IMPUGNADORA

El Señor Representante de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opone a las pretensiones de la demanda y afirma:

1. La nulidad del acto demandado no es solicitada por el demandante como pretensión.

2. El demandante formula acusación indirecta contra el acto demandado, partiendo del supuesto de la inconstitucionalidad de las normas invocadas al momento de su expedición y concretamente del artículo 6º del Decreto Ley 2206 de 1963. Al respecto anota que el actor desconoce la decisión de la Corte Suprema de Justicia sobre la Ley 21 de 1963 y del Decreto 2206 de 1963 y en la cual se declaró su exequibilidad, decisión que tiene el carácter de definitiva y de la cual transcribe algunos apartes.

3. Se refiere a la función intervencionista del Estado y a su evolución constitucional.

4. Finalmente critica el argumento de la demanda referido a las políticas del Gobierno y precisa que el control jurisdiccional se concreta en la confrontacion del acto acusado con las normas a que debia estar sujeto y no con las orientaciones políticas del gobierno.

Posteriormente el alegato de conclusión reitera su oposición a las pretensiones de la demanda, hace un cuidadoso y detallado análisis de la Junta Monetaria, desde su creación, a través de las diferentes normas que la regulan y a la luz de la Constitución para concluír que "es el órgano competente para la adopción y dirección de la política monetaria del país".

Insiste en que ya la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley 21 de 1963 y del Decreto Ley 2206 de 1963 y que sobre estas normas recaen los efectos de la cosa juzgada constitucional. Y reitera que la Junta Monetaria si tenia competencia para expedir el acto acusado.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa que las peticiones de la demanda no pueden prosperar porque a su juicio, el acto demandado no viola ni la Constitución, ni la ley, toda vez que la Junta Monetaria si tenia facultades para expedirlo y además, porque sobre el tema ya existe un pronunciamiento que constituye cosa juzgada constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para responder una afirmación de la parte impugnadora, la Sala precisa, en primer término que la nulidad del acto demandado su fue solicitada en el memorial demandatorio cuando en su primer párrafo afirma "...respetuosamente solicito se decrete la nulidad de la Resolución No. 49 de 6 de julio de 1988, expedida por la Junta Monetaria, publicada en el Boletín No. 158 de la misma Junta Monetaria, de fecha 7 de julio de 1988".

Teniendo en cuenta los planteamientos de la demanda y tal como se precisó al resolver sobre la petición de suspensión provisional del acto demandado, para resolver la controversia planteada en este caso, la Sala considera definitiva la referencia a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 12 de junio de 1969, mediante la cual declaró la constitucionalidad de algunos literales del artículo 5º de la Ley 21 de 1963 y de los literales a), b), c), d), e) y finalmente i) del artículo 6º del Decreto 2206 de 1963.

1. El acto demandado es ilegal porque fue dictado con base en el Decreto 2206 de 1963 que es inaplicable por inconstitucionalidad.

2. La Junta Monetaria no tenía competencia para dictar actos de carácter general.

Con relación al primer argumento es claro para la Sala que existe cosa juzgada constitucional, pues la sentencia citada declaró expresamente la constitucionalidad, entre otros, de los literales a), d) y e) del artículo 6º del Decreto Ley 2206 de 1963, que sirvieron de fundamento del acto impugnado.

Y si el acto demandado los invocó como fundamento jurídico, el planteamiento de la demanda en el sentido de que el acto impugnadoes ilegal porque la norma que le sirvió de base es inaplicable por inconstitucionalidad, no tienen ningún valor, en cuanto dicha norma fue declarada ajustada a la Constitución por la Corte Suprema de Justicia, en la providencia mencionada.

En cuanto a la alegada incompetencia de la Junta Monetaria para proferir actos de carácter general, no son necesaria mayores elaboraciones interpretativas, toda vez que existen normas expresas que le atribuyen sus funciones propias, respecto de las cuales existen normas expresas que le atribuyen sus funciones propias, respecto de las cuales existe, como ya se anotó, cosa juzgada constitucional.

En efecto: el Decreto Ley 2206 de 1963, expedido con base en lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 21 de 1963, adscribió a la Junta Monetaria las siguientes funciones:

> "Artículo 6º. "De acuerdo con el artículo 5º, literal b) de la Ley 21 de 1963, adscribense a la Junta Monetaria las siguientes funciones que podrá ejercer mediante normas de carácter general:
>
> "a) Fijar de acuerdo con las circunstancias monetarias y crediticias, límites específicos al volumen total de los préstamos o inversiones de las instituciones de crédito o a determinadas categorías de ellos;
>
> "b) Señalar la tasa de crecimiento del total de los activos a que se refiere el literal anterior, o de determinadas clases de ellos, durante un cierto período, pudiendo establecer tasas diferentes por entidades, atendiendo, entre otras

razones, a su contribución a la financiación de operaciones de desarrollo económico;

"c) Señalar la tasa máximas de interés o descuento que los establecimientos de crédito puedan cobrar a su clientela sobre todas sus operaciones activas. Estas tasas podrán ser diferentes en atención a aspectos tales como clase de operación, de destino de los fondos, y lugar de su aplicación. Las instituciones de crédito que cobraren tasas de interés en exceso de los máximos fijados por la Junta Monetaria, estarán sujetas a las sanciones que establezca la Junta en forma general para estos casos;

"d) Fijar los plazos de los préstamos y descuentos que efectuen las instituciones de crédito y las clases y montos de las garantías requeridas en tales operaciones;

"e) Prohibir a los establecimientos de crédito la ejecución de ciertas clases de préstamos e inversiones que a su juicio conlleven grave riesgo, o establecer una determinada proporción entre tales operaciones y a su capital pagado y reserva legal.

"..."

Y expresamente dijo que las podría ejercer mediante normas de carácter general.

Pues bien, dichas normas que como ya se anotó, fueron declaradas ajustadas a la Constitución, le atribuyen a la Junta Monetaria las funciones específicas a través de las cuales se configura como el organismo rector de la política monetaria, y esas normas fueron las que justamente invocó la Junta Monetaria como fundamento del acto demandado, por todo lo cual el argumento de incompetencia no puede prosperar.

Finalmente, con relación al argumento de carácter político administrativo, de que el acto acusado desconoce las políticas del actual Gobierno, por tratarse de un planteamiento extraño a los de carácter jurídico, la Sala se abstiene de cualquier pronunciamiento.

Por lo hasta aquí expuesto, y en consideración a que tal como se demostró, el acto impugnado se ajustó a la legalidad, y no se ha desvirtuado por el actor dicha situacion, las peticiones de la demanda no pueden prosperar.

Por lo expuesto el Consejo de Estado por medio de la Sección Cuarta de su Sala de lo Contencioso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

No prosperan las peticiones de la demanda.

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

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

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos.,*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

SANCION POR LIBROS/ PRUEBA CONTABLE

Cuando la administración tributaria mediante requerimiento oficial le indica al contribuyente que por falta de soportes contables le desconocen los costos por compras y que impondrá sanciones pertinentes, no está haciendo cosa distinta a la de cumplir la ley. En la visita contable practicada a la administración advirtió que si bien llevaba su contabilidad registrada, esta adolecía de fallas consistentes en la indebida elaboración (a lápiz) de los comprobantes internos y la ausencia de comprobantes externos o de terceros que permitieran soportar los asientos contables. (Ejercicio fiscal de 1985).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. 2736. Actor: A.GONZALEZ & CIA. LTDA. Contra la NACION. Apelación sentencia del 27 de Diciembre de 1989 del Tribunal Administrativo del Tolima.- Juicio de restablecimiento del derecho -Imporrenta-1985. FALLO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Sociedad A. GONZALEZ Y COMPAÑIA LTDA., contra la sentencia del 27 de Septiembre de 1989, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima, denegó las súplicas de la demanda dentro del juicio de restablecimiento del derecho, intentado por la actora contra la operación administrativa que le determinó el impuesto de renta a cargo, para la vigencia fiscal de 1985.

ANTECEDENTES

Frente a la declaración de renta y patrimonio que por el año gravable de 1985, presentó la sociedad actora, la Administración de Impuestos Nacionales de Ibagué,

en ejercicio de su función investigadora ordenó mediante Auto 16 de abril 9 de 1986, inspección ocular sobre libros y demás documentos de la constituyente, con el fin de verificar el cumplimiento de las retenciones en la fuente.

Como la administración, según lo consigna el Acta de visita, encontró irregularidades de tipo contable, formuló requerimiento a la entidad contribuyente proponiéndole rechazo de costos por compras por valor de $100.904.452.20, por carecer de comprobantes externos, y la imposición de las sanciones correspondientes.

La sociedad dio respuesta oportuna al requerimiento formulado, pretendiendo probar los costos cuestionados, mediante relación de resumen de comprras por valor de $508.841.110 y certificado de Revisor Fiscal en que hace constar que en el libro registrado en la Cámara de Comercio de Ibagué bajo el No. 15420 libro 7 Folio 435 están asentadas compras por idéntica cuantía a la de la relación.

Por su parte la Administración de Impuestos estimó que los documentos presentados no eran suficientes para probar plenamente las compras glosadas, pues a su juicio sólo se tomó en cuenta el libro diario, y como consecuencia practicó liquidación de revisión imponiendo las sanciones por inexactitud y libros.

La sociedad recurrió en reconsideración ante la misma Administración, manifestando desacuerdo por el rechazo de compras por $99.078.690 como consecuencia de la indebida valoración de la prueba contable aportada, al creer erróneamente que el certificado llevado al proceso, expedido por el contador público, se refería únicamente al libro diario, cuando realmente hace constar que verificó la totalidad de los libros de contabilidad.

Para abundar, en su concepto, en la prueba plena de los costos, acompaña fotocopia auténtica de las facturas expedidas por los proveedores, certificaciones expedidas y firmadas por el representante legal, y su revisor fiscal o contador público independiente en donde constan las ventas por éllos efectuadas a la sociedad.

Fotocopia auténtica firmada por contador público independiente, de los comprobantes de diario y documentos externos de contabilidad, elaborados por la empresa, que sirvieron de soporte a los cargos y abonos a la cuenta de compras durante el año de 1985.

Certificado de contador público independiente en donde discrimina factura por factura las compras mes por mes a cada uno de los proveedores.

La Administración mediante Resolución 00026 de mayo 26 de 1988, confirmó la liquidación recurrida, al considerar que las pruebas aportadas en el recurso, carecen de validez, en virtud de que la sociedad dejó precluir el término otorgado por la Administración para corregir las irregularidades contables detectadas en la visita, sin que hubiera accedido a la petición formulada y que de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, el contribuyente ya no puede invocar su contabilidad como prueba.

CONSEJO DE ESTADO
BIBLIOTECA

Inconforme la sociedad contribuyente acudió en demanda de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Tolima, alegando violación de los artículos: 94 del Decreto 074 de 1976 por extenderse la visita y conclusiones a hechos no consignados en el auto comisorio; del 132 del Decreto 1651 de 1961, por no haberse requerido previamente para imponer la sanción por libros de contabilidad; 91 del Decreto 1651 de 1961; 32 , 37 y 42 de la Ley 52 de 1977; 26 de la Constitución Nacional, 37 de la Ley 54 de 1977; 7, 15 y 17 del Decreto 3803 de 1982; 1º, 8º y 9º de la Ley 145 de 1960 y 1º del Decreto 1776 de 1973.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Tolima, negó las súplicas de la demanda pues estimó: 1. Que de acuerdo con el Decreto 074 de 1976 artícu lo 94, señalado como violado por la demanda en armonía con el artículo 30 de la Ley 52 de 1977 y 25 del Decreto 825 de 1978, la Administración Tributaria tiene amplias facultades para la verificación de los registros contables y su confrontación con lo declarado por el contribuyente, que en consecuencia no se advierte en donde puede estar la supuesta ilegalidad del acto administrativo acusado por haber verificado y dado cuenta, los visitadores, de aspectos a los cuales el auto comisorio no se refería, y menos cuando no existe norma tributaria que declare la ineficacia o revista de nulidad el acto de inspección, cuando el funcionario comisionado examina actos o papeles diferentes a aquellos que inicialmente motivaron la visita.

2. Que tampoco se configura violación de las normas tributarias invocadas, que ordenaban dar traslado del Acta de Visita, ni del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque en primer lugar el gerente de la sociedad suscribió la cop a del requerimiento y el artículo 132 del Decreto 1651 de 1961, se refiere a la sanción cuando no se llevan libros de contabilidad, no aplicable al caso, ya que la sanción impuesta por la Administración lo fue con base en los artículos 56 y 57 del Decreto 3803 de 1982; y el artículo 91 del Decreto 1651 fue derogado en el año de 1987 por el Decreto 2503 del mismo año, sin que ello sea obstáculo para ejercer el derecho de defensa y descargos con ocasión de la respuesta al requerimiento.

3. Que tampoco hubo violación de los artículos 1º y 9º de la Ley 145 de 1960, ni del 32 de la Ley 52 de 1977, porque de acuerdo con las primeros citados, el contador público sólo está facultado para dar fe pública de determinados actos en los términos de la ley que el artículo 8º de la ley, le fija y limita su función y que, como lo que es materia de revisión no se encuentra allí señalado, mal puede acogerse su certificacion como plena prueba de hechos contrarios a los que la Administración constató. Que en este sentido restrictivo, debe interpretarse el artículo 98 de la Ley 09 de 1983, cuando al referirse a las certificaciones de los contadores, manifiesta que tales deben expedirse de "conformidad con las normas vigentes" y que de la misma manera el dictamen pericial carece de valor si se compara la relación de las

facturas contabilizadas y comprobados por la Administración con los valores de que dan cuenta los peritos.

LA APELACION

El apoderado judicial de la sociedad demandante apela la sentencia e insiste en la presunta violación de los artículos señalados en la demanda y estima que el Tribunal interpretó equivocadamente la ley especialmente el artículo 8º de la Ley 145 de 1960 y 98 de la Ley 9a./83.

El abogado sustituto, al descorrer el traslado, profundiza los puntos de inconformidad contra el fallo del *a-quo*, especialmente en cuanto a la falta de competencia de los comisionados para la visita, la no aceptacion de las pruebas, y la equivocada interpretacion del artículo 8º de la Ley 145 de 1960. Reitera la valoración de las pruebas presentadas y solicita audiencia pública para dilucidar los puntos de hecho y de derecho motivo de controversia, de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo.

OPOSICION A LA APELACION

Se opone, el representante judicial del Director de Impuestos Nacionales, reiterando los planteamientos formulados por la Administracion en las etapas de de terminación y discusión del impuesto en la vía gubernativa, especialmente en el aspecto relacionado sobre la no presentación oportuna de los documentos de contabilidad y la imposibilidad de invocarlos como prueba posteriormente.

MINISTERIO PUBLICO

La Doctora Dolly Pedraza de Arenas, Fiscal Sexto de la Corporación, solicita que la sentencia apelada se confirme en consideración a que:

> **"Las irregularidades que se afirma cometió la Administración durante la etapa fiscalizadora y que se invocan como constitutivas de causal de nulidad de la actuación administrativa demandada, no tuvieron ocurrencia. Si bien es cierto que la comisión fue conferida para realizar una visita con respecto a la retención en la fuente, esta circunstancia no obstaba para que detectadas irregularidades de otro índole fiscal no pudieran ser cuestionadas por la Administración, máxime cuando ellas se evidenciaron al examinar los documentos que tenian relación con la visita, como son los correspondientes a rubros de compras respecto de los cuales deba efectuarse retención. El único límite que tiene la Administración en la etapa de fiscalizacion se relaciona con los puntos planteados en el requerimiento especial, los cuales no pueden ser modificados posteriormente al determinarse el impuesto.**

"No es válida por otra parte la afirmación de la demanda sobre la falta de aviso oportuno a la sociedad de las diversas irregularidades detectadas por los funcionarios, que pudiera limitar su derecho de defensa, pues de las constancias consignadas en el acta sobre requerimientos verbales, la comunicación que obra en el informativo (folio 3 C. Ppal.) y especialmente el acta de conclusiones de la visita (folio 37 C. Ppal.) se evidencia que a la sociedad se le dio traslado oportuno del Acta de Inspección y se le concedieron plazos para la presentacion de los comprobantes faltantes, sin que la actora hubiere dado respuesta alguna.

"En cuanto a la ausencia de requerimiento previo a la sancion por libros de contabilidad, basta anotar que pudiendose aplicar esta, de conformidad con el art. 58 del D. 3803 de 1982, dentro de la liquidación de revisión, la notificación del requerimiento especial era suficiente para cumplir con el requisito.

"Finalmente, el contenido del Acta con la discriminación mes a mes de las facturas presentadas a los visitadores, cuya contabilización fue aceptada, indica el completo análisis que hicieron éstos sobre la cuenta compras y no deja duda de que la demandante podía establecer fácilmente cuales fueron las compras rechazadas. Debemos concluir por tanto como lo hizo el Tribunal, que la actuación administrativa que tasó oficialmente los impuestos a cargo de la demandante en 1985 se surtió en debida forma y que no procede la nulidad impetrada.

"Corresponde entonces analizar el valor probatorio que debe darse a la certificación de Contador Público presentada con motivo de la respuesta al requerimiento especial, como al dictamen pericial rendido ante la jurisdicción.

"De la lectura del acta de inspección contable que sirvió de base para la actuación administrativa, se evidencia que los comisionados en el desarrollo de la visita encontraron irregularidades en la elaboración de comprobantes de contabilidad y de diario y detectaron que había compras contabilizadas pero no respaldadas con los respectivos soportes externos por valor de $100'904.452. Estos datos consignados en el acta, al tenor del art. 92 del Decreto 1651, deben considerarse tomados fielmente de los libros de contabilidad y demás documentos presentados por la sociedad y no fueron desvirtuados pues a pesar de las reiteradas peticiones de los funcionarios, los comprobantes externos echados de menos durante la inspección no fueron presentados ante la comisión ni durante la visita ni dentro del término de traslado del Acta.

"Surge así un presupuesto básico: que la contabilidad fue solo parcialmente exhibida a las autoridades del impuesto, de manera que lo no exhibido no podrá invocarse posteriormente como prueba, pues el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982 dispone que cuando el contribuyente

no presenta a la Administración los libros, comprobantes y documentos de contabilidad, estos no se pueden invocar posteriormente como prueba a su favor, a menos que se demuestre caso fortuito o fuerza mayor para su no exhibición.

"Lo anterior nos lleva a la conclusión de que no podrá aceptarse la certificación de Contador Público sobre la existencia de todos los soportes externos y la debida contabilización de las compras objetadas, como tampoco las afirmaciones del dictamen pericial, pues ya no era la contabilidad de la tributante la prueba válida y conducente para demostrar las compras rechazadas cuyos comprobantes externos no fueron oportunamente exhibidos" (fls. 198 a 200 Cdno. Ppal.).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con relación a la presunta violación de los artículos 94 del Decreto 074 de 1976, 32 y 37 de la Ley 52 de 1977, comparte la Sala el criterio expuesto por el Tribunal Administrativo del Tolima y el Agente del Ministerio Público, en el sentido de que la supuesta irregularidad en que incurrió la Administración durante la etapa fiscalizadora, invocadas como causal de nulidad del proceso de de terminación carece de fundamento, porque si la Administración ordena una visita contable con determinado fin y detecta otras irregularidades, está en la obligación de ponerlas de relieve e investigar las faltas incurridas y declarar los efectos tributarios que su comisión implica. Tal facultad no solo se deriva de la ley (Art. 30 Ley 52 de 1977) sino de la misma Constitución Nacional artículo 38 Inciso 2o.

Entonces cuando la Administración Tributaria mediante requerimiento oficial le indica al contribuyente que por la falta de soportes con cables le desconocen los costos por compras y que impondrá las sanciones pertinentes, no está haciendo cosa distinta a la de cumplir la ley.

De otra parte, las causales de nulidad dentro del proceso gubernativo de determinación del impuesto están taxativamente señaladas por la Ley 52 de 1977 en su artículo 57, y dentro de ellos no se encuentra la señalada en la demanda, sin que sea posible por vía de interpretación extender el ámbito de aplicación de la norma a cuestiones no reguladas por ella.

Tampoco se configura violación del derecho de defensa porque está demostrado en el proceso que si se dio a la sociedad la oportunidad de presentar los documentos necesarios para la comprobación de los costos no solo con ocasión del acta de visita, sino con la oportunidad del requerimiento y discusión del impuesto en la vía gubernativa (fls. 3 Cdno. Pal., 501 a 504 Cdno. de Antecedentes). Distinto es el hecho de que las pruebas aportadas, no tuvieran el suficiente valor probatorio a juicio de la Administración.

Con relación al cargo de violación de las normas que consagran el valor probatorio de la contabilidad por no haberse cumplido, de acuerdo con los artículos 1º, 8º y 9º de la Ley 145 de 1960 y 98 de la Ley 9a, de 1983, observa la Sala que cuando la Administración practicó la visita contable, dio cuenta de que el contribuyente si bien llevaba su contabilidad registrada, ésta adolecia de fallas consistentes en la indebida elaboración (a lápiz) de los comprobantes internos y la ausencia de comprobantes externos o de terceros que permitieran soportar los asientos contables. A tal conclusión llegó luego, de solicitar a la sociedad la presentación de facturas, sin que ésta cumpliera con lo solicitado.

Entonces si es dable concluir que cuando la Administración tasó inicialmente los impuestos, lo hizo de acuerdo a las pruebas que obra van dentro del proceso, sin atender la contable, toda vez que de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 2821 de 1974:

> "Tanto para los comerciantes, como para quienes no estando legalmente obligados llevan libros de contabilidad, estos *serán prueba suficiente,* siempre que reúnan los siguientes requisitos:
>
> "1. Estar registrados en la Cámara de Comercio o en la Administración de Impuestos Nacionales, según el caso.
>
> "2. *Estar respaldado por comprobantes internos y externos.*
>
> "3. Reflejar completamente la situación de la entidad o persona natural.
>
> "4. No haber sido desvirtuados por medios probatorios directos o indirectos que no estén prohibidos por la ley.
>
> "5. No encontrarse en las circunstancias del artículo 74 del Código de Comercio". (Subrayas de la Sala).

Con relación al valor probatorio de la contabilidad en materia fiscal, en el caso de que el contribuyente al exigirle la Administración la exhibición de sus libros y papeles de comercio no los presente, la Sala interpretando el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, expresa en su fallo de diciembre 27 de 1989:

> "Habiendo sido aportada la certificación de Contador en la vía gubernativa, carece de eficacia probatoria, toda vez que, ya habla precluído la oportunidad para presentar los comprobantes externos que soportaban las partidas asentadas en los libros de contabilidad de la Compañía y por tanto no era válido reconocer le valor probatorio a dicha certificación, por estar vencido el plazo de que gozaba el contribuyente para presentar la totalidad de los comprobantes de contabilidad de la compañía.
>
> "Permitir que el contribuyente se niegue a presentar los documentos que soportan su contabilidad y que posteriormente los presente como prueba de

sus peticiones, hace que la facultad de investigación y fiscalización otorgada por el legislador a la Administración pierda su sentido y se convierta en nugatoria" (fls. 200 y 201).

No obstante, la prohibición legal contenida en el artículo 15 del Decreto 3803 de 1982, no es óbice para que el contribuyente a raiz del cambio que en materia probatoria introdujo, para el proceso Contencioso Administrativo el Decreto 01 de 1984 artículo 168, en busca de la verdad real, pueda probar plenamente los costos por compras realizadas, con prueba diferente a su propia contabilidad.

Si bien estima la Sala que la Audiencia Pública solicitada en la segunda instancia, de acuerdo con el artículo 28 del Decreto 2304 de 1987, no es necesaria pues los alegatos y pruebas aportadas son suficientes para discernir los puntos de hecho y de derecho alegados por la demanda, si es procedente la aceptación y valoración de las pruebas presentadas, tendientes a demostrar la realidad de las compras, a que hace alusión el apelante en su escrito del 6 de mayo de 1990, esto es; el análisis pericial de los documentos externos, prueba que no emana del contribuyente, y los certificados expedidos por los "proveedores" firmados por sus revisores fiscales o contadores públicos , según términos de la demanda.

Obra a folios 23 y 29 del Cuaderno No. 3, prueba del experticio rendido por los peritos en el cual se hace constar, tanto el valor registrado por compras, mes a mes, como el de las facturas soportes del registro, indicando el nombre de los proveedores y las diferencias en favor o en contra que resultan del cotejo.

Inconsistencias que permiten concluir, que no existe la debida concordancia entre las partidas y los soportes contables, esto es los comprobantes externos (facturas y notas crédito).

Se indica además en el dictamen que las notas crédito producidas por los proveedores, no discriminaron el detalle de las facturas que afectan, y que mientras unas arrojan un saldo positivo, otras por el contrario determinan un saldo negativo.

Que las notas crédito de Meals de Colombia y Frigorífico Zuizo S.A., no están archivadas en los libros empastados donde aparecen los soportes de los comprobantes de diario, pero que si fueron contabilizadas.

En consecuencia, versando el experticio sobre la contabilidad del contribuyente, que no es prueba suficiente de acuerdo con el artículo 40 del Decreto 2821 de 1974, por carecer de los soportes, tampoco éste puede desvirtuar las glosas de la Administración, por lo tanto la Sala entra a determinar si con base en los documentos expedidos por terceros, puede el demandante dar certeza sobre la realidad de las compras.

En el Cuaderno de Antecedentes Administrativos se encuentran las fotocopias auténticas de las notas crédito expedidas por los proveedores, las cuales como lo anotan los peritos, no están archivadas en los libros empastados donde aparecen

los soportes contables, y cuyo valor $76.360.08 resulta irrelevante para probar el monto de las compras glosadas, máxime si en dichas notas no se hace mención a la factura que se modifica.

Por último, en cuanto hace relación a los documentos provenientes de terceros, debidamente certificados por revisor fiscal, observa la Sala que tanto los que obran en el Cuaderno de Antecedentes Administrativos, como sus copias, no corresponden a facturas de las compras, sino que se trata de los certificados de retención en la fuente practicada por terceros, por concepto de suministros que adquirieron de la sociedad GONZALEZ & CIA. LTDA., que si bien podían demostrar las ventas de ésta, no prueban las compras glosadas como lo pretende el demandante.

Considera la Sala en consecuencia, que no existe razón legal válida para revocar la sentencia, toda vez que estimadas las pruebas aportadas, no desvirtúan el proceder de la Administración.

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:

Confírmase la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase. Vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia se estudió y aprobó en la Sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente de la Sala; *Jaime Abella Zárate, Consuelo Sarria Olcos, Carmelo Martínez Conn.*

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ BASE GRAVABLE/ TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO/ SUSPENSION PROVISIONAL/ PERJUICIOS - Demostración

El hecho básico controvertido del "ejercicio de una actividad industrial, comercial o de servicios" en límites territoriales de Arauca, aparece a primera vista desvirtuado por los documentos oficiales allegados, por lo menos en lo que se relaciona con una posible actividad de construcción de pozos petroleros o de oleoductos, pues al probarse que ninguno de ellos está ubicado en jurisdicción del municipio de Arauca, debe descartarse esta "actividad", como la gravable por este municipio. La base gravable para liquidar el impuesto tomada del total de los ingresos brutos consolidados del país informados en la declaración de renta que requirió la tesorería municipal, sin haberse precisado previamente cuál era la actividad especial desarrollada en el municipio de Arauca, para determinar también los ingresos provenientes de esa actividad, quebrantó lo dispuesto en los artículos 195 y 196 del Decreto 1333 de 1986.

El cobro ejecutivo de un impuesto legalmente liquidado, no constituye "perjuicio" para los efectos que se examinan; pero sí lo constituye el cobro de uno manifiestamente ilegal en cuanto configure situaciones productoras de perjuicios actuales o potenciales.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Resolución No. 01 de 1987 (marzo 13) dictada por el tesoro municipal de Arauca.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.- Bogotá, D.E., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. 2407 Actor Mannesman Anlagenbau A.G. Impuesto (Industria y Comercio). AUTO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la sociedad MANNESMAN ANLAGENBAU, Sucursal Colombia, contra el auto proferido el 11 de enero de 1989 por el Tribunal Administrativo de Boyacá (Expediente No. 8464) mediante el cual se negó la suspensión provisional de los actos administrativos demandados, en los cuales el Tesoro Municipal ordenó el registro oficioso de la citada sociedad como contribuyente del impuesto de industria, comercio y avisos, y se hizo una liquidación de aforo de dicho impuesto, correspondiente al período gravable de 1985, por la suma de $2.695'438.038 que luego fue rebajada a $1.575'233.568.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El auto recurrido negó la suspensión provisional de los actos impugnados, con fundamento en los siguientes argumentos:

De conformidad con el artículo 152 del Decreto 01 de 1984, cuando se trata de una acción de restablecimiento del derecho, para que proceda la suspensión provisional del acto o actos demandados, se requiere "... no sólo que haya manifiesta violación de una norma Superior" sino que "además", "deberá aparecer comprobado", "aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o podría sufrir el actor" y la falta de alguno de los citados requisitos conduce al fracaso de la suspensión provisional.

El *a-quo* no encontró "...suficiente la sola expresión de los argumentos expouestos por el solicitante para dar por cumplido el requisito de la comprobación sumaria del perjuicio que sufre o podría sufrir el actor..." cuando se refiere a que "...tendrá que pagar la suma liquidada por impuesto y si lo hace, está sometida a las consecuencias del cobro ejecutivo..."

Consideró el Tribunal que el hecho de pagar el impuesto no puede considerarse como "...perjuicio apto para suspensión provisional del acto que origina el pago..." porque "...si el proceso se falla a favor del actor, necesariamente la suma pagada se le debe reintegrar con todos sus rendiminetos y ajustes económicos del caso, y si el fallo resulta adverso, significa que el acto acusado no ha conculcado derecho alguno.

En cuanto al cobro ejecutivo anotó el Tribunal que:

> "2o. Si por el no pago de dicha suma, el actor se ve avocado a las consecuencias del proceso ejecutivo, es viable obtener la suspensión de la ejecución acudiendo al fenómeno de la "perjudicialidad" conforme a los artículos 170 y 171 del C. de P.C., positiva para el caso, en razón de no tener la liquidación que se cobra ejecutivamente el carácter de definitiva, pues con

el ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho que nos ocupa, se ataca el nacimiento mismo de la obligación y así, mientras jurisdiccionalmente no se decida la suerte del mencionado acto, ésto, adversamente a la acción, no adquiere el carácter ejecutivo eficaz.

Ahora bien, si el resultado es positivo, obviamente hace desaparecer el acto del ámbito jurídico ejecutivo".

Y agrega que si el sólo pago de la suma liquidada o el cobro ejecutivo de la misma conllevasen el perjuicio requerido para ordenar la suspensión provisional, el mismo acto demandado sería la prueba del perjuicio y resultaría incongruente con la exigencia de la prueba sumaria del mismo, que establece el citado artículo 152.

Por ello, anota que el citado perjuicio no es el "efecto inherente del acto mismo, sino el 'que se derive de tal efecto' y se encuentre sumariamente comprobado, el cual sumado a la manifiesta violación de una norma superior permitiría la suspensión provisional".

Concluye que "la simple expresión" de existencia del perjuicio no es suficiente ya que la norma exige su prueba, siquiera sumaria, y que no obrando ésta en el expediente, falta uno de los requisitos para que proceda la suspensión provisional y no es necesario entrar a estudiar el relativo a la manifiesta violación de norma superior.

EL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado de la parte actora interpuso el recurso de apelación contra el acto citado, en cuanto negó la suspensión provisional de los actos demandados y para fundamentarlo precisa que:

El artículo 152 del Decreto 01 de 1984 en relación con el perjucio dispone como resultado esencial para que proceda la suspensión provisional que "esté probado sumariamente y que existe, independientemente de que sus efectos los haya empezado a sufrir el actor o no, en vista de que la norma en mención es muy clara sobre este punto al señalar la procedencia de este mecanismo no solo cuando el actor esté sufriendo sus efectos y consecuencias, sino también cuando podría llegar a sufrirlos".

Y agrega:

"En otras palabras, la ley no sólo contempló la procedencia del mecanismo de la suspensión provisional para aquellos eventos en que el perjuicio ya lo estuviera sufriendo el actor, sino en aquellos en que eventualmente podría llegar a sufrirlo".

Precisa que en el caso debatido "...fluye de manera clara y manifiesta el perjuicio que ha sufrido la sociedad actora con la expedición de los actos acusados, al haberle liquidado mediante resolución, un impuesto que no debe por concepto de industria, comercio y avisos. Y este acto administrativo presta mérito ejecutivo...". De donde concluye que dichos actos le han causado un claro perjuicio a la sociedad actora.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el carácter de plena prueba de los documentos públicos allegados con la demanda y sobre las pruebas sumarias que puede considerar al resolver la petición de suspensión provisional y anota que:

> **"Así las cosas, el perjuicio causado a mi representada no solo es evidente con los documentos acompañados con la demanda, sino que aducir que en el asunto *sub-lite* no se ha comprobado el perjuicio sufrido por la demandante, es simplemente desconocer la situación fáctica. En otras palabra, qué mayor perjuicio puede sufrir la demandante a quien se le está cobrando un impuesto por cuantía superior a mil millones de pesos, sin ser sujeto pasivo del impuesto de industria, comercio y avisos, tal como se desprende de la certificación expedida por el instituto Geográfico Agustín Codazzi?".**

Agrega que, además, en el expediente aparece copia auténtica del auto de mandamiento de pago proferido por el Tesorero Municipal de Arauca y de la orden de embargo, proferidos dentro del proceso ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelanta el citado municipio, todo lo cual refuerza el hecho del perjuicio sufrido por la sociedad actora.

Finalmente invoca el artículo 193 de la Constitución Nacional, según el cual la suspensión provisional está consagrada para toda clase de actos, sin excepción alguna y con el fin de evitar que el particular afectado con una decisión administrativa manifiestamente ilegal sufra los perjuicios que de ella se deriven, o continúe soportándolos o "se agraven aún más".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Comparte la Sala el planteamiento del recurrente con relación al alcance del artículo 193 de la Constitución Nacional en el sentido de considerar que la medida de la suspensión provisional es aplicable en general a todos los actos administrativos, incluídos los de liquidación individual de Impuestos, que se encontraba prohibida anteriormente en la Ley de 1941, en su artículo 98, ordinal 3o. El Decreto 01 de 1984, al regular íntegramente esta materia, no estableció ninguna excepción al respecto, dejando abierta la posibilidad de que la ley especial así lo dispusiera, posibilidad ésta que quedó también suprimida al ser derogado expresamente (artículo 68 del Decreto 2304 de 1989) el artículo 157 que así lo disponía.

Cierto es que el Decreto 01 de 1984 al consagrar la figura de la suspensión provisional, cuando se ejerce la acción de restablecimiento del derecho, la condiciona a la existencia de la manifiesta infracción de norma superior y, además, a la comprobación, así sea en forma sumaria, del "perjuicio que sufre o podría sufrir el actor" como decía el artículo 152 antes de que fuera sustituído por locución más precisa del artículo 31 del Decreto 2304 de 1989 que se refiere al..." perjuicio que la ejecución del acto demandado causa *o podría causar al actor*" (subrayado de la Sala).

Pero es fundamental establecer si se da o no la manifiesta infracción de las normas superiores invocadas. Este elemento es el primordial y el que en definitiva autoriza la suspensión. Por sí solos los perjuicios que ocasione un acto administrativo no constituyen causal suficiente para suspenderlo: Dentro de un orden lógico, es necesario, en primer término, que el acto sea ostensiblemente contrario a las normas positivas vigentes.

La prueba de los perjuicios puede ser sumaria, esto es, sin haberse tenido la oportunidad de contradecirla y puede referirse tanto a los actuales como a los potenciales daños, circunstancia que debe valorarse razonablemente para establecer si se manifiesta en una ganancia lícita que deja de obtenerse, o en gastos adicionales a los ordinarios, o en detrimento material de un bien determinado, o en otros injustificados perjuicios para el damandante.

Dentro de esta marco conceptual de carácter general se procede a examinar el caso planteado, sobre el cual se tiene que el recurrente al sustentar la petición de suspensión provisional, después de remitirse a los argumentos expuestos en la demanda, precisa que:

1. La Resolución No. 001 de 1987 acusada viola el artículo 35, en concordancia con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y los artículos 195 y 196 del Decreto Extraordinario 1333 de 1986, en razón de que dicho acto carece de la motivación que esas normas exigen.

2. Anota que "La Resolución 001 de 1987, acusada, es violatoria del artículo 195 del Decreto Ley 1333 de 1986, del *artículo 32 de la Ley 14 de 1983*, de los artículos 2 y 16 del *Acuerdo 028 de 1986*, expedido por el Concejo Municipal de Arauca, y del artículo 264 del C.P.C., en cuanto desconoce el valor probatorio del acta de deslinde de las jurisdicciones territoriales de los municipios de Arauca y Arauquita, y de la certificación expedida por el INSTITUTO GEOGRAFICO AGUSTIN CODAZZI, que son documentos públicos, con valores de plena prueba. De igual modo, se violaron esas normas en cuanto la resolución acusada imponbe un gravamen a un sujeto pasivo inexistente".

3. Cita también como violados los artículos 43 y 76 de la Constitución Política y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo en cuanto la citada resolución fue dictada sin competencia por el Tesorero Municipal de Arauca.

4. La Resolución No. 01 de 1987 violó los artículos 195 y 196 del Decreto 1333 de 1986 y los artículos 9 y 12 del Acuerdo 024 de 1986, al haber señalado una tarifa impositiva sin precisar previamente los fundamentos de su *base gravable* y "en cuanto señaló una *tarifa equivocada*, si existiera sujeto pasivo violó los artículos 33 y 36 de la Ley 14 de 1983, 9 y 12 del Acuerdo 024 de 1986...".

5. La Resolución 033 de 1987, por lo cual se resolvieron los recursos interpuestos, desconoce ostensiblemente el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo porque no señaló las circunstancias de tiempo en que "equivocadamente se funda tal decisión".

6. La Resolución 033 de 1987 negó los recursos interpuestos contra la Resolución 01 de 1987, resolución ésta que había desaparecido de la vida jurídica según lo dispuso el Auto del 6 de julio de 1987, proferido por la misma Tesorería. Resolvió recursos interpuestos contra una resolución inexistente y en tal virtud carece de causa y de efectos jurídicos, "contrariando de esa manera los elementos constitutivos de todo acto administrativo señalados en el artículo 83 del C.C.A.".

El análisis de los anteriores argumentos, la comparación del acto acusado con las normas citadas como violadas y la valoracion de las pruebas que obran en el expediente, suscitan las siguientes consideraciones de la Sala:

El argumento central de la actora es el de no considerarse sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio por no haber realizado actividades en jurisdicción del Municipio de Arauca y de allí deriva el cargo de transgresión de varias normas de la Ley 14 de 1983 (incorporadas en el Decreto 1333 de 1986) y el de incompetencia del Alcalde Municipal para producir aforo de un impuesto no causado.

Ambas partes, para sostener sus encontradas posiciones, se apoyan en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 en cuanto dispone que la materia imponible del gravamen de industria y comercio consiste en el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de servicio dentro de la jurisdicción municipal.

El Municipio, ante la falta de respuesta a requerimientos de la Tesorería sobre la ausencia de declaración tributaria, afirma en la Resolución No. 01 de 1987 que el objeto social de la compañía "es la construcción de las obras y suministro de elementos y equipos del sistema de oleoducto Caño Limón - Río Zulia, iniciando actividades en el mes de diciembre de 1984 en esta jurisdicción municipal", ordeno el registro oficioso como contribuyente y liquidó el impuesto tomando como base los ingresos brutos de la declaración de renta, aplicando una tarifa del diez por mil, pero sin especificar el género de actividad ejercida (comercial, industrial o de servicios), no la especie correspondiente dentro de los renglones en que el Acuerdo 24 de 1986 subdivide cada grupo de actividades, con tarifas que van del dos al diez por mil.

La compañía, para sustentar sus pretensiones, se apoya en el certificado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi y en el Acta de deslinde suscrita por los dos Alcaldes, de los municipios de Arauca y Arauquita, documentos con los cuales se establece que el oleoducto Caño Limón-Río Zulia "no toca en ninguna parte la jurisdicción del Municipio de Arauca" y que "los pozos petroleros Caño Agua Limón Uno y Caño Agua Limón Dos quedarán localizados en la jurisdicción del Municipio de Arauquita" (fls. 15 y 16).

Conforme al segundo inciso del artículo 152 del C.C.A. la manifiesta violación de una norma superior amerita la suspensión de un acto administrativo, siempre que se pueda percibir a través de una sencilla comparación (entre las disposiciones y el acto) "o del examen de las pruebas aportadas". Como en el presente caso el hecho básico controvertido es el del "ejercicio de una actividad industrial, comercial o de servicios" en límites territoriales de Arauca (que es el presupuesto de la norma y el fundamento del acto acusado), aparece a primera vista desvirtuado por los documentos oficiales mencionados, por lo menos en lo que se relaciona con una posible actividad de construcción de pozos petroleros o de oleoductos, pues al probarse que ninguno de ellos está ubicado en jurisdicción del municipio de Arauca, debe descartarse esta "actividad", como la gravable por este municipio.

Quedará la posibilidad de que la actividad que tuvo en cuenta la Resolución 01 de 1987 para gravar a la compañía fuera la de "suministro de elementos y equipos del sistema de oleoductos", por estar también comprendida en el objeto social, pero esta posibilidad tampoco está legalmente confirmada, por dos razones anotadas por los actores:

a) La falta de "motivación" de la Resolución, que si bien no puede afirmarse que es absoluta, si fue manifiestamente incompleta e inadecuada al caso, puesto que tratándose de una compañía con diversas actividades ejercidas en más de un municipio (en la Resolución consta que el domicilio social es Bogotá y en sus oficinas revisaron la contabilidad) y no pudiendo ejercerse la de "construcción" del oleoducto en predios de Arauca, resultaba indispensable a la luz de las normas de la Ley 14 de 1983 y del propio Acuerdo No. 24 de 1986, precisar la actividad o actividades desarrolladas en el municipio, resultando por ello violatoria de tales normas la simple afirmación genérica de "...iniciando (sic) actividades en el mes de diciembre de 1984 en esta jurisdicción municipal...".

De otra parte, descartada la actividad de "construcción de obras," solo quedaba como posible la de "suministro de elementos", pero, entonces, surgen varios interrogantes: En qué medida se desarrolló en el Municipio de Arauca?. Esta actividad es comercial o de servicios? Y en cuál de los distintos renglones y tarifas puede clasificarse?

Ante tales circunstancias resalta la necesidad de una adeucada motivación del acto, conforme lo contempla el artículo 84 del C.C.A., invocado por el actor, en razón a la necesidad de conocer exactamente la actividad atribuída a la empresa a

fin de poder juzgar sobre la legalidad del impuesto aforado y de permitirle al contribuyente el ejercicio del derecho de defensa que la ley le otorga.

b) La "base gravable" para liquidar el impuesto tomada del total de los ingresos brutos consolidados del país informados en la declaración de renta que requirió la Tesorería Municipal, sin haberse precisado previamente cual era la actividad específica desarrollada en el Municipio de Arauca, para determinar también los ingresos provenientes de esa actividad, quebrantó lo dispuesto en los artículos 195 y 196 del Decreto 1333 de 1986 (que reproducen los artículos 32 y 33 de la Ley 14 de 1983): y así mismo, en cuanto se aplicó la tarifa del diez por mil se transgredieron las previsiones del Acuerdo 24 de 1986, pues aún considerando como actividad la "construcción de obras", la tarifa era de cinco por mil y no del diez por mil.

Por todo ello son aceptables los argumentos del peticionario en cuanto sustentó la solicitud de suspensión provisional en la violación de normas superiores (Ley 14 de 1983, Decreto 1333 de 1986 y Acuerdo 24 de 1986) y falta de motiovación (artículo 84 C.C.A). El cargo de "falta de competencia" sería aceptable en la medida que se demuestre que la compañía no ejerció ninguna actividad gravable dentro del municipio y el cargo de "desviación de poder" no está sustentado.

Con relación a la prueba de los perjuicios, único aspecto analizado por el Tribunal, la Sala acepta, con el actor, que el Código permite establecer no solamente los perjuicios actuales, sino los potenciales, esto es, los que se pueden producir en el futuro.

Pero como precisamente estos no se han producido, es necesario evaluar las situaciones planteadas con el acto para inferir si de ellas puede generarse o no un perjuicio en el futuro. Mal puede entonces exigirse la prueba de un hecho futuro; una adecuada interpretación del tercer inciso del artículo 152 del C.C.A., sobre este tópico, consiste en que las situaciones reales existentes, que deben estar comprobadas, razonablemente pueda inferirse que se causará en el futuro sin perjuicio al demandante.

Con la medida de la suspensión se trata de evitar los efectos nocivos tanto presentes como futuros de un acto manifiestamente ilegal. Dentro de este criterio no es procedente esperar, en cuanto a los futuros, que se realicen efectivamente, si se puede evitar que se produzcan.

En el caso que se examina, ciertamente el actor no demostró en forma concreta los costos en que dice, debía incurrie la empresa en la atención judicial al verse sometida a la liquidación de un impuesto elevado, considerándose exenta de él; pero en cambio si está comprobado otro factor constitutivo de perjuicio, cual es el cobro coactivo del mismo agravado con el embargo decretado por el Juzgado de un bien con un valor equivalente a dos veces y media del impuesto cobrado. Esto es lo que surge del mandamiento de pago librado por la Tesorería de Arauca por valor de 1.575 millones (fl. 145) y la orden de embargo de un crédito a su favor por valor de más de 4.000 millones (fl. 143).

La Sala está de acuerdo con el Tribunal en que el cobro ejecutivo de un impuesto legalmente liquidado, no constituye "perjuicio" para los efectos que se examinan. Pero si lo constituye el cobro de uno manifiestamente ilegal en cuanto configure situaciones (que deben demostrarse) productoras de perjuicios causados por el acto impugnado, en la forma como lo establece el artículo 152 del C.C.A., por todo lo cual se accederá a decretar la suspensión solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

Revócase el ordinal 6o. del Auto del 11 de enero de 1989 mediante el cual el Tribunal Administrativo de Boyacá denegó la suspensión provisional solicitada por la actora y, en su lugar, DECRETASE la suspensión provisional de la Resolución No. 01 de 1987 (marzo 13 de 1987) dictada por el Tesorero Municipal de Arauca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

Guillermo Chahín Lizcano, Presidente - Salva el voto; *Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn, Consuelo Sarria Olcos,* Salva el voto; *Héctor Julio Becerra,* Conjuez.

Jorge A. Torrado Torrado, Secretario.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ BASE GRAVABLE/ SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia (Salvamento de voto)

Los documentos allegados no permiten establecer si la sociedad actora es o no sujeto pasivo del impuesto que se le cobra, ya que de conformidad con su objeto social no solo realiza construcción de obras como la del citado oleoducto, sino tambien el suministro de elementos y equipos del sistema del oleoducto.

Los actos demandados en si mismos no han causado un perjuicio a la parte actora, toda vez que el impuesto es una obligación fiscal que tiene su origen en la ley a la cual deben ceñirse su cobro y liquidación. Si estos desconocern la ley, existen los recursos ante la misma administracion y la acción respectiva ante la jurisdicción.

SALVAMENTO DE VOTO
DE LA DOCTORA CONSUELO SARRIA OLCOS.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Cuarta.-

Referencia: Expediente No. 2407. Actor: Mannesmann Anlagenbau.

Con todo respeto por la tesis mayoritaria, procedo a precisar las razones de discrepancia con la providencia que antecede.

La decisión se fundamenta en dos argumentos: a) la violación de las normas superiores se establece a través del análisis de pruebas; b) el cobro por jurisdicción coactiva constituye un perjuicio futuro.

En cuanto a la apreciación de pruebas se refiere a que:

"La compañía para sustentar sus pretensiones, se apoya en el certificado del Instituto Agustín Codazzi y en el Acta de deslinde suscrita por los dos Alcaldes, de los municipios de Arauca y Arauquira, documentos con los cuales se establece que el oleoducto Caño Limón-Río Zulia "no toca en ninguna parte la jurisdiccion del Municipio de Arauca" y que "los pozos petroleros Caño Agua Limón Uno y Caño Agua Limón Dos quedarán localizados en la jurisdicción del Municipio de Arauquita" (fls. 15 y 16)".

Y Luego agrega que:

"...Como en el presente caso el hecho básico controvertido es el del "ejercicio de una actividad industrial, comercial o de servicios" en límites territoriales de Arauca (que es el presupuesto de la norma y el fundamento del acto acusado), aparece a primera vista desvirtuado por los documentos oficiales mencionados, por lo menos en lo que se relaciona con una posible actividad de construcción de pozos petroleros o de oleoductos, pues al probarse que ninguno de ellos está ubicado en jurisdicción del municipio de Arauca, debe descartarse esta "actividad", como la gravable por este municipio.

"Quedaría la posibilidad de que la actividad que tuvo en cuenta la Resolución 01 de 1987 para gravar a la compañía fuera la de "suministro de elementos y equipos del sistema de eleoductos", por estar también comprendida en el objeto social, pero esta posibilidad tampoco esta legalmente confirmada...".

Con los citados documentos se pretende probar que la Sociedad actora no es sujeto pasivo del impuesto de Industria y Comercio en el Municipio de Arauca, pero a esta conclusión no se llega con su sola consideración pues según estos, lo que se establece es, por una parte, los limites de los Municipios de Arauca y Arauquita y por otra que el Oleoducto Caño-Limón - Río Zulia no "toca" el Municipio de Arauca.

Pero lo anterior no permite establecer si la sociedad actora es o no sujeto pasivo del impuesto que se le cobra, ya que de conformidad con su objeto social no solo realiza la construcción de obras como la del citado oleoducto, sino también *el suministro de elementos y equipos del sistema del oleoducto.*

Y lo anterior es el objeto mismo de controversia que será dirimada en el fallo de fondo, luego de surtido el trámite procesar respectivo y dentro de él, del debate probatorio pertinente.

Así las cosas, en cuanto de las pruebas aducidas no se establece que la actora no sea sujeto del impuesto cobrado, no se ha comprobado en este aspecto la manifiesta ilegalidad del acto demandado, que permita la suspensión provisional de sus efectos jurídicos.

Afirma el auto en otro de sus apartes:

De otra parte, descartada la actividad de "construcción de obra", solo quedaba como posible la de "suministro de elementos", pero, entonces, surgen varios interrogantes: ¿En qué medida se desarrolló en el Municipio de Arauca? ¿Esta actividad es comercial o de servicios? ¿Y en cuál de los distintos renglones y tarifas puede clasificarse?

Y anota que por ello se necesita una motivación adecuada.

A mi juicio, esos interrogantes son los que deberán resolverse a través del proceso y por ello no procedía la suspensión provisional.

Pero cual sería entonces la motivación *adecuada* de que habla la providencia que no se comparte? Este interrogante solo podrá ser resuelto, una vez que se realice el proceso, a través del cual se desvirtúe la motivación que trae el acto demandado y que no permite aceptar la afirmación del demandante en el sentido de que carece de esta.

Los anteriores planteamientos resultadn también válidos para cuestionar el tema de la base gravable y de las tarifas, pues este aspecto, no puede establecerse de una simple comparacion con las normas citadas como violadas, ni de las pruebas que obran en el expediente, sino que es una cuestión que debera definirse una vez establecido si la sociedad demandante es o no, sujeto pasibo del impuesto ,que se le cobró, pues de lo contrario ante la presunción de legalidad que ampara el acto demandado podría implicar un perjuzgamiento, ya que la resolución 001 de 1987 si precisa la base gravable del impuesto cobrado, teniendo en cuenta los ingresis brutos de la contribuyente y si dicha base gravable y si la tarifa, aplicada son o no correctas de acuerdo con las normas aplicables, deberá establecerse a lo largo del proceso y resolverse en la sentencia.

Lo anterior sería suficiente para negar la medida provisional solicitad, sin necesidad de analizar el segundo aspecto relacionado con la prueba sumaria del perjuicio, sin embargo, como este es el aspecto esencial del recurso, enfrente a las consideraciones del *a-quo,* se observa:

"Con los actos acusados se han producido daños y perjuicios a la sociedad que represento, consistentes en los gastos, costos, agencias en derecho, que han implicado la atención procedimental de los recursos interpuestos contra tales actos, así como los que están representados en la atención jurídica del proceso ejecutivo que entabló la Tesorería Municipal del Arauca, tomando como título la resolución acusada.

En los términos transcritos se precisan los perjuicios que según la parte actora han causado los actos impugnados, los cuales no se encuentran ni siquiera sumariamente probados en el expediente toda vez que en este no obran pruebas (sumarias) de "gastos", "costos", "agencias en derecho" para atender los recursos en la vía gubernativa o para actuar en el proceso ejecutivo.

Por otra parte, la Sala comparte lo expuesto ppor el Tribunal *a-quo* al considerar que los actos demandados en si mismos no han causado un perjuicio a la parte actora, toda vez que el impuesto es una obligacion fiscal que tiene su origen en la ley a la cual deben ceñirse su cobro y liquidación. Si estos desconocen la ley, existen precisamente los recursos ante la misma Administración y la acción respectiva para que a través de un proceso jurisdiccional se fije el monto del mismo, si la suma cobrada fue ilegalmente establecida se devolverá al contribuyente con los respectivos rendimientos y su fue legalmente liquidada y cobrada se hace efectiva la obligación fiscal.

Por todo lo anterior considero que no procedía la suspensión provisional decretada.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO
DEL DOCTOR GUILLERMO CHAHIN LIZCANO.

Referencia: Expediente No. 2407. Actor: Mannesmann Anlagenbau.

Como estoy completamente de acuerdo con las razones expuestas por la doctora Consuelo Sarria Olcos en su salvamente de voto, las hago mías, para expresar mi disentimiento con las tesis de la mayoría.

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha ut supra.

SECCION QUINTA

DOCUMENTOS/ COPIAS - Valor probatorio/ **DEMANDA**- Inadmisión

La copia de copia acompañada en la demanda no es documento hábil para los efectos del artículo 139 del C.C.A. Se trata de una reproducción mecánica que carece de la autenticación proveniente del funcionario en cuyos archivos reposa el original. La atestación notarial, en el *sub-judice*, que la avala no es suficiente, porque se trata de fotocopia de un documento que no reposa en la notaría.

El acompañamiento de la copia del acto cuya nulidad se pretende es requisito de ley, peo cuando tal requisito se omite la misa ley autoriza al juez a inadmitir la demanda para que se subsane la falla.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., mayo diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. E-0357. Actor: LUZ MARINA CULMA YARA.

ANTECEDENTES

Se procede a decidir el recurso de súplica propuesto oportunamente por el representante legal de la demanda, Luz Marina Culma Yara, contra el auto fechado el 26 de abril del año en curso, por medio del cual se inadmitió la demanda tendiente a obtener la nulidad del acto de declaratoria de elección del ciudadano José Elías de la Espriella como Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Departamento de Sucre, para el período constitucional de 1990 a 1994.

Se sustenta el recurso aduciendo que la fotocopia del acto acusado, acompañada a la demanda, contrariamente a lo expuesto en la providencia objeto del recurso, es válida en los términos del artículo 254 numeral 1o., del Codigo de Procedimiento Civil, porque además de estar autenticada por notario está "...debidamente autorizada por los señores Delegados del Registrado Nacional del Estado Civil para el Departamento de Sucre..." quienes al tenor del artículo son "...funcionarios competentes para autorizar dicho documento...".

Aduce también el recurrente, que se omitió la aplicación del artículo 143 del C.C.A. en cuanto este dispone que si la demanda es presentada dentro del témino de caducidad el funcionario llamado a calificarla expondrá los defectos simplemente formales con el objeto de que sean corregidos por el demandante en el término de cinco (5) días. Y agrega que un formalismo llevado al extremo en la aplicación de las normas de procedimiento, en contravía de modernas tendencias, hace nugatorio el derecho reconocido por la ley sustancial.

Para resolver,

SE CONSIDERA

Son dos los aspectos que se tendrán en cuenta el decidir el recurso: el valor probatorio de la fotocopia que del acto acusado acompañó el actor a la demanda y lo atinente a la inadmisibilidad o al rechazo de ésta.

Respecto del valor probatorio de las copias, se examinará y analizará la preceptiva del C.de P.C.. El segundo aspecto se analizará teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes del C.C.A.. Para ambos, se acudirá también a la jurisprudencia y la doctrina.

La aportación de documentos al proceso judicial está contemplada en el artículo 253 del C.de P.C., así:

> **"ART. 253. Aportación de documentos. Los documentos se aportarán al proceso originales o en copia, de conformidad con lo dispuesto en este Código. Las copias podrán consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento, la reproducción deberá ser autenticada por un notario o juez, previo el respectivo cotejo".**

El valor probatorio de las copias allegadas al proceso judicial aparece reglado en el artículo 254 del mismo estatuto de procedimiento, así:

> **"ART. 254. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:**
>
> **1. Cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina se encuentre el original o copia auténtica, y cuan-**

do se trate de reproducción que cumpla el requisito exigido en el artículo precedente.

2. Cuando sean compulsadas del original o de copia auténtica en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa".

El artículo 253 indica que cuando el documento se aporta al proceso en copia esta puede consistir en transcripción o repoducción mecánica del mismo, y que esta última deberá ser autenticada por un notario o juez, previo el respectivo cotejo.

El Consejo de Estado ha interpretado el contenido de los transcritos artículos 253 y 254 del C. de P.C., como sigue:

"De las normas transcritas se deduce:

1. Que las copias de documentos son de dos clases, según sean transcripción o reproducción mecánica del original.

2. Que los funcionarios públicos están facultados para autorizar copias de documentos que se encuentren en su oficina ya sean transcripciones o reproducciones mecánicas.

3. Que la autenticación notarial o por el Juez procede en relación con documentos cuyo original no deba mantenerse, por ministerio de la ley o de los reglamentos, en los archivos oficiales o que reposen en poder del Notario. Lo contrario implicaría una de las dos cosas: o que el Notario tuviera que trasladarse al archivo para hacer la verificación con el original, o que éste debiera extraerse del archivo para ser llevado a la Notaría a fin de hacer el cotejo. Además de la inconveniencia de los dos hipótesis y de los peligros que ofrece la segunda, para la seguidad de los documentos oficiales, ambas resultan en contradicción con la facultad que se otorga a los funcionarios públicos para autorizar copias, no solo por el mismo artículo 254, sino por otras disposiciones legales como el artículo 320 del C.R.P. y M. que es norma especial. ...

Igualmente el artículo 254, prescribe que las copias, o sea, tanto las transcripciones como las reproducciones mecánicas tendrán el mismo valor probatorio del original, cuando han sido autorizadas por un funcionario público, en cuya oficina se encuentre el original. Por consiguiente, ha de concluirse que existe plena armonía entre uno y otro precepto y que la exigencia de autenticación por un Notario de las reproducciones mecánicas de documentos solo puede referirse a las que reposen en el archivo notarial o a las que se hallan en poder de particulares".

(Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 26 de octubre de 1978. Consejero Ponente: Dr. Carlos Galindo Pinilla. Exp. 464. Actor: Gustavo Ararat Negrón.)

En el caso que nos ocupa es evidente que la fotocopia acompañada a la demanda, visible a los folios 3 a 222 del Cuaderno No. 1, es fotocopia de fotocopia en cuya última hoja (folio 222 cuaderno No. 1) aparecen las firmas de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil quienes el dos (2) de abril certifican lo siguiente:

"La anterior es fotocopia tomada del original que reposa en los archivos de esta delegación".

Sobre el valor probatorio de la copia de copia, bien sea transcripción o reproducción mecánica, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"...3. Según lo dice hoy la ley (art. 254 num. 1), no solo puede acudirse como medio de convicción el documento original o la copia auténtica de éste, sino también la copia de copia, siguiendo en el punto vieja doctrina de la Corte (G. J. LXII, 982), con tal que la última haya sido autorizada por el funcionario que tiene la facultad legal para ello y con los requisitos legales. Por consiguiente, si el funcionario que autorizó la primera copia como el que ordenó la segunda tienen facultad legal para ello, las dos copias, por ser auténticas, tienen el mismo valor probatorio".

(Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 30/79. Magistrado Ponente Alberto Ospina Botero).

Y el Consejo de Estado al referirse al mismo tema del valor probatorio de la copia de la copia, expresó:

"Autenticación y cotejo de copias. "La objeción del Tribunal de la copia que se presentó con la demanda estriba en que no se tomó del original, sin tener en cuenta la calidad, la autenticidad de aquella con la que el notario hizo el cotejo. Se desprende de lo dicho por el Tribunal que no se puede cotejar una copia con otra auténtica para efectos de establecer su autenticidad.

No entiende la Sala por qué, si una copia auténtica vale y prueba tanto como el original, no puede servir de base para el cotejo con otra copia que se quiere autenticar. La tesis del Tribunal implica que la copia auténtica carece de valor probatorio.

Considera la Sala que si un documento es copia auténtica del original, su copia, también auténtica, puede reemplazar al segundo con el mismo valor probatorio del primero. Porque si no vale, en sustitución del original, la copia auténtica de otra, quiere decir que esta última carece de autenticidad."

(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, auto de marzo 21/83).

Teniendo en cuenta el criterio expresado por ambas Corporaciones en la forma que ha quedado precisada y que esta Sala refrenda en esta oportunidad, la copia de copia acompañada a la demanda por el apoderado de Luz Marina Culma Yara, no es documento hábil para los efectos del artículo 139 del C.C.A. En efecto: Se trata de reproducción mecánica que carece de la autenticación proveniente del funcionario en cuyos archivos reposa el original, es decir del Registrador Nacional del Estado Civil o de su delegado correspondiente. Y la atestación notarial que la avala no es suficiente, porque se trata de fotocopia de un documentos que no reposa en la Notaría. Y la firma de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil de la delegación Departamental para el Departamento de Sucre tampoco es sufiente para darle valor probatorio a la copia de copia, pues por estar conformado el documento por numerosas hojas -223 exactamente- la firma y la constancia o certificación de haber sido tomado del original que reposa en los archivos de la oficina administrativa debieron estamparse en todas y cada una de las hojas. De no ser así la alteración de la verdad sería posibile sustituyendo hoja u hojas con datos diferentes. Consecuencia de lo anterior es que razón tuvo el ponente al no aceptar la copia anexada a la demanda.

Por lo que hace al aspecto que atañe a si la falta de copia idónea del acto cuya nulidad impetra la demanda es motivo suficiente para inadmitirla *in límine*, se tiene:

El artículo 137 del C.C.A. enumera los requisitos de fondo y de forma que debe contener la demanda y el 138 *ibídem* dispone perentoriamente la necesidad individualizar con toda precisión al acto cuya nulidad es objeto de la demanda. El artículo 139 del mismo estatuto de procedimiento ordena que a la demanda el actor deberá acompañar "... una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso. ...". Y aclara que cuando la publicación del acto que no se haya hecho en los medios oficiales, que no requieren autenticación, "... la copia tendrá que venir autenticada por el funcionario correspondiente", para finalmente disponer que deberá hacerse cuando el acto no ha sido publicado o se deniega la expedición de su copia o la certificación sobre su publicación.

El artículo 143 del C.C.A., reza:

"ART. 143. Subrogado D.E. 2304/89, art. 26 Inadmisión y corrección de la demanda. No se admitirá la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores y su presentación no interrumpe los términos para la cadudicad de la acción.

No obstante lo anterior, si la demanda se presenta dentro del término de caducidad, el Ponente, por auto suceptible de reposición, expondrá los defectos simplemente formales para que el demandante los corrija en el plazo de cinco (5) días; si no lo hiciere, se rechazará la demanda.

Tampoco se admitirá en caso de falta de jurisdicción o caducidad.

En caso de falta de competencia se ordenará enviar el expediente al competente a la mayor brevedad. Para todos los efectos legales se tendrá en cuenta la presentación inicial hecho ante la corporación que ordena la remisión.

El auto que inadmita la demanda lo dictará la Sala y será susceptible de apelación, pero si el proceso fuere de única instancia, lo proferirá el Ponente y procederá el recurso de súplica.".

De esta preceptiva se deduce la posibilidad de la devolución de la demanda para que se corrijan "defectos simplemente formales", contrariamente a lo que ocurre cuando carece de requisitos y formalidades de fondo, no subsanables, que hace necesario su rechazo in límine.

Sobre este tema del rechazo de la demanda previsto en el artículo 143, y la posibilidad de su devolución para la corrección de defectos "... simplemente formales ...", algunos tratadistas han expresado:

El doctor Hernando Morales Molina, en su Curso de Derecho Procesal Civil parte general, séptima edición, Editorial ABC, 1978, páginas 314 y 315.

"Cuando el juez declara no admisible la demanda debe indicar los defectos de que adolezca para que el demandante los subsane en el término de tres días. En tal caso, que depende de la voluntad del demandante, no se trata de reforma de la demanda, sino de subsanación de los defectos formales de ella por orden del juez, quien por tal motivo no la admite, de modo que el proceso realmente no ha comenzado, pues el demandante no ha sido notificado aún. Sólo cuando prospera la excepción previs de inepta demanda por falta de los requisitos legales, es posible subsanar dicho defecto después de que el demandado ha sido notificado del auto admisorio de ella...

En cambio, la demanda debe rechazarse in límine: a) cuando el juez carezca de jurisdicción; b) Cuando carezca de competencia para conocer de ella; c) En los procesos en que exista un término de caducidad para proponerla, cuando de ella o sus anexos aparezca que aquel está vencido, pues estos vicios no pueden subsanarse e implican nueva demanda, la que produce efectos desde su presentación. Si entre el rechazo in límine y la nueva demanda ha corrido un término de caducidad y éste ha sido el motivo del rechazo, la nueva demanda será rechazada también. Si la cadudicad no resultare de la demanda o de sus anexos, se puede proponer como excepción previa o de mérito, a elección del demandado, o el juez declararla probada en la sentencia, si resulta demostrada, aunque no se haya propuesto.

El rechazo puede ocurrir también como fruto de la prosperidad de las excepciones previas de falta de jurisdicción o de competencia, o de la caducidad si se aduce como tal.

Igualmente deberá rechazarse la demanda, si habiendo prosperado una excepción previa de inepta demanda, el demandante no subsna en el término de tres días los defectos de que adolezca señalados por el juez, ya que por motivos de interés público la iniciación del proceso no puede quedar a su arbitrio (Art. 99), o sea que la inadmisión viene a transformarse en rechazo *in límine*.

Por la trascendencia que tienen los autos de inadmisión y de rechazo in límine de la demanda, el primero de los cuales tiende a mejorar esta y por tanto a que el proceso se inicie, al paso que el segundo implica que aquel no comience, el recurso de apelación se concede contra el que rechaza la demanda (Art. 351, numeral 1), mientras el que no la admite solo será susceptible de reposición (Art. 348). Por la misma razón rechazada la demanda, el juez ordenará la devolución de los anexos, sin necesidad de desglose".

El Doctor Miguel González Rodríguez, en el Tomo II de su Derecho Procesal Administrativo, séptima edición, páginas 456, 457 y 458.

"Rechazo, inadmisión y corrección de la demanda

Siguiendo las modernas orientaciones del derecho procesal -que ya no son tan modernas, aún cuando entre nosotros su aplicación es de tan solo unos quince años -, cuya finalidad debe ser exclusivamente la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y en la ley sustantiva -principio reiteradamente quebrandado o desconocido por no pocos de nuestros jueces en su afán de descongestionar sus despachos y en otros casos por simple pereza-, se ha establecido en el art. 143 del nuevo estatuto una disminución (sic) entre rechazo in límite e inadmisión de la demanda para su corrección dentro de un plazo de cinco días hábiles, figuras o fenómenos que ya había aceptado nuestro Consejo de Estado después de muchos años de no hacerlo.

En efecto, se ha dispuesto que no se dará curso (inadmisión, no rechazo un límine) a la demanda que carezca de los requisitos y formalidades previstos en los artículos anteriores (requisitos de contenido de la demanda señalados en el art. 137 y los anexos del art. 139 del Código), y que el ponente, por auto susceptible de reposición expondrá los defectos para que el demandante los corrija, siempre que éste no quede comprendido en el de caducidad; si no lo hiciera o no fuere posible la corrección por motivo de la caducidad, no se admitirá la demanda. Igual providencia se dictará -la de rechazo *in límine*- en caso de falta de jurisdicción, o caducidad.

En caso de falta de competencia, se ordenará enviar el expediente a la corporación que fuere competente.

En síntesis que, según la norma comentada habrá lugar a la expedición de auto inadmisorio de la demanda, susceptible únicamente de recurso de reposición ante el mismo magistrado sustanciador, cuando la demanda no reúna las formalidades accidentales subsanables por el demandante o accionante, tales como los requisitos de contenido del libelo (falta de designación de una de las partes o de su representante, falta de claridad en lo que se pide o ausencia de peticiones o de una de ellas fundamental para la procedencia de la acción, el no señalamiento de los fundamentos de derecho o la no expresión del concepto de la violación, la no estimación de la cuantía en debida forma), excepción hecha del capítulo sobre medio de prueba que se pretenderán hacer valer, que bien puede no ser indispensable formular en la demanda por tratarse de un punto de puro derecho en donde, por tanto, no hay hechos que probar; o la ausencia de algunos documentos funda- mentales para que el proceso se adelante y culmine en sentencia, como, por ejemplo, la copia del acto acusado, la constancia de su publicación, notificación, comunicación o ejecución, si son del caso; la prueba de la existencia y representación de las personas jurídicas de derecho privado; el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta en el proceso, cuando tenga la representación de otra persona; el comprobante de consignación, o la caución, de que trata el art. 140 del estatuto; y copias de la demanda y de sus anexos para la notificación a las demás partes.

Debe tenerse en cuenta que para que se puede proferir ese auto de inadmisión o aplazamiento de la decisión sobre admisión de la demanda, es necesario -según la norma- que el término de cinco días hábiles que se debe otorgar al accionante para que la corrija, debe quedar comprendido dentro del término de caducidad de la acción. Sin embargo, cabría preguntarse, suponiendo que queden cuatro, tres o dos días para el vencimiento del plazo de caducidad de la acción en el momento de presentación de la demanda, ¿ no será procedente, desde el punto de la lógica, del derecho y de la misma norma jurídica, que el magistrado pronuncie auto inadmisorio y le de al demandante ese término de cuatro, tres o dos dias, y no el de cinco que dispone la norma, para que se corrijan los defectos o se subsanen las deficiencias? Consideramos que ello es aceptable y procedente, no solo por la circunstancia de que lo contrario implicaría desconocer al actor parte de ese término de caducidad con que cuenta para el ejercicio de su derecho de petición mediante la acción judicial, que no utilizó, sino porque la norma es clara en preceptuar "siempre que éste -la totalidad de los cinco días y no solo parte de él- no quede comprendido en el de caducidad".

Por el contrario, deberá proferirse auto de rechazo in límite de la demanda -auto de inadmisión, dice la norma con evidente falta de técnica legislativa - cuando el libelo adolezca de las formalidades esenciales o sustanciales, como

la falta de jurisdicción por estar ésta radicada en otra diferente a la contencioso-administrativa; la caducidad de la acción, salvo que exista controversia sobre el plazo, o mejor, sobre la fecha a partir de la cual debe empezar a contarse ese plazo para accionar; y, finalmente aunque el art. 143 del estatuto no lo dice, cuando aparezca claro que no se ha cumplido con la condición sine qua non de agotar la vía gubernativa para poder ingresar a la vía jurisdiccional, que surge del art. 135 del Código, en concordancia con el art. 63, *ibídem*. Contra dicho proveído procederá el recurso de apelación, o el de súplica, según el caso".

El doctor Carlos Betancur Jaramillo, en su Derecho Procesal Administrativo, segunda edición, reimpresión correspondiente a 1987, páginas 181 y 182.

> "Recibida la demanda y verificado el reparto, el magistrado sustanciador hará su estudio, del cual pueden resultar estas situaciones: a) La demanda es admisible por ajustarse a las exigencias legales, no sólo en cuanto a sus propuestas sino también en cuanto a sus anexos; b) la demanda no es admisible por cuanto no reúne los requisitos adecuados o no se acompañan los anexos requeridos por la ley; y c) la demanda no es admisible, no por defectos formales, sinopor estar caducada la acción pretendida, o por otros motivos de fondo...
>
> En la segunda hipótesis el juzgador no podra darle curso a la demanda y su presentación defectuosa no interrumpe los términos señalados para la caudicad de la acción (143 inc. 1o.). El auto que niega dicha admisión deberá señalar los defectos que contenga, o indicar los anexos que falten u ordenar que se presente personalmente por su signatario, para que los corrija, llene o haga su presentación adecuada.

Pero no siempre podrá ordenarse su correccion, ya que los defectos pueden ser tales que no correspondan a aspectos formales sino a otros de sentido sustancial o de fondo. En estos casos se decretará su inadmisión, debidamente motivada, sin más exigencias. Por ejemplo, cuando la demanda, contenga una indebida acumulación de pretensiones, bien porque el tribunal no sea competente para conocer de todas o porque las pretensiones se excluyen entre sí o porque no pueden tramitarse por un mismo procedimiento; cuando no se demanden los actos que se debían demandar sino otros sin conexion alguna con el debate; o cuando se impugnan actos no susceptibles de control jurisdiccional o cuando el tribunal no es competente, etc., etc.

El juzgador debe ser cuidadoso de la inadmisión, y en su orden de corrección, porque no tiene ningún sentido que la disponga cuando sea imposible hacerla dentro del término de caducidad, por estar ya vencido o próximo a su fenecimiento. No puede olvidarse que la presentación de la demanda informa no interrumpe la caducidad de la acción, tal como lo dispone el art. 143 del C.C.A. porque este fenómeno no lo produce la admisión del libelo y su notifi-

cación sino la presentación de la demanda que reuna los requisitos legales. Por esta razón puede afirmarse que admitida la demanda se considerará interrumpida la caducidad desde la fecha en que fue presentada. ...".

La jurisprudencia del Consejo de Estado es abundante sobre esta materia, por lo que tan solo se hará la transcripción de la que se considera más aplicable al caso que ocupa la atención de la Sala.

"De acuerdo con los artículos 86 y 87 del C.C.A., la demanda no se admite cuando se presenta sin la copia del acto acusado y en el auto que se niega la admisión se debe expresar la informalidad o defecto de que adolece la demanda y ordenarse que esta sea devuelta al interesado para que la corrija".

(Auto de 31 de julio de 1965. Sala de Decisión. Consejero Ponente, Doctor Alejandro Domínguez Molina).

(Anales 1965. Tomo 69, No. 407-408. Pag. 359).

"La jurisprudencia en múltiples ocasiones ha afirmado que mientras no sean errores o fallas protuberantes las que observe el Juez, debe darse curso a la demanda que se formule, so pena de que se está negando un derecho por un malentendido rigorismo procesal".

(Auto de agosto 11 de 1973, expediente 2489; sentencia de abril 26 de 1976, Sala Plena. Auto de septiembre 11 de 1981, exp. 8202).

(Anales de 1983 segundo semestre. Nos. 479-480).

"En primer término tratándose de una acción pública de nulidad electoral los formulismos del procedimiento son menos exigentes pues en estas acciones hay un interés superior que es la pureza del sufragio, bien directo o bien indirecto. Se trata de cuestiones en las que se involucran altas aspiraciones del Estado; en ellas juegan los principios fundamentales de la democracia, y de la organización jurídica del país. Desde luego, es importante, ceñir el proceso a la ley, pues es conveniente que se cumplan siempre las fórmulas propias de cada juicio, pero ello no quiere decir que se debe extremar el principio de la legalidad procesal al punto de buscar contenidos casi sacramentales en los actos de las partes. Menos cuando se trata de una acción que pude impetrar cualquier ciudadano. ...Pero puede aceptarse que si el libelista solicitó, como en el caso de autos, que se enviara un oficio al funcionario responsable para que envíe copia del acto acusado aún cuando tal petición aparezca en el capítulo de pruebas, si cumplió con el requisito de ley. Puede considerarse como válida su demanda a fin de garantizarle al interesado su derecho de acción. La ubicación de una petición en una u otra parte del libelo, su bien contribuye a interpretar con mayor precisión el alcance de una demanda y su

ceñimiento estricto a la ley, no constituye factor definitivo para desconocer la esencia del asunto, ni puede ser un factor que lleve a denegarle a un ciudadano la acción judicial".

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de junio 9 de 1983. Consejero Ponente: Dr. Enrique Low Murtra. Exp. 1020. Actor: Gilberto Ochoa Vidal y otro. Electoral).

(Anales de 1983 primer semestre, pág. 816).

Es, pues, claro que el acompañamiento de la copia del acto cuya nulidad se pretende es requisito de ley, pero no lo es menos que cuando tal requisito se omite la misma ley autoriza al juez inadmitir la demanda para que se subsane la falla. No otra cosa se desprende de la jurisprudencia y de la opinión de los doctrinantes, al interpretar las normas pertinentes del C.C.A., especialmente su artículo 143, canon este que al ser subrogado por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989, aclaró cómo el término de cinco (5) días, otorgado para la corrección de la demanda, puede o no quedar comprendido dentro del término de caducidad. Si, por ejemplo, la demanda es presentada el último día del vencimiento del término de caducidad, correrán los cinco (5) días dados para la corrección fuera de aquel, y si fue presentada tres (3) días antes del vencimiento del término de caducidad, tres (3) de los cinco (5) días de plazo para la corrección de la demanda transcurrirán dentro de dicho término y dos (2) fuera de él.

Requisito *sine qua non* para la aplicabilidad del segundo inciso del artículo en cita es que "... la demanda se presente dentro del término de caducidad, ...".

Por manera que para decidir este recurso de súplica, los integrantes de la Sala de Decisión observan:

1o. Que la demanda fue presentada dentro del término de caducidad.

2o. Que la fotocopia del acto acusado aportada inicialmente con la demanda no tiene el valor probatorio exigido por las disposiciones del C.de P.C. atrás citadas.

3o. Que la no presentación de la copia del acto acusado junto con la demanda constituye un defecto simplemente formal.

4o. Que al tenor del artículo 143 del C.C.A., la demanda debe ser rechazada in límine cuando carezca de requisitos y formalidades esenciales previstos en los artículos 135 a 142 del mismo Estatuto, e inadmitida, para que se corrija, cuando presente defectos simplemente formales.

5o. En el caso de la demanda presentada por el apoderado de la demandante Luz Marina Culma Yara, debió darse aplicación a lo preceptuado en el segundo inciso del artículo 143 del C.C.A.

Por todo lo anterior, esta Sala de Decisión revocará el auto fecha el 26 de abril del año en curso para darle aplicación al segundo inciso del artículo 143 del C.C.A.

En consecuencia, SE RESUELVE:

Primero: Revocar el auto de fecha 26 de abril de 1990, por medio del cual se inadmitió in límite la demanda presentada a nombre de Luz Marina Culma Yara.

Segundo: Inadmitir la demanda para que en el término de cinco (5) días se corrija el defecto expuesto en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

JURADO DE VOTACION

Muy frecuentemente, pese a toda previsión, los ciudadanos designados como jurados de votación no concurren a cumplir con su deber o alguna circunstancia implica su reemplazo de manera inmediata. Por esa razón la ley ha previsto que una serie de funcionarios tengan facultad para reemplazar jurados de votación otorgándoles dicha facultad en diverso campo de competencia, tales como los visitadores de mesa, nombrados el día de elecciones por los registradores municipales, con facultades para reemplazar los jurados de votación; los registradores municipales y auxiliares, los delegados de los registradores distritales y municipales y los registradores distritales en los casos determinados por el Código Electoral.

Se presume que quienes firmaron las actas de instalación, no habiendo sido designados como jurados de votación mediante la resolución respectiva, lo hicieron en cumplimiento de la designación que debieron hacer los visitadores de mesa autorizados por la ley para tal decisión.

NULIDAD ELECTORAL/ REGISTRO FALSO/ REGISTRO APOCRIFO

Lo falso es delito, mientras que lo apócrifo no es punible. En la falsedad hay esencialmente la intención de engañar, mientras que en lo apócrifo no la hay. Lo apócrifo es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay la intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es. Es ese factor subjetivo, intencional, estriba la gran diferencia. La imitación en lo escrito, distingue lo falso de lo apócrifo.

NULIDAD ELECTORAL/ ACTA DE ESCRUTINIO/ ERROR ARITMETICO

El numeral 11 del artículo 42 del la Ley 96 de 1985 preceptúa como causal de nulidad de las actas de escrutinio "cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella". Claramente esta norma establece que debe entenderse por error aritmético la equivocación en la operación aritmética porque el resultado de la suma no corresponde al total de los votos que se escrutan.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., mayo diecisiete (17) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Jorge Penén Deltieure.*

Referencia: Expediente No. E-0345. Actor: ROBERTO ARRAZOLA JULIAO.

Procede la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación propuesto por el demandante, señor Roberto Arrazola Juliao y por el apoderado judicial del demandado, señor Samuel Pinedo Bruges, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar de fecha tres (3) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) y relacionada con la demanda de nulidad instaurada en esa Corporación por la declaratoria de elección de Concejales para el Municipio de Cartagena, para el período constitucional de 1988-1990.

LA DEMANDA

El ciudadano Roberto Arrazola Juliao presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar el quince (15) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), en la que solicita que "...previos los trámites de un JUICIO O PROCESO ELECTORAL, surtidos como lo disponen los Artículos 223 al 251 del Código Contencioso Administrartivo (sic) (Decreto 1 de 1984),..." se decrete la nulidad de "...la Declaración de elección de Concejales para el Municipio de Cartagena, período de 1988 a 1990, proferida por los DELEGADOS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL ... pero únicamente en cuanto mediante dicha DECLARACION se considera la elección de CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE CARTAGENA...".

También solicita "... se declaren nulas las Resoluciones proferidas por los señores DELEGADOS DEL CONSEJO ELECTORAL, durante el proceso de los escrutinios respectivos,... y que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene practicar por el HONORABLE TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR, un nuevo escrutinio únicamente para CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE CARTAGENA, en la Circunscripción Electoral del Departamento de Bolivar y para el período legal de 1988 a 1990..." y que con

base en los resultados obtenidos en esos nuevos escrutinios "...se haga una nueva declaración de elección de CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE CARTAGENA para el período legal de 1988 a 1990, se ordene expedir y efectivamente se expidan las nuevas credenciales de CONCEJALES en reemplazo de las anteriores que deben ser canceladas y se comuniquen las novedades a quienes deban conocerlas...".

Adujo como Hechos de la demanda, los siguientes:

"1. El día domingo 13 de marzo de 1988 se efectuaron en todo el territorio Nacional las elecciones populares para Alcaldes y Corporaciones Públicas (Asambleas (sic) Departamental, Consejos Intendenciales y Comisariales y Concejos (sic) Distrital de Bogotá y Municipales).

2. Los escrutinios generales o departamentales correspondientes a la Circunscripción Electoral de Bolívar, que incluyeron los generales del Municipio de Cartagena, fueron practicados por los correspondientes Delegados del Honorable Consejo Nacional Electoral, doctores Pablo Cárdenas Pérez y Eduardo Escallón Rodríguez, quienes iniciaron esta diligencia en Cartagena a las 9 a.m., del día domingo 20 de marzo de 1988, declarando elegidos CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE CARTAGENA y para el período legal de 1988 a 1990, todo lo cual no hicieron mediante DECLARACION DE ELECCION que tiene fecha 23 de marzo de 1988, por lo tanto estoy dentro del plazo legal para demandar, que vencera a las 6 p.m. del día 22 de abril de 1988.

3. Tanto los cómputos de votos, los registros electorales y el acto mismo acusado, a los que se refiere el ordinal anterior, adolecen de graves y ostencibles (sic) violaciones del sistema electoral adoptado en las Leyes de la República, ya que durante los escrutinios respectivos se computaron pliegos viciados de nulidad contra expresas prescripciones legales, se incurrió en errores aritméticos que deben ser rectificados, todo conforme a los siguientes cargos que concretamente formulo a continuación y que relaciono así:

3.1. ZONA 3 PUESTO 3 - MESA 2

a) Las personas que firman el Acta de Instalación de Votación, que se considera la posesión de las mismas, no fueron nombradas para ejercer las funciones de Miembros de Jurados de esa Mesa 2 del Puesto 3 de la Zona 3, según Resoluciones 002 (1 de marzo de 1988) y 08 (12 de marzo de 1988) emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

b) Las firmas que aparecen en el Acta de Escrutinios de los Jurados de Votacion de esta Mesa, corresponden a pesonas (sic) distintas a las que aparecen en el Acta de Instalación del Jurado de Votación y a las nombradas por Resoluciones 002 y 008 de 1988, emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

Artículo 224 Ordinal 2 del Código Contencioso Administrativo.

3.2. ZONA 3 PUESTO 3- MESA 5

a) Tres (3) de las cuatro (4) personas que firman el Acta de Instalación de Votación, que se considera la posesión de las mismas, no fueron nombradas para ejecer (sic) las funciones de Miembros del Jurado de esa Mesa 5 del Puesto 3 de la Zona 3, segun Resoluciones 002 (1 de marzo de 1988) y 008 (12 de marzo de 1988), emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

b) Tres (3) de las firmas que aparecen en el Acta de Escrutinios de Votación d (sic) esta Mesa, corresponden a personas distintas a las que aparecen en el Acta de Instalación del Jurado del Votación y a las nombradas por Resoluciones 002 y 008 de 1988, emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

c) La copia del Acta correspondiente a esta Mesa 5 del Puesto 3 Zona 3 que reposa en el Tribunal de lo Contencioso Administratio (sic), no está firmada por los Jurados.

Artículo 223- Ordinal 3 y Artículo 224- Ordinal 2 del Código Contencioso Administrativo.

3.3. ZONA 3 PUESTO 3 MESA 8

a) Las actas correspondientes a esta Mesa 8 del Puesto 3 de la zona 3, no aparecen firmadas en las copias que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador del Estado Civil, en la Registraduria (sic) Municipal del Estado Civil y en la que sirvió para los escrutinios en la Zona 3.

Artículo 223- Ordinal 3 del Código Contencioso (sic) Administrativo.

3.4. ZONA 3 PUESTO 3 MESA 9

a) Aparece con una sola firma en las copias que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador Nacional del Estado Civil y en la que sirvió para los escrutinios de la Zona 3.

b) La copia que reposa en las oficinas de la Registraduría Municipal del Estado Civil tiene tachaduras, enmendaduras, cifras colocadas posteriormente a lápiz.

c) En la copia que aparece en la Registraduría Municipal del Estado Civil, en el Acta de Instalación de Votación, que se considera la posesión de Jurados, aparecen personas no nombradas en las Resoluciones 002 (1 de marzo de

1988) y 008 (12 de marzo de 1988), emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

d) De las firmas que aparecen en el Acta de Escrutinios de los Jurados de la Mesa 9 del Puesto 3 de la Zona 3, que reposan en las oficinas de la Registraduría Municipal del Estado Civil, solamente una corresponde como posesionada en el Acta de Instalación del Jurado de Votación de esa Mesa, las restanes son pesonas (sic) extrañas tanto en los nombramientos por parte de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena (Resoluciones 002 y 008 de 1988), como en el acto de la posesión.

Artículo 223- ordinal 3, 224- Ordinales 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo.

3.5. ZONA 3 PUESTO 3 MESA 13

a) Las personas que firman el Acta de Instalación de Votación, que se considera la posesión de las mismas, no fueron nombradas para ejercer las funciones de Miembros de Jurado de esa Mesa 13 del Puesto 3 de la Zona 3, según Resoluciones 002 (1 de marzo de 1988) y 008 (12 de marzo de 1988), emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

b) Las firmas que aparecen en el Acta de Escrutinios de los Jurados de Votación de esa Mesa, que reposan en la Delegación del Registrador Nacional del Estado Civil, corresponden a personas distintas a las que aparecen en el Acta de Instalación del Jurado de Votacion y a las nombradas por Resoluciones 002 y 008 de 1988, emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

c) Las copias de las Actas de Escrutinios de los Jurados de Votación que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolivar y la que sirvió en los Escrutinios de la Zona 3, carecen de firmas de los Jurados.

Artículo 223- Ordinal 3, 224- ordinal 2 del Código Contencioso Administrativo.

3.6. ZONA 3 PUESTO 3 MESA 14

a) Las copias del Acta de Escrutinio de los Jurados de esta mesa 14 del Puesto 3 de la Zona 3, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como la que sirvió en los Escrutinios de la Zona 3, carecen de firmas.

b) Las copias del Acta de Escrutinio de los Jurados de esta Mesa, que reposan en la delegación del Registrador Nacional del Estado Civil, presentan tres (3) firmas, dos (2) de ellas que no corresponden a las firmas que aparecen en el Acta de Instalación del Jurado de Votación, que se consideran la posesión de quien hacen (sic) parte de ese Jurado.

Artículo 223- Ordinal 3 y 224- Ordinal 2 del Código Contencioso Administrativo.

3.7. ZONA 3 PUESTO 3 MESA 17

a) Las copias del Acta de Escrutinio de los Jurados de esta Mesa 17 del Puesto 3 de la Zona 3, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador Nacional del Estado Civil y la que sirvió en los Escrutinios de 1 (sic) Zona 3, carecen de firmas.

b) El candidato Jesus (sic) Maria (sic) Villalobos Luna aparece en números con 69 votos y en letras con SETENTA Y SIETE VOTOS, se han computado 69. votos.

Artículo 223- ordinal 3 y 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

3.8. ZONA 3 PUETO 3 MESA 18

a) En las copias del Acta de Escrutinios de los Jurados de esta Mesa 18 del Puesto 3 de la Zona 3, que reposan en el Tribunal de lo Contenciso (sic) Administrativo, en la Delegación del Registrador Nacional del Estadò Civil y en la Registraduría Municipal del Estado Civil, las firmas aparecen repasadas en tinta.

b) De las cinco (5) personas que aparecen como posesionadas en el acta de Instalación de Votación, solamente una fue nombrada por Resolución 002 (1 de marzo de 1988) y 008 (12 de marzo de 1988), emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

Artículo 224- Ordinales 1 y 2 del Código Contencioso Administrativo.

3.19. (sic) ZONA 3 PUESTO 3 MESA 19

a) Las personas que firman el Acta de Instalación de Votación, que se considera la posesión de las mismas, no fueron nombradas para ejercer las funciones de Miembros de Jurados de esa Mesa 19 del Puesto 3 de la Zona 3, por Resoluciones 002 (1 de marzo de 1988) y 008 (12 de marzo de 1988), emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil en Cartagena.

b) De las personas que firman el Acta de Escrutinios de los Jurados de Votación de esa Mesa, solamente una (1) aparece posesionada, no obstante que no fue nombrada para ejercer (sic) el cargo; las otras tres (3) no fueron ni nombradas por los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena, mediante las Resoluciones 002 y 008 de 1988, como tampoco aparecen posesionadas en el Acta de Instalación de Votación.

Artículo 224- ordinal 2 del Código Contencioso Administrativo.

3.10. ZONA 3 PUESTO 3 MESA 20

a) Las personas que firman el Acta de Instalación de votación, que se considera la posesión de las mismas, no fueron nombradas para ejercer las funciones de Miembros de Jurados en esta Mesa 20 del Puesto 3 de la Zona 3, por Resoluciones 002 (1 de marzo de 1988) y 008 (12 de marzo de 1988), emanadas de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena.

b) Las personas que firman el Acta de Escrutinio de los Jurados de Votación de esta Mesa, no aparecen posesionados en el Acta de Instalación de Votación y tampoco nombrados por Resoluciones 002 y 008 de 1988, emanadas de los Registradores (sic) Especiales del Estado Civil de Cartagena.

Artículo 224- Ordinal 2 del Código Contencioso Administrativo.

3.11. ZONA 1 PUESTO 1 MESA 91

a) Existe error aritmético, cuando las copias del Acta de Escrutinios de los Jurados de Votación de esta Mesa que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador Nacional del Estado Civil, el Candidato al Concejo Municipal, señor JESUS MARIA VILLALOBOS, aparece con CERO (0) votos y en el Cuadro de Computos (sic) (Resultado de Escrutinio Zonal), en las elecciones del 13 de marzo de 1988, aparece con OCHO (8) votos, o sea que se presenta de manifiesto UN ERROR ARITMERICO por OCHO (8) votos en favor del mencionado candidato, a quien habria (sic) que disminuirle los citados 8 votos, para hacer la adecuada corrección de este error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

3.12. ZONA 2 PUESTO 4 MESA 3

a) Existe error aritmético, cuando en las Copias de las Actas de Escrutinios de los Jurados de Votación de esta Mesa 3 del Puesto 4 de la Zona 2, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador Nacional del Estado Civil y en la Registraduría Municipal del Estado Civil, el candidato al Concejo Municipal, señor JOAQUIN FRANCO BURGOS, aparece con TREINTA Y TRES (33) votos y en el Cuadro de Computos (sic) (Resultado de Escrutinio Zonal), en las elecciones del 13 de marzo de 1988, aparece con UN (1) VOTO, o sea que se presenta de manifiesto un ERROR ARITMETICO por TREINTA Y DOS (32) votos en contra del mencionado candidato, a quien habria (sic) que adicionarle los citados 32 votos, pra hacer la adecuada corrección de este error.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

3.13. ZONA 3 PUESTO 4 MESA 13

a) Existe error aritmético, cuando en las Copias de las Actas de Escrutinios de los Jurados de Votación de esta Mesa 13 del Puesto 4 de la Zona 3, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador Nacional del Estado Civil y en la Registraduría Municipal del Estado Civil, el candidato al Concejo Municipal, señor JOAQUIN FRANCO BURGOS, aparece con DIEZ Y SEIS (16) votos y en el Cuadro de Computos (sic) (Resultado de Escrutinio Zonal), que ha servido para sumar los votos obtenidos en las elecciones del 13 de marzo de 1988, aparece con ONCE (11) VOTOS, o sea que se presenta de manifiesto un ERROR ARITMETICO por CINCO (5) votos en contra del mencionado candidato, a quien habría que adicionarle los citados 5 votos, para hacer la adecuada corrección de este error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

3.14. ZONA 3 PUESTO 3 MSA (sic) 7

a) Existe error aritmético, cuando en las (sic) copias de las Actras (sic) de Escrutinios de los Jurados de Votación de esta Mesa 7 del Puesto 3 de la Zona 3, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador Nacional del Estado Civil y en la Registraduría Municipal del Estado Civil, el candidato al Concejo Municipal, señor JESUS MARIA VILLALOBOS LUNA, aparece con VEINTE Y OCHO (28) votos y en el Cuadro de Computos (sic) (Resultado de Escrutinio Zonal), que ha servido para sumar los votos obtenidos en las elecciones del 13 de marzo de 1988, aparece con TREINTA (30) votos, o sea que se presenta de manifiesto un ERROR ARITMETICO por DOS (2) votos en contra del mencionado candidato, a quien habria (sic) que disminuirle los citados 2 votos, para hacer la adecuada corrección de este error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

3.15. ZONA 4 CUADRO DE COMPUTOS- RESULTADO ESCRUTINIOS ZONAL

a) Existe un error aritmético, cuando en la pátina (sic) 4 del Cuadro de Computos (sic) (Resultado de Escrutinios Zonal), y la totalidad de las mesas allí señaladas, suman SETENTA Y SEIS (76) VOTOS para el candidato al Concejo, señor JESUS MARIA VILLALOBOS LUNA, y en la suma del Cuadro, en esa página 4, aparecen OCHENTA (80), dando una suma total al mencionado candidato VILLALOBOS LUNA, en la zona 4 de 674 votos, cuando en verdad son 670 votos, o sea que aparece de manifiesto un ERROR ARITMETICO por CUATRO (4) votos a favor del Candidato JESUS MARIA VILLALOBOS LUNA, a quien habria (sic) que disminuirle los citados 4 votos, para hacer la adecuada corrección de este error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

3.16. ZONA 5 PUESTO 6 MESA 10

a) Existe error aritmético, cuando en las copias de escrutinios de los Jurados de Votación de esta Mesa 10 del Puesto 6 de la Zona 6 (sic), que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la delegación del Registrador Nacional del Estado Civil y en la Registraduría Municipal del Estado Civil, el candidato al Concejo Municipal, señor JOAQUIN FRANCO BURGOS, aparece con TRES (3) votos y en el Cuadro de Computos (sic) (Resultado de Escrutinio Zonal), que ha servido para sumar los votos obtenidos en las elecciones del 13 de marzo de 1988, aparece con DOS (2) votos, o sea que se presenta de manifiesto un ERROR ARITMETICO por UN (1) voto en contra del mencionado candidato, a quien habria (sic) que adicionarle el citado 1 voto, para hacer la adecuada corrección de este error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

17.3. (sic) ZONA 6 PUESTO 4 MESAS 9 Y 20

a) Existe error aritmético, cuando en el Cuadro de Computos (sic) (Resultado de Escrutinio Zonal), que ha servido para sumar los votos obtenidos en las elecciones del 13 de marzo de 1988, no aparecen computados a favor del Candidato, señor JOAQUIN FRANCO BURGOS, los resultados de las Mesas 19 y 20 de esta Zona 6 Puesto 4, en donde aparecen en las copias de las Actas de Escrutinios delos Jurados de Votación de esas Mesas que reposan en el Tribunal de lo Contencioso de Bolivar, en la Delegación del Registrador Nacional del Estado y en la Registraduria (sic) Municipal del Estado Civil, los siguientes resultados a favor del Candidato, señor Joaquín Franco Burgos, así : En la Mesa No. 19, DOCE (12) Votos, en la Mesa Número 20 SEIS (6) votos, o sea que se presenta de manifiesto un ERROR ARITMETICO DE DIECIOCHO (18) votos en contra del mencionado Candidato, a quien habria (sic) que adicionarle los citados 18 votos, para hacerla adecuada corrección de este error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo (sic).

18.3. (sic) ZONA CORREGIMIENTOS- PASACABALLO MESA 5

a) Existe error aritmético, cuando en las Actas de Extrutinios (sic) de los Jurados de Votación de esta mesa 5 que operó en el Corregimiento de Pasacaballos, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador del Estado Civil y en la Registraduría Municipal del Estado Civil, el Candidato al Concejo Municipal señor JOAQUIN FRANCO BURGOS, aparece con TRES (3) votos y en el Cuadro de Computos (sic) (Resultados de Escrutinio Zonal), que ha servico para sumar los votos obtenidos en las elecciones del 13 de marzo de 1988, aparece con CERO (0) votos, o sea que se presenta de manifiesto un ERROR ARITMETICO por TRES (3)

votos en contra del mencionado candidato, a quien habría que adicionarle los citados 3 votos, para hacer la adecuada corrección de este error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

19.3. (sic) ZONA CORREGIMIENTOS- PUNTA CANOA MESA 1

a) Existe error aritmético, cuando en las copias de las Actas de Escrutinios de los Jurados de Votación de esta mesa única en el Corregimiento de Punta Canoa, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la Delegación del Registrador Nacional del Estado Civil y en la Registraduría Municipal del Estado Civil, el Candidato al Concejo Municipal señor JOAQUIN FRANCO BURGOS, aparece con TREINTA Y SEIS (36) votos y en el Cuadro de Computos (sic) (Resultados de Escrutinio Zonal), que ha servido para sumar los votos obtenidos en las elecciones del 13 de marzo de 1988, aparece con TREINTA Y CINCO (35) votos, o sea que se presente de manifiesto un ERROR ARITMETICO por UN (1) voto en contra del mencionado candidato, a quien habría que adicionarle el citado 1 voto, para hacer la adecuada corrección de ese error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo.

20.3. (sic) ZONA CORREGIMIENTOS- LA BOQUILLA MESA 1

a) Existe error aritmético, cuando en las copias de las Actas de Escrutinios de los Jurados de Votación de esta mesa Número uno que operó en el Corregimiento de La Boquilla, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en la Delegación del Registrador del Estado Civil, el Candidato al Concejo Municipal señor JESUS MARIA VILLALOBOS LUNA, aparece con UN (1) voto y en el Cuadro de Computos (sic) (Resultado de Escrutinio Zonal), que ha servido para sumar los votos obtenidos en las elecciones del 13 de marzo de 1988, aparece con SEIS (6) votos, o sea que se presenta de manifiesto un ERROR ARITMETICO por CINCO (5) votos a favor del mencionado candidato, a quien (sic) habria (sic) que restarle los citados 5 votos, para hacer la adecuada corrección de este error aritmético.

Artículo 224- Ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo" (Fls. 2 a 10 del Cuaderno Principal del Expediente).

Como fundamentos de Derecho y Concepto de la Violación, señaló:

"a) DE LA PRIMERA VIOLACION LEGAL EN NUESTRO CONCEPTO:

El artículo 224 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue subrogado por el Artículo 65 de la Ley 96 de 1985, dispone que "Las actas de escrutinios de los jurados de votación (sic) y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:...2). Cuando aparezca que el registro es

falso o apócrifo, o fasos o apócripos los elementos que hayan servido (sic) para su formación". Todo esto para concurrir estas causales de NULIDAD en los cargos que hemos formulado en relación con las firmas de los Jurados de Votación de las Mesas acusadas por este vicio, porque cuando los ejemplares de las actas de Escrutinios de los Jurados (Formulario E6-C) muestran estas irregularidades, sus pliegos debe (sic) se (sic) anulados.

Las Mesas de votación acusadas en esta Demanda por este cargo son: ZONA 3 PUESTO 3 MESAS NUMEROS 2-3-5-9-13-14-18-19 y 20.

b) DE LA SEGUNDA VIOLACION LEGAL EN NUESTRO CONCEPTO:

El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue subrogado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, dispone que "Las actas de escrutinios de los Jurados de Votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos...6) Cuando ocurran cualquier de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta Ley" y al mismo tiempo el mencionado artículo (sic) 42 de la Ley 96 de 1985 que establece doce causales de "reclamación", que por tanto tambien (sic) son de nulidad, consagra en su ordinal 3) la nulidad, "Cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinios de los Jurados de Votación estén firmados por lo menos de tres (3) de estos".

El artículo 30 de la ley 96 de 1985 dice textualmente: "El artículo 112 de la Ley 28 de 1979, quedará así: "Los resultados del cómputo de votos que realicen los jurados de votación se harán en acta, expresando los votos obtenidos por cada lista o candidato. Del acta se extenderán cuatro (4) ejemplares iguales que se firmarán por los miembros del jurado de votación; todos estos ejemplares serán válidos y se destinarán así: uno para el arca triclave, otro para los Delegados del Registrador Nacional, otro para el Registrador del Estado Civil y el cuarto para el Tribunal Contencioso Administrativo". Esta disposición señala que los cuatro ejemplares tienen que estar firmados por los miembros del jurado de votación y estando firmadas todas las actas, las cuatro copias, todas son válidas, porque están firmadas. No puede existir (sic) actas válidas y no válidas que traten del mismo asunto.

Todo esto por concurrir esta causal de NULIDAD en los cargos que hemos formulado, en relación con las firmas de los Jurados de Votación de las Mesas acusadas por este vicio, porque cuando uno de los cuatro ejemplares de las Actas de Escrutinios de los Jurados (sic) (Formulario E6 C) muestra estas irregularidades, sus pliegos deben ser anulados.

Las Mesas de Votación acusadas en esta demanda por estos cargos son ZONA 3 PUESTO 3 MESAS NUMEROS 3-5-8-9-13-14 y 17.

c) DE LA TERCERA VIOLACION LEGAL EN NUESTRO CONCEPTO:

El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue subrogado por el Artículo 65 de la Ley 96 de 1985, dispone que "Las actas de escrutinios de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos...3) Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la Corporación que las expiden".

Todo esto por concurrir estas causales de NULIDAD en los cargos que hemos formulado en relación con tachaduras, borrones, enmendaduras, porque cuando uno de los ejemplares de las Actas de Escrutinios de los Jurados (FORMULARIOS E6-C), muetran estas irregularidades, sus pliegos deben ser anulados.

Las Mesas de Votación acusadas de esta Demanda por estos cargos son ZONA 3 PUESTO 3 MESA 9 Y 18.

d) LA CUARTA VIOLACION LEGAL EN NUESTRO CONCEPTO:

El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue subrogado por el Artículo 65 de la Ley 96 de 1985, dispone que "Las actas de escrutinios son nulas en los siguientes casos... 6) Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de ésta (sic) Ley" y al mismo tiempo el mencionado artículo 42 de la Ley 96 de 1985 que establece doce (12) causales de "reclamación", que tambien (sic) son por lo tanto de nulidad, consagra en su causal (11) "Cuando aparezca de manifiesto que en el acta de escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella", causal o circunstancia esta que conforme lo ordena más adelante el mismo artículo 42 mencionado, no produce nulidad total del registro, sino solamente, "su corrección correspondiente".

El "error aritmético" es un error matemático, es un yerro de suma y debe constar en acta.

Todo esto por concurrir esta causal de CORRECCION en los cargos que hemos formulado, en relación con errores en sumas de los Jurados de Votación de las mesas acusadas y en los Cuadros de Computos (sic) (Resultado de Estrutinio Zonal), que han servido para sumar los votos obtenidos en las elecciones del 13 de marzo de 1988, para su adecuada corrección legal. Las Mesas de Votación acusadas en esta Demanda por este cargo son: ZONA 1 PUESTO 1 MESA 91, ZONA 2 PUESTO 4 MESA 3, ZONA 3 PUESTO 3 MESA 13, ZONA 3 PUESTO 4 MESA 7, ZONA 4 (CUADRO DE COMPUTOS PAGINA 4 DE ESTA ZONA), ZONA 4 PUESTO 4 MESAS 19 Y 20, ZONA 5 PUESTO 6 MESA 10. ZONA CORREGIMIENTOS-PASACABALLOS MESA 5, PUNTA CANOA MESA 1, LA BOQUILLA MESA 1" (fls. 10 A 12 del Cuaderno Principal del Expediente).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal fundamentó la decisión recurrida en los siguientes términos

"Este proceso se encuentra para fallo y a ello se procede ... mediante las siguientes consideraciones: ...

CONCEPTO DE LA PRIMERA VIOLACION.

Se estudia este cargo así: la causal alegada está fundamentada en el artículo 224 ordinal 2 del C.C.A., para más tarde subsistir en la nueva Ley electoral 62 de 1988 artículo 17numeral 2 que reza textualmente así: "Artículo 65. "El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tendrá el siguiente texto: "Artículo 223 CAUSALES DE NULIDAD. Las actas de escrutinios de los jurados de votación y de toda Corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

"1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votacion, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

"2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

"3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alternaciones sustanciales en lo escrito, después de ser firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

"4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computan con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y Leyes de la República.

"5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

"6. Cuando los jurados de votacion o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio, sino los votos del candidato o los candidatos, en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición".

Desde luego esta causal será tenida en cuenta y por ello es preciso mirar con detenimiento el material probatorio a fin de dilucidar si se dan o nó (sic) los supuestos de hecho alegados como tal.

Entre el material probatorio que se recaudó en este proceso, tenemos el acta de inspección judicial donde consta lo siguiente: Con respecto a la mesa 2 en el acta de instalación del jurado aparecen relacionados los siguientes nombres

y apèllidos: Rodolfo Arroyo, Camilo Mendoza, Luz Marina Narvaez, Alba Montes de Cabarcas. Se exihibio (sic) la Resolución No. 002 de 1988 donde consta el nombramiento de las personas antes mencionadas, coincidiendo así los nombres, apellidos y firmas de quienes fueron nombradas por esa resolución como jurados para esa mesa con los que definitivamente actuaron como funcionarios públicos transitorios.

Por las razones expuestas no prospera el cargo.

MESA NUMERO 5

De la inspección judicial realizada sobre los documentos electorales, formulario E-9 - E-6 y sobre las resoluciones No. 008 y 002 de 1988, que se dedujo que el único jurado de votación que no aparece nombrado por resolución es Eric Rhenals Correa, que los otros que actuaron como tal o sea Berlidez Amaris Mora, Dagoberto Marquez Beltrán, Nuris Santiago Ortega están respaldados por nombramientos mediante las resoluciones reseñadas precedentemente, y para esclarecer de una vez por todas lo alegado en el cargo por el Actor en el sentido de ser esas personas que no aparecen nombradas por resolución elementos extraños dentro del proceso electoral, se precisa acudir a otra prueba: a la certificación del delegado de la Registraduría especial del Estado Civil que obra a folio (404) del cuaderno # 2 donde hace constar que el día de las eleccionesse nombraron visitadores de mesa con facultades para reemplazar a los jurados de votación que no concurrieren a desempeñar sus funciones o abandonaran el cargo para la zona 3 puesto 3; y estas personas que fueron nombradas como tal según la mentada certificación responden a los nombres de Carmen Edilsa Osorio Vargas, Ismael Castillo y Argenida Julio de Romero. De esta prueba en especial corrobora la Sala el cumplimiento por parte de los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena lo que para tal efecto dispone el artículo 48 ordinal 6o. del Código Electoral que a la letra dice:

"Art. 48: REGISTRADORES MUNICIPALES - FUNCIONES

"Los Registradores Municipales ...

"6. Nombrar para el día de las elecciones, en las ciudades donde funcionen más de veinte (20) mesas de votación, visitadores de mesas, con facultad de reemplazar a los jurados que no concurran a desempeñar sus funciones o abandonen el cargo. Estos visitadores tomarán posesión ante el Registrador Municipal y reclamarán el concurso de la fuerza pública para tales efectos".

Por ello es factible que con respaldo a lo que se dispone en esa norma, esos visitadores procedieran a nombrar nuevos jurados para esta mesa por faltar los jurados de votación nombrados por resolución o por haber ellos abandonado el cargo; nombramiento que se legitimaba con la posesión cumplida al firmarse las respectivas actas de instalación o de escrutinios. Esta clase de

nombramientos inmediatos por parte de los delegados auxiliares o visitadores de mesa no nos dice la Ley la forma en que deben proveerse, y solo el Consejo Nacional Electoral ha regulado una forma escrita elaborada pro-forma (formulario E-16); que debe llenarse por estos funcionarios cuando se den esas situaciones; pero sin embargo (sic) en caso de no tenerse en cuenta ese formulismo bien puede producirse ese nombramiento verbalmente, situación que de configurarse seria una irregularidad pero no elevado a la categoría de causal de nulidad, por no consagrarlo expresamente la Ley Electoral.

Con lo expuesto podemos concluir que a pesar de estar las actas de escrutinios firmadas por un solo jurado de votación, no amparado su nombramiento por las resoluciones 002 y 008 del año de 1988, no dejan de ser esas actas documentos públicos. Tal supuesto no destruye la presunción de autenticidad de la cual goza el documento público. Al respecto, se permite transcribir la Sala doctrina sentada por la Corte Electoral contenido (sic) en el Código Electoral comentado (Humberto de la Calle) página 44 que a la letra dice:

"DOCTRINA: ACTAS DE JURADOS FIRMADAS POR PERSONAS DISTINTAS A LAS DESIGNADAS. NO SON NULAS."

..."el hecho de que las actas estén firmadas por personas distintas a las inicialmente designadas como jurado de votacion, no es causal de nulidad por cuanto la misma ley permite que, en desarrollo del debate electoral, puedan designarse por el Registrador Municipal y aún por el presidente de la mesa nuevos jurados, ante la ausencia o incumplimiento de los inicialmente designados" (Acuerdo No. 9 de 1964 de la Corte Electoral. Tambien Acuerdo No. 6 de 1970).

Tampoco se demostró que las firmas estampadas en las actas de escrutinios presumiblemente provenientes de los que actuaron como jurados de votación sean apócrifas o falsas.

Tampoco se demostró por el Actor que la copia del Acta formulario (E-6) que reposa en el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolivar no está firmada por los jurados, ya que no se examinó, por no aportarse al proceso copia auténtica de dicha Acta, no solicitarse inspección judicial sobre esos documentos.

La primera violación no se da en este caso y desde ese punto de vista se desecha el cargo.

MESA 9

De la inspeccion judicial se desprendelo siguiente: Examinados los formularios E-9, E-6 y las Resoluciones 002 y 008 del año 1988 se comprobó que los que actuaron como jurados en las Actas E-9 y E-6 son los mismos que aparecen relacionados en las resoluciones de marras.

Por estas razones la primera violación no se da y desde ese punto de vista se desecha el cargo.

MESA 13

Según aparece consignado en la inspección judicial actuaron como jurados de votación en el acta de instalación y de escrutinios las siguientes personas, que también aparecen nombradas por resolución 002 y 008 de 1988 así: Katia Garizabal, Jaime Montoya, Ketty Viaña, Elida Caballero Casalins y se presume que fueron nombradas por los visitadores de mesa de esa zona Sixta Medina, Plinio Garcia Camacho y Ayda Garcia Caraballo.

Por lo tanto podemos concluir que el acta de escrutinios no deja de ser documento público; por el hecho de aparecer esos jurados de votación actuando sin ser nombrados por las resoluciones 002 y 008 y no se diga que por no estar amparados por esas resoluciones, ellos no tenían el carácter de funcionarios públicos transitorios y en consecuencia sus firmas eran inauténticas. No; no es de recibo esta última reflexión ya que los jurados así nombrados cumpleron (sic) a cabalidad su cometido y son plenamente válidos los pliegos electorales que produjeron. Tampoco está demostrada la afirmación que hace el Actor en el sentido de no aparecer las Actas de escrutinios de los jurados de votación, que reposan en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolívar, suscritas o firmadas, ya que esas actas no se examinaron por no solicitarlo como prueba el Acto y de la revisión que se hizo acerca de las otras Actas de escrutinios, concluimos que por lo menos el original de uno de esos pliegos tiene la firma de los tres jurados de votación nombrados mediante resolución. Así mismo cayó en el vacio por orfandas probatoria la afirmación de la apocrificidad (sic), falsedad o carencia de firmas de las actas de escrutinios.

Lo expuesto es suficiente para desechar los cargos anteriores.

MESA 14

Según se desprende de la inspección judicial realizada en los documentos a que se refiere esta mesa, tenemos que la mayoria de los jurados de votación que aparecen actuando como tal, en las actas de instalación del jurado y en las de escrutinios; son las mismas que nombraron por resoluciones Nos. 002 y 008 de 1988. El único de esos jurados que no está amparado por las mentadas resoluciones es el que responde al nombre de Gabriel Quintana Martínez, a quien no se le puede decir que su firma carece de autenticidad por ese hecho; ni por habersele (sic) demostrado falsedad o apocrifidad.

No se demostró el cargo consistente en que las copias del acta de escrutinio de los jurados de esta mesa 14 del puesto 3 de la zona 3 que reposan en el

Tribunal Administrativo de Bolívar, así como la que sirvió en los escrutinios de la zona carezcan de firmas, porque analizadas todas las pruebas a que se hizo referencia en la inspección judicial; vemos que esta afirmación carece de fundamento, después de comprobar que el acta de escrutinios que sirvió para la zona si aparece firmada por los jurados de votación.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

MESA 17

Este cargo no prospera, porque no se demostró que los cuatro ejemplares de las Actas de Escrutinios carezcan de firmas, en el manejo de pruebas documentales se anexó una copia auténtica de estas Actas donde aparecen las firmas del presidente y vicepresidente y dos vocales que actuaron como jurados de votación de esta mesa.

MESA 18

De los documentos que se examinaron en la inspección judicial se estableció que en esta mesa actuaron como jurados de votacion por estar nombrados por resoluciones 002 y 008 de 1988 las siguientes personas: Monica Reyes López, Adalberto Alvarez, Florán Caballero; y actuaron sin estar respaldados por las susodichas resoluciones los siguientes jurados: JULIA DE CABARCAS, JAIRO OROZCO PUERTA, HECTOR CONTRERAS MERCADO, AMIRA S. LOPEZ. Desde luego las firmas de los jurados nom- brados por resoluciones como de los que no están amparados por ese documento se presumen auténticas por cuanto provienen de una persona que ejerció transitoriamente funciones públicas es decir por una especie de funcionario público transitorio; y no se diga que por aparecer los otros jurados nombrados en formas distintas estas firmas van a dejar de ser auténticas. También se observa que ninguna de las firmas que aparecen en las actas de escrutinios han sido refutadas mediante prueba idónea o apócrifas.

Por lo expuesto se desecha el cargo.

Sobre el otro cargo que se le hace a las actas de escrutinios de los jurados de votación de la mesa 18 puesto 3 de la zona 3, que reposan en el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolivar, en la delegacion del Registrador Nacional del Estado Civil y en la Registraduría Municipal del Estado Civil por aparecer las firmas repasadas en tinta es necesario hacer las siguientes consideraciones:

No existe dictamen grafológico que nos diga que la firma que aparece repasada fuera falseada porque no corresponda a la escrita originalmente.

Por lo expuesto se desecha también este cargo.

MESA 19

De la diligencia de inspección judicial podemos concluir que una vez examinados los formularios E6 -E 9 y las Resoluciones 002 y 008 del año de 1988, se estableció que allí actuaron como jurados de votación nombrados por resolución Silveria Rodríguez y Holger Obando López.

Pero lo anterior, no es obstáculo para afirmarse que la firma de los otros jurados nos auténticas; por no aparecer amparados por las mentadas resoluciones y para refutar esta tesis se dan las mismas razones jurídicas que para las otras mesas por ameritarlo el reparo que se les hizo.

Tampoco se demostró apocrifidad o falsedad de las firmas de quienes actuaron como jurados de votacion de esta mesa, no existe prueba que de (sic) la certeza de ese supuesto de hecho alegado.

MESA 20

Se constató en la inspección judicial que todos los que actuaron como jurados de votación de las diligencias de instalación del jurado y de escrutinios son los que aparecen nombrados por resolución 002 de 1988. Y por otro lado se observa que tampoco prospera el cargo por cuanto no se mostró falsedad o apocrifidad en las firmas puestas en dichos documentos.

De la segunda violación,...

Esta situación no se demostró ya que las Actas que reposan en el Tribunal Administrativo de Bolívar no se anexaron al proceso, no se solicitó por el Actor que se decretara como prueba su examen y es bien sabido que esa causal prospera cuando las cuatro Actas de Escrutinios están firmadas por menos de tres jurados. A contrario Sensu que de encontrarse siquiera un acta suscrita por tres jurados hacen válida la actuación electoral; tal como ocurre con las mesas 3-5-8-9-13 y 14 que aparecen firmadas las Actas de Escrutinios formulario amarillo (E-6) y la 17 que no aparece firmada, pero que fue objeto de reclamación por este motivo, y según resolución emanada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral (flio 110) se dijo expresamente lo siguiente: "Que el Acta de la mesa 17 del puesto 03 de la zona 03, el original (sic) se encuentra firmado por mas (sic) de tres jurados, y en la copia autentica (sic) del Formulario E-6 que hace parte del manojo de pruebas enviadas con destino a este asunto por los delegados del registrador (sic) nacional del Estado Civil, se comprueba que aparece firmada por los jurados de votación.

Por lo expuesto se desecha este cargo.

TERCERA VIOLACION

...

Lo expuesto como reparo de las mesas 9 y 18 de la zona 3 puesto 3, no conlleva de por sí a declarar la nulidad impetrada, por cuanto no se demostró con prueba testimonial, confesión, dictamen pericial, que hubo alteraciones sustanciales en los escritos después de haber firmado los jurados de votación las respectivas actas de escrutinios; ni tampoco hubo confrontación entre todas las actas de escrutinios para poder comprobar las inexactitudes entre todas ellas y de lo cual resultare protuberante la alteración sustancial en lo escrito, apareciendo así un perjuicio para el Actor. Amén de existir jurisprudencia para el caso concreto para lo cual la Sala la transcribe a continuación.

"ACTAS DE ESCRUTINIOS CON TACHONES BORRONES O ENMENDADURAS"

"Según la anterior disposición, la respectiva comisión escrutadora distrital, Municipal o auxiliar deberá hacer el cómputo de los votos con base en las Actas de los jurados de votación introducidas en el arca triclave. Si tales actas contienen tachaduras, enmendaduras o borrones, estas irregularidades se anotaron en el correspondiente documento ("Constancias de la Comisión Escrutadora" Formulario E-50) En este caso se cotejarán las Actas de escrutinios de los jurados de votacion introducidas en el arca triclave con otro ejemplar del formulario E 6 - C, a fin de verificar la exactitud o diferencias en las cifras de los votos obtenidos por cada lista o candidato. Si hubiere diferencias, se procederá al recuento de votos.

"De modo que tales son los remedios ordenados por la Ley para el caso de que en las actas de escrutinios de los jurados de votación se adviertan tachaduras, enmendaduras o borrones. O sea que, como se dijo, la Ley no prevé para esas irregularidades la sanción de nulidad...".

(Sentencia de mayo 4 de 1987. Sala Contenciosa Electoral, Consejero Ponente Joaquín Vanin Tello. Expediente E-054 Actor Luis Fernando Londoño Capurro).

CUARTA VIOLACION

...

Sobre esta causal se hacen las siguientes consideraciones al respecto:

Mesa 17 Zona 3 Puesto 3.

Se afirma que el candidato JESUS MARIA VILLALOBOS LUNA aparece en números con 69 y en letras con sesenta y siete votos, se le han computado 69 votos. De las pruebas documentales aportadas al plenario que son el acta de escrutinio en original formulario amarillo (F-6) que envió el Registrador Municipal del Estado Civil y la copia auténtica del Acta de Escrutinio que reposa en la delegación del Registrador Nacional del Estado Civil; aparece comprobada esta situación; pero en cambio no puede decirse lo mismo de las otras dos actas de escrutinios que no fueron aportadas al plenario, amén, de que parece, que el hecho no encuadra dentro

de lo que significa el error aritmético como causal de nulidad, que no es otra cosa que la equivocación o yerro al hacer las sumas de los votos consignados en el acta. En el caso específico, lo es el de alterar o el dato que se registra en números o el que se consigna en letras y así vemos que no aparece de esa situación operación que se refiera a la totalización de los sumandos registrados en las actas de escrutinios.

ZONA 1 PUESTO 1 MESA 91

Se dice: Existe un error aritmético, cuando las copias del acta de escrutinios de los jurados de votación de esta mesa que reposan en el T. de lo C.A. de Bolivar, en la delegación del Registrador del Estado Civil, el candidato al Concejo Municipal señor JESUS MARIA VILLALOBOS LUNA aparece con (0) cero votos y en el cuadro computos (sic) (resultado de escrutinio zonal) aparece con ocho (8) votos, o sea que presenta de manifiesto un error aritmético, por ocho (8) votos en favor del menciondo candidato a quien habría que disminuirle los citados ocho votos para hacer la adecuada corrección de ese error aritmético.

Para comprobar esta afirmación se examinaron las copias auténticas del cuadro de cómputo (sic) zonal, el formulario amarillo (E-6) y la copia auténtica del formulario (E-6). En el primero de ellos aparece el dato de (8) ocho votos y en los otros el de (0) cero votos para el Concejal JESUS MARIA VILLALOBOS. Sinembargo haciendo la Sala una revisión minuciosa del formulario E-6 amarillo, se observa que los datos electorales colocados frente a la lista de aspirantes no se encuentran debidamente encajonados en los respectivos renglones, así tenemos, que en estricto orden al candidato Santa María López Juvenal le corresponde 1 voto, a Serge Pardo Ricardo 7 votos, Serrano Ribes Eva 2 votos, a Turbay Turbay José Felix 2 votos, a Velez Bottet Raimundo 4 votos, a Villalobos Luna Jesús 8 votos.

Confrontandolo (sic) con el cuadro de Escrutinio Zonal, puesto 1, mesa 91, estos candidatos registran exactamente el mismo numero (sic) de votos.

Estas consideraciones sirven igualmente para los cargos que se le endilgan a las siguientes mesas:

MESASPUESTOS ZONAS

34 2
134 3

Por lo expuesto se desecha el cargo del error aritmético.

ZONA 6 puesto 4 mesa 19 y 20 no se examinaron las actas de escrutinios que se enviaron al Tribunal C.A. de Bolivar por cuanto no se aportaron al proceso, ni tampoco se pidió su examen como prueba, no se aportaron las otras actas de escrutinios Formulario E-6 para poderlo confrontar con el formulario del cuadro zonal de computos (sic).

Zona Corregimieto Pasacaballos, mesa 5

No se pudo constatar lo afirmado, por cuanto no se aportaron al proceso las actas de escrutinios de esa zona, puesto y mesa.

La BOQUILLA, Mesa 1

Examinada la documentación referente a este cargo se estableció plenamente por la Sala que no se desprenden (sic) de estos documentos lo afirmado por el Actor sino todo lo contrario; ya que en ambos documentos concuerdan el número de votos.

Zona 3 Puesto 3 Mesa 7
Zona 5 Puesto 6 Mesa 10
Zona Corregimiento Punta Canoa, Mesa 1
Zona 4 Cuadro Cómputo Resultado Zonal.

Zona 3 Puesto 3 Mesa 7

Según acta E-6 el candidato JESUS MARIA VILLALOBOS registra 28 votos y en el Acta de Escrutinio Zonal 30 votos. luego se comprueba que en el Acta de Escrutinio Zonal se registran a su favor dos votos más.

Zona 5 Puesto 6 Mesa 10

Para el candidato Joaquín Franco Burgos, se registra en el Acta de escrutinio formulario E-6, 3 votos; y en el cuadro de cómputo zonal 2 votos. Quiere decir lo anterior que se le dejó de computar 1 voto.

Zona corregimiento Punta Canoa, Mesa 1

Formulario E-6; registra Joaquín Franco Burgos 36 votos y en cuadro cómputo zonal 35; es decir, se le dejo de computar un voto.

Zona 4. página 4 - Cómputo Zonal,

Se registra en el total de mesas del cadidato Villalobos 80 votos y haciendole (sic) la operación de lo registrado allí en esas mesas para ese candidato da un total de 76 votos. Es decir se le computaron 4 votos más a su favor.

CONCLUSION: Para corregir el error aritmético hay que restarle 6 votos a JESUS MARIA VILLALOBOS y sumarle 2 votos más a JOAQUIN FRANCO BURGOS.

Se tiene entonces, que a los 3.485 que es el resultado definitivo reconocido por el Consejo Nacional electoral (sic) para el candidato JESUS MARIA VILLALOBOS hay que restarle seis (6) votos, lo cual arroja la suma de 3.479 votos, que es el resultado definitivo para el indicado candidato, verificada la corrección del error aritmético.

En cuanto al candidato JOAQUIN FRANCO BURGOS, tenemos que los 3.447 que le fueron computados al Consejo Nacional electoral (sic) en el acto acusado, hay que sumarle dos votos, lo que deja un total de 3.449, que es el resultado defintivo para el indicado candidato, veriricada la corrección del error aritmético.

De acuerdo con lo antes dicho prospera parcialmente el cargo enderezado a rectificar o corregir el error aritmético en que se incurrió, y así se dispondrá en la parte resolutiva de la sentencia.

Como la rectificación por el error aritmético constatado no incide a simple vista en el resultado final en materia de los Concejales que resultaron y fueron declarados elegidos por el Municipio de Cartagena para el período 1988-1990, no hay lugar a declarar la nulidad del acto acusado ni ordenar en consecuencia la realización de nuevos escrutinios.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Administrativo de Bolivar, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Pública (sic), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1. De conformidad con lo consignado en la parte motiva de esta sentencia en relación con la rectificación efectuada por error aritmético, en cuanto hace relación a los votos del candidato JESUS MARIA VILLALOBOS Y JOAQUIN FRANCO BURGOS, quedan así:

JESUS MARIA VILLALOBOS 3.479 Votos.
JOAQUIN FRANCO BURGOS 3.449 Votos.

2. Deniéganse las demás peticiones de la demanda". (Fls. 569 a 586 del Cuaderno Principal del expediente).

LA APELACION

a) De la parte actora

Contra la sentencia del Tribunal, el señor Roberto Arrazola Juliao interpuso y sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

"Me referiré a los hechos de la demanda original por considerar que efectivamente, hubo error al apreciar la adición de la misma, ya que el término que concede la ley para estos casos estaba vencido. Voy por lo tanto a estudiar cada uno de los cargos originales que fueron denegados por ese Honorable Tribunal.

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 5

Es cierto que para las elecciones y antes del día de los comicios, se nombran Visitadores de Mesas que tienen la facultad de nombrar miembros de jurados en las mesas de votación ante la ausencia de los nombrados, pero no es menos cierto, que practicada la inspección judicial, cuya diligencia aparece en el expediente se pudo constatar que esos visitadores no nombraron miembros de jurados para dicha mesa, por lo tanto, las personas que aparecen actuando como miembros de jurados de votación son extraños y como tal hacer apócrifo el documento y por ende debe tenerse como nulo (sic) los escrutinios efectuádos (sic) en la mesa.

Si nosotros aceptáramos la tesis peregrina de que se supone los nombramientos verbales de las personas que aparecen firmando las actas de escrutinios de las mesas de votación, estaríamos en presencia de negar los requisitos que la ley electoral exige y por lo tanto cualquier extraño podría fuera de escrutinios firmar las actas elaboradas quien sabe donde y cuando convalidándose así una actuación falsa.

Cuando la ley exigió el uso del formulario E-16 que debe llenarse por los visitadores de mesas, estaba precisamente corrigiendo las anomalías que se presentaban en anteriores elecciones que eran las de llevar actas con datos falsos por personas ajenas a las mesas de votación modificando totalmente el resultado veraz de las urnas.

La historia de Colombia está llena de estos originales casos y baste como ejemplo para recordar el famoso "Registro de Padilla" cuando se disputaban la presidencia de la República el General Rafael Reyes y Joaquín F. Vélez.

La providencia que recurro en la página 16 cuando se cita el art. 48 del Código electoral (sic) transcribe las funciones que tienen los visitadores de mesas, y hace suponer al juzgador que es factible que con respaldo a lo que dispone esa norma esos visitadores procedieran a nombrar nuevos jurados para esas mesas.

Me pregunto, sí (sic) ésto fuese posible o si cabría la suposición para no entender como violada la ley electoral, estariamos acaso haciendo inócua (sic) las disposiciones que establecen los requisitos de los formularios que como el E-16 es elaborado y exigido precisamente para evitar los fraudes electorales de suyos conocidos en este país?.

En esta mesa 5 de la ZONA 3 DEL PUESTO 3, cuyo cargo se me rechazó, solamente aparecen las firmas de Berlides Amarís Mora y la de Dagoberto Martínez, quienes corresponden a miembros del jurado de esa mesa nombrados y posesionados legalmente. Las otras personas o las otras firmas que aparecen en las actas no han sido nombradas, por lo tanto, existe una falsedad que invalida el acta y que mal el juzgador debe presumir esos nombramientos para conceder una validez cuando se demostró en la inspección judicial que no fueron nombrados por los visitadores de mesas, ya que el formulario E-16 no apareció dentro de los sobres que se inspeccionaron como tampoco ninguna otra providencia.

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 9

La acusación que correspondió a esta mesa consistió en que las firmas que aparecen en el acta de instalación (forma E-9) solamente dos corresponden a las que aparecen en el acta de escrutinio del jurado de votación (Forma E-6), por lo tanto solamente dos firmas corresponden a las nombradas, el resto de personas que aparecen firmando no se puede presumir que hayan sido nombradas porque se demostró que no hay providencia alguna sobre este particular. Al expediente se adjuntaron fotocopias auténticas de las formas E-6 y E-9, expedidas por la Registraduría Municipal.

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 14

En la sentencia que recurro se dice que se presume que fueron nombrados por los visitadores de mesas, tres de los firmantes del acta de instalación, distinguidos con las C.C. No. 3.796.022, 33.156.562 y 33.140.881 que no fueron nombrados por resoluciones emandas (sic) de la Registraduría Municipal del estado civil, como tampoco por los visitadores de mesas, si se hace presumir que estos fueron nombrados verbalmente, es convalidar cualquier actuación de cualesquiera particular. Los argumentos que venimos sosteniendo sobre le necesidad de hacer uso imperante del formulario E-16 son valederos para este caso.

El juez *a-quo* con el ánimo de sostener su fallo en lo que respecta los posibles nombramientos verbales o a la presunción de los mismos por los Visitadores de Mesas, transcribe una doctrina sentada por la Corte Electoral, contenido (sic) en el Código Electoral comentado (Humberto de la Calle) pag. 44, que a la letra dice "Doctrina: Actas de jurados firmados por personas distintas a los designados. NO SON NULAS." ..."El hecho de que las actas estén firmadas por personas distintas a las inicialmente designadas como jurados de votación, no es causal de nulidad por cuanto la misma ley permite que en desarrollo del debate electoral, puedan designarse por el registrador municipal y aún por el presidente de la mesa nuevos jurados, ante la ausencia o incumplimiento de los inicialmente designados" (Acuerdo No. 9 de 1964 de la corte electoral también acuerdo No. 6 de 1970).

Me permito manifestar, de la manera más atenta, que si bien es cierto que la Honorable Corte Electoral ha citado la doctrina anteriormente transcrita, no es menos cierto que esta señala la capacidad legal de los Registradores Municipales y aún los Presidentes de Mesas para designar nuevos jurados, pero dicha designación ha de hacerse por medio de un acto administrativo que necesariamente ha de ser escrito pues el acto condición requiere como elementos indispensables varias etapas para su perfeccionamiento, que empieza con el nombramiento de una persona, comunicación, aceptación y posesión. Todos estos actos o etapas administrativas han de ser por escrito porque no se conciben éstas verbalmente.

Quiero destacar también que, la doctrina citada por el juzgador de Primera Instancia tienen fechas 1964 y 1970, años anteriores a la reforma electoral, tanto es así, que en ella no se mencionan a los Visitadores de Mesas sino al Registrador

Municipal y a los Presidentes de las Mesas. Posteriormente, con ocasión a la nueva reforma al Código Electoral, se establecieron en el art. 48 las funciones de los Registradores Municipales y de los Visitadores de Mesas con facultad de reemplazar a los jurados que no concurran a desempeñar sus funciones o abandonen el cargo. Pero el legislador exigió al mismo tiempo el formulario E-16 para que estos funcionarios no llenasen cuando se diesen esas situaciones. Por lo tanto, no podemos presumir ni aceptar como hecho factible el nombramiento de jurado de mesa de votación sin el requisito de la forma E-16 que le dá (sic) la categoría de funcionario público o de jurado dela mesa de votación, a la persona nombrada.

A estos son a los que me he referido en mi demanda para solicitar la nulidad de las mesas de votación números 5-13-14-18-19 y 20 del puesto 3 de la ZONA 3, por considerar apócrifas o supuestas a las personas que aparecen firmando las actas de escrutinios de las mesas citadas, ya que estas personas son elementos que han servido para la formación del registro, tal como lo establece el art. 173 de la Ley 28 de 1979 literal (sic) 2o.

En ninguna parte he considerado ni he tratado de falsas las firmas de las personas que he mencionado como no nombradas por acto administrativo alguno. Estas firmas pueden ser o no de dichas personas, pues para el caso no interesa, lo fundamental es el debate en que estas personas han actuádo (sic) firmando unas actas o registros de escrutinios sin tener la condición legal para ello y por lo tanto vicia de nulidad el documento público. Por ello no solicité peritazgo para determinar la falsedad de las firmas.

La ley exige requisitos (sic) para que estos se cumplan y la carencia de cumplimiento de los mismos debe generar una sanción, pues de lo contrario para qué se impondrían? Si va a dar lo mismo la exigencia o no del formulario E-16 para que entonces su creación ?. Por qué el juzgador que ha de hacer cumplir la ley, peregrinamente puede presumir o deducir que éstos (sic) funcionarios fueron nombrados verbalmente ? Si aceptáramos dicha tesis no estuvieramos jamás en presencia de elecciones viciadas, nulas o falsas. Cualquier pliego podría elevarse o elaborarse por cualesquier persona, antes o después de un sufragio electoral, tesgiversando (si) totalmente el verdadero resultado, la fe pública y el sistema democrático de una república, que es lo (sic) está en juego.

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 14

Sobre este punto de la sentencia, quiero sólo remitirme al hecho contradictorio ya que en la misma se viene sosteniendo cuando acepta, (ver pág. 19) "que el único de esos jurados que no está amparado por las mentadas resoluciones es el que responde al nombre de Gabriel Quintana Martínez", por cuanto el juzgador debió presumir su nombramiento por parte de los visitadores, y así no lo hizo, dando a entender l a (sic) irregularidad al no ser nombrado en debida forma.

Con relación a las pruebas que se mencionan, no han sido aportadas, tengo que manifiestar que si lo fueron ya que en fotoscopias (sic) auténticas se acompa-

ñaron a la demanda las formas E-16 y E-9 demostrando así que dos de las firmas de las tres que aparecen en la forma E-6 no corresponden a las firmas que aparecen en el acta de instalación (Forma E-9).

El Tribunal no se ha referido a esta actuación.

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 17

La sentencia niega la prosperidad del cargo porque no se demostró que los cuatro ejemplares de las actas de escrutinios carezcan de firmas. No temo que el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolivar se haya equivocado al apreciar los documentos aportados con la demanda ya que lo que aparece firmado por el presidente, vicepresidente y dos vocales de esta mesa es el acta de instalación, (E-9) y no como se dice en la sentencia que las actas aparecen firmadas, es decir, la forma E-6 A la demanda se acompañaron xeroxcopias autenticadas por el Registrador Municipal; en la inspección judicial practicada en la Delegación se comprobó la falta de firmas como también en las actas que sierviron (sic) para los escrutinios zonales. Por lo tanto, la nulidad de esta mesa debe ser considerada por la carencia de firmas, ya que si se demostró. Lo sucedido en este caso ha sido la confusión que ha tendido el juzgador de primera instancia para distinguir entre la fórma (sic) E-9 y la fórma (sic) - E-6, ésta (sic) útima es la que exige la ley que sea firmada, so pena de nulidad.

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 18

Solamente dos firmas, la de Mónica Reyes López y la de Adalberto Alvarez, corresponden a personas nombradas por resoluciones de la Registraduría Municipal. El resto delàs firmas de las personas que suscriben esta acta, no fueron nombradas y no se puede aceptar como lo he sostenido anteriormente la presunción de nombramientos verbales, pues no es dable para estos casos por exigencia expresa de la ley al establecer el formulario E-16. En la inspección judicial practicada dentro del proceso se probó este acerto.

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 19

En la diligencia de inspección judicial, se comprobó que solamente dos personas fueron nombradas por medio de resolución emanadas (sic) de la Registraduría Municipal. Estos fueron Silverio Rodríguez y Halger Obando. Inisite (sic) la Magistrada Ponente y con ella los demás miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolívar, que se presume que el resto de miembros del jurado de esta mesa, fueron nombrados por los visitadores, cuando en la inspección judicial no se enceuntra (sic) pueba alguna pueba (sic) alguna (sic) de nombramiento. Así como el juzgador de primera instancia sostiene que para refutar las peticiones incoadas en el libelo de demanda se tienen las mismas razones jurídicas que para las otras mesas, me permito igualmente sostener en este caso como en los otros, que no se puede presumir sin hacer burla de la ley el nombramiento verbal de dichos jurados, de lo contrario ¿Cómo explicaría el Honorable Tribunal el hecho tan pro-

tuberante de aparecer Nuris Torres firmando la forma E-6 o acta de escrutinio de esta mesa 19 y al mismo tiempo actuándo (sic) con nombramiento y posesión como miembro del jurado de la mesa 20 del PUESTO 3 DE LA ZONA 3?

Podrá presumirse que los visitadores han nombrado miembros de jurado a una persona que ha actuádo (sic) en ese mismo día y hora en otra mesa?

Tendrá Nuris Torres el don de la ubicuidad? Este caso patético de falsedad demuestra la gran irregularidad que engendra nulidad, que el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolívar ha querido desconocer o pasar por alto, con la tesis de la presunción de los nombramientos verbales.

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 20

En este punto de la sentencia, se me ocurre preguntar para qué se decretó y practicó la inspección judicial en las oficinas de la Delegación de esta circunscripción electoral? Si daba lo mismo hallar o nó (sic) los actos administrativos de nombramiento de los miembros de las mesas de votación, ya que cuando éstos se constataron no existir se presumió el nombramiento verbal. Se niega esa petición por cuanto no se mostró la falsedad o apocrifidad de las firmas puestas en dichos documentos. En ningún momento se quiso ni se tachó de falso o apócrifo las firmas de las personas que aparecen actuándo (sic) en esta mesa. La queja consistió en que las personas que actuaron como tales no tienen faculad para ello porque no fueron nombradas como exige la ley por los Registradores Municipales o por los visitadores de mesas, por estos últimos haciendo uso del formulario E-16.

Quiero llamar especial atención en este caso de la mesa 20 en donde la malicia del juzgador de primera instancia no llegó a preguntarse por qué aparece firmada el acta de instalación (F-E-9) por seis personas todas ellas nombradas debidamente por la Registraduría Municipal y en cambio, el acta de escrutinio forma E-6 aparece firmada sólo por cuatro (sic) personas ? Ninguna de las cuales había firmado el acta de instalación o F-E-9, presumiéndose que todos ellos fueron nombrados por los visitadores de mesas. Pero da la casualidad que en esta mesa # 20 del puesto 3 de la zona 3 aparece igualmente actuándo (sic) Nuris Torres, la misma según nombre y apellido que apareció nombrada en la mesa 19. Podría Nuris Torres ejercer los dos cargos al mismo tiempo, el mismo día y a la misma hora.

Con relación a los hechos acusados como violatorios a la ley electoral que se contrae en el libelo de demanda al segundo punto o segunda violación acusándose en la demanda las mesas números 3 -5 5- 8- 9 - 13 - 14 y 17 de la zona 3 puesto 3, aduciendo como nulidad, cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinios de los jurados de votación estén firmadas por lo menos de 3 de éstos (art. 30 y 65 de la Ley (sic) 96 de 1985).

El Tribunal sostiene que esta situación no se demostró ya que las actas que reposan en el Tribunal Administrativo de Bolívar no se anexaron al proceso ni se solicitó por el actor que se decretara como prueba su exámen (sic).

Realmente no se solicitó que se decretara como prueba el exámen (sic) de las actas que reposan en dicho Tribunal, por lo tanto no se tuvo como probada la causal incoada, pero si se hubiese querido ahondar en el asunto y proferir un fallo justo, revelador de la verdad material del resultado de los comicios celebrados en esta ciudad el día 13 de marzo de 1988, ha podido el Honorable Tribunal dictar un auto para mejor proveer y examinar las actas que se dicen no aportadas al proceso ya que en el libelo de demanda se estaba señalando error aritmético reveladores (sic) de las irregularidades cometidas en los escrutinios para esas elecciones. En el proceso electoral por su especial característica de salvaguardiar (sic) el sistema democrático el juez debe inspeccionar y profundizar haciendo uso del poder discrecional que le da la ley para revelar o conocer el verdadero resultado de las urnas.

Teniendo los Honorables Magistrados las pruebas en sus Despachos, han debido examinarlas y sobre el exámen (sic) de los mismos proferir la sentencia que haga justicia.

Después de casi dos años de trámite en el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolívar de este caso, con demoras y tardanzas de toda índole, es de lamentar que se deniegue una solicitud argumentando que no se solicitó que se tuviese (sic) como pruebas las actas que reposaban en los propios despachos de los Honorables Magistrados.

Tal vez en extricto (sic) derecho en la apreciación de la prueba los Honorables Magistrados tengan razón, pero por la especial característica del proceso electoral se ha debido estudiar más a fondo esta solicitud, por cuanto los errores aritméticos fueron señalados en el libelo de la demanda y se adujo como razones o pruebas las propias actas que reposaban en el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Bolívar.

Con el mismo argumento fueron rechazadas otras peticiones como los de mesas 9 y 18 de la zona 3 puesto 3 y la mesa 5 del Corregimiento de Pasacaballos.

Con relación a esta última, afirmo que si se presentó fotoscopias (sic) autenticadas del acta en que aparece Joaquín (sic) Franco Burgos con tres votos citándose que en el acta que reposa en el Tribunal ocurría lo mismo. Tal vez por la premura del tiempo en fallar y por la tardanza de este proceso no se apreciaron las copias de las actas que debidamente autenticadas se adjuntaron con el libelo de demanda para sustentar los hechos aducidos en la zona 3 puesto 3 mesas 9 y 18 y en la zona 6 puesto 4 mesas 19 y 20, como en el puesto o zona del Corregimiento de Pasacaballos.

Al concedérseme el recurso de apelación interpuesto, solicito a usted de la manera más atenta, se sirva enviar estos documentos al Honorable Consejo de Estado para que se aprecien y analicen y con base en ellos se resuelva la solicitud" (fls. 587 a 595 del Cuaderno Principal del Expediente).

DE LA PARTE DEMANDADA

Contra la sentencia del Tribunal, el apoderado judicial del señor Samuel Pinedo Bruges, interpuso recurso de apelación, en la parte que consideró desfavorable, así:

> "El objeto del recurso está encaminado a lograr del máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado, que se pronuncie en el sentido de reconocer que en los autos no se encuentran los elementos configurativos de la causal conocida como "error arítmetico" (sic) y que, por lo tanto, no procede la corrección hecho por el Tribunal Administrativo de Bolívar en la parte motiva de la sentencia que recurro.
>
> ...
>
> ... la sentencia ha dado una interpretación errada de la causal invocada, porque no se limita el Tribunal a establecer si dentro de determinadas actas, al hacer las operaciones correspondientes, se incurrió en un error aritmético, sino que procede a comparar las cifras que arrojan dos documentos distintos: lo que dice, por una parte el formulario E-6, con lo que, por su parte, expresan los cuadros de cómputo. Es decir, realizó una operación que no encuadra dentro de la causal legalmente prescrita.
>
> En efecto, la causal relativa a la existencia del error aritmético (sic) textualmente reza: "11a. Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error arítmetico (sic) al sumar los votos consignados en ella". Es decir, que la causal se presenta cuando al ser examinadas las actas (para el caso *sub-lite* cada una de las señaladas por el actor), aparezca de manifiesto que "se incurrió en error aritmético (sic) al sumar los votos consignados en ella". La norma pués, atiende los reclamos y reparos por errores aritméticos (sic) que, al sumar los datos y cantidades anotados, se produce o detectan dentro de determinadas actas, sin que sea menester tomar en cuenta otros documentos u otras actas, Esto es muy claro y no admite dubitación alguna. Se trata pues, de la verificación o totalización de los datos y cantidades "consignados" en el acta, asunto que el Honorable Tribunal Adminisrativo de Bolívar, inexplicablemente, se abstuvo de hacer.
>
> Porque lo practicado por esa Respetable Corporación, es algo bien distinto: que en el acta de las mesas antes anotas tiene un número de votos y que en los cuadros de computos (sic) a ese mismo candidato se le anota una cantidad distinta de votos, mayor o menor.
>
> No puedo dejar de expresar al respecto que, salvo la mejor opinión del Honorable Consejo de Estado, la sentencia al aplicar la causal invocada a los eventos denunciados, le ha dado a la norma una aplicación extensiva o analógica, lo cual no tiene cabida en el ámbito jurídico, pues es principio fundamental de hermenéutica jurídica el que afirma o sostiene que las normas que

establecen nulidades y excepciones, se deben interpretar de manera restrictiva, vale decir, que solo tienen (sic) aplicación para los casos expresamente previstos en ellas. De acuerdo con ese invariable criterio esencial de intepretacion en el campo del derecho, es insoslayable la conclusión de que lo que reza en ordinal 11 citado es aplicable únicamente "cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error arítmetico (sic) al sumar los votos consignados en ella.

Consecuente con todo lo que viene expuesto, solicito que la sentencia definitiva deniegue total y plenamente las peticiones de la demanda, después de aceptar reconocer que no hay lugar a correcciones por error arítmetico (sic)". (Fls. 607 a 609 del Cuaderno Principal del Expediente).

EL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Séptimo de la Corporación, en su concepto de fondo pide la confirmación de la sentencia impugnada, en los siguientes términos:

"Tomando en cuenta, que el primer cargo que se hace en la demanda, lo fundamenta el actor en el artículo 65-2 de la Ley 96 de 1985, este despacho se permite transcribirlo:

"Artículo 65.- El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Artículo 223,- Causales de nulidad.

"Las actas de escrutinio de los jurados de votacion y de toda la corporación electoral, son nulas en los siguientes casos:

"...

"2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

...

En el *sub-judice,* el actor-apelante hace consistir esta causal de nulidad, en que las personas que actuaron en calidad de jurados de las mesas números 5,9,13,14,,18,19 y 20, no fueron nombrados por las autoridades electorales que tenían la facultad para designarlos, la prueba de su dicho, la sitúa en la inspección judicial que, según él, indica que los visitadores de mesas no hicieron nombramientos de jurados para estas mesas.

Al respecto, se observa que la ley electoral en parte alguna exige que el cumplimiento del artículo 48-4 del C.E. se formaliza con la utilización o el diligenciamiento del documento alguno, como el formulario E-16, pues esta

disposición señala entre otras funciones a los Registradores Municipales la de "reemplazar a los jurados de votacion que no concurran a desempeñar sus funciones, abandonen el cargo o lo ejerzan sin la imparcialidad o corrección debidas, así como a los que estén impedidos para ejercer el cargo...".

Ahora bien, la carga de la prueba en este caso correspondía, de conformidad con lo estatuido en el artículo 177 del C.P.C. al actor, y era él quien debía demostrar que tanto el nombramiento como la posesión de algunos jurados de votación, era ilegal, pues contra lo que afirma en el memorial en el que sustentó su alzada no se estableció en el proceso que los visitadores de mesas "no" hubieran nombrado jurados de votación e igualmente contra lo que sostiene en el mismo escrito no puede afirmarse que los jurados de votación sean "extraños" toda vez, que tal como lo observa la sentencia apelada, los jurados de votación, con (sic) funcionarios públicos transitorios.

A lo anterior, hay que anotar que, es suficiente que un funcionario público en ejercicio de su cargo, otorgue o intervenga en el otorgamiento de un documento público para que por este hecho se adquiera la calidad de público, más aún ni siquiera interesa la competencia para el caso particular, pues ella tiene que ver con la validez del acto o hecho en el documento, pero no con este propiamente dicho.

Y en el mismo orden de ideas, se tiene que el documento público, según el artículo 264 del C.P.C., hace fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que (sic) ellos haga el funcionario que los autoriza. En cuanto al valor probatorio delos documentos públicos, constituye plena prueba y como tal no puede ser desvirtuada, sino con otra que acredite la falsedad del mismo, circunstancia esta que no se presentó en el *sub-judice*.

Aplicando lo dicho antes al caso a estudio, se tiene que aún dando por hecho que los jurados de votación fueran "extraños" como lo sostiene el apelante, esta circunstancia por si sola, estaría lejos de acreditar que se hubiera estructurado la causal de nulidad alegada y consagrada en el artículo 223-2 del C.C.A., tal como quedó modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 y 17 de la Ley 62 de 1988, toda vez que no se demostró que por esta razón se hubiera tergiversado la verdad electoral, ocultando o desfigurado el resultado real del escrutinio llevado a cabo en las mesas números 5, 9, 13, 14, 18, 19 y 20 del puesto 3, zona 3.

En cuanto a las mesas 3, 5, 8, 9, 13, 14 y 17, que el actor acusa, porque en ellas -dice- se presentó uno de los eventos señalados como causales de reclamaciones de que trata el atículo (sic) 42 de la Ley 65 de 1985 y en relación con la cual, el *a-quo* encontró mérito para su estudio, pues dijo "Esta causal es constitutiva de nulidad porque ella está consagrada como tal en el numeral 3 del artículo 223 del C.C.A. y en la Ley 96 de 1985, por remisión de las causales de reclamación ...", decisión que en su momento también fue recurrida por el actor-apelante, se puntualiza:

El artículo 65 de la Ley 96 de 1985, dice:

"Artículo 65.- El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

"Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

"1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruidos o mezclados con otras las papeletas de votación, o estas se hayan destruido por causa de violencia.

"2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apocrifos (sic) los elementos que hayan servido para su formación,

"3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden,

"4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y en las leyes de la república,

"5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reunan las calidades constitucionales o legales para ser electos,

"6. Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en *las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta ley*" (se subraya).

La disposición transcrita, fue modificada por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, y los hechos que estructuraban la causal de nulidad señalada en el numeral 6º del artículo 223 del C.C.A., para el caso que nos ocupa en concordancia con el artículo 42-3-11 y cuyos textos en sus partes pertinentes dicen:

"Artículo 42.- Los artículos 152 de la Ley 28 de 1979 y el 31 de la Ley de 1981 se refunden en uno solo que quedará así:

"El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tienen plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados o sus testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los docu- mentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen con base en las siguientes causales:

...

3. Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinios de los jurados de votación estén firmadas por menos de tres (3) de estos.

...

"11. Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrieron en error aritmético al sumar los votos consignados en ella".

Causales estas que corresponden a las enlistadas en el artículo 192 - 3-11 del C.E. - Decreto No. 02241 de 1986.

El numeral 6o. del artículo 223 del C.C.A. que consagra como causales de nulidad, las 12 causales de reclamación contenidas en el artículo 42 de la Ley 65 de 1986 fue subrogado por el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, que a la letra dice:

"ARTICULO 17. El artículo 65 de la Ley 96 de 1985 quedaría así:

"ARTICULO 65. El artículo 223 del Código Contencioso Administrativo tendrá el siguiente texto:

...

"6. Cuando los jurados de votación y los miembors de las Comisiones Escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición".

En el *sub-judice* el actor solicito (sic) la nulidad de varias actas electorales sobre la base de la estructuración de las dos causales de reclamación transcritas -antes también de nulidad, ellas son: de la zona 3, puesto 3, de las mesas 3, 5, 9, 13, 14 y 17- causal de reclamación contenida en el artículo 42-3, Ley 96 del 1985; de la zona 1, puesto, mesa 91; zona 2, puesto 4, mesa 3; zona 3, puesto 3, mesa 13; zona 3, puesto 4, mesa 7; zona 4, puesto 4, mesas 19 y 20; zona 5, puesto 6, mesa 10; zona corregimientos de: Pasacaballos, mesa 4, Punta Canoa, mesa 1 y la Boquilla, mesa 1 - causal de reclamación contenida en el artículo 42-11 de la Ley 96 de 1985.

En estos casos donde se invocan como razones para solicitar se decreten nulidades, unas causales que como en este caso, desde mucho antes de proferirse la sentencia apelada desaparecieron como tales de la vida jurídica, la Sección Quinta del H. Consejo de Estado, ha venido aplicando el criterio de la purga de ilegalidad, según el cual, se considera no viciado de nulidad un acto administrativo que en sus origenes (sic) fue ilegal, cuando la norma transgredida desapareció de la vida jurídica:

...

No sobra anotar, que de conformidad con el artículo 177 del C.P.C. "incumbe a las partes (sic) probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen". Ello quiere decir que quien afirma como en este caso lo hace el actor, debe probar su dicho, y esta obligación no la reenmplaza como cree el apelante, la facultad que le asiste al Juez para decretar pruebas de oficio, toda vez que ellas son decretadas por el fallador *cuando las considere útiles* para verificar los hechos relacionados con las alegaciones de las partes; no podía entonces el actor dejar de solicitar el decreto y práctica (sic) de algunas probanzas, confiando en que como ellas reposaban en el Tribunal el Magistrado Sustanciador debia contribuir con la parte demandante para ayudarle a demostrar la existencia y veracidad de los hechos que obviamente también ayudarían a la prosperidad de la acción (sic) él intentó.

Finalmente, en cuanto tiene que ver con la forma como el *a-quo* cotejó los resultados contenidos en las actas E-6 y en las correspondientes a los escrutinios zonales, al igual que la forma como se vertificó los datos registrados en el cómputo total de las mesas, para establecer la existencia de los errores aritméticos alegados por el actor, permitió establecer que algunas cifras, no se ajustaban a la verdad electoral y evidentemente requerían como en efecto se hizo, una corrección después de verificados los escrutinios.

Al respecto y contra lo que cree el señor apoderado del candidato Samuel Pinedo, cualquier método es válido, siempre que permita comprobar la verdad del escrutinio y de ser necesaria aplicar la respectiva corrección.

...

Por lo anteriormente expuesto, en concepto de este despacho, la sentencia apelada debe ser confirmada." (Fls. 651 a 658 del Cuaderno Principal del Expediente).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tanto el actor como el apoderado de Samuel Pinedo Brugués interpusieron recurso de apelación respecto de la sentencia de primera instancia que se ha transcrito. Se pueden sinterizar los argumentos de inconformidad, así:

*A) **Apelación interpuesta por el actor***

PRIMERO: Que en las mesas de votación que indica actuaron en calidad de jurados de votación personas que no habían sido designadas como tales en las resoluciones números 02 y 08 de marzo de 1988 expedidas por los Registradores Especiales del Estado Civil de Cartagena. Como tal hecho ocurrió están viciadas de nulidad las actas de escrutinio apuntando la causal de nulidad a que son apócrifos o supuestas las personas que firmaron, ya que "dichas personas son elementos que

han servido para la formación de los registros como lo establece la Ley 28 de 1979 literal (sic) 2o. del artículo 173".

Indica las mesas 5, 13, 14, 18, 19 y 20 de la Zona 3 Puesto 3 como las mesas en donde solicita se decrete la nulidad por la razón indicada.

SEGUNDO: Solicita la nulidad de las actas de escrutinio de las mesas 3, 5, 8, 9, 13, 14 y 17 por cuanto los cuatro ejemplares de tales actas no estan firmados por lo menos por tres jurados, pretensión que se le negó en la primera instancia por cuanto no anexó al proceso ni solicitó se anexaran las pruebas para su examen, siendo que en el Tribunal Contencioso de Bolívar obraban copias de las respectivas actas que hubieran podido revisar.

TERCERO: Que igualmente se le denegaron las pretensiones acerca de la solicitud de nulidad de las mesas 9 y 18 de la zona 3 puesto 3 y del Corregimiento de Pasacaballos mesa 5, con el mismo argumento anterior. Con respecto a la última mesa citada dice que si anexó fotocopia autenticada del acta en que aparece JOAQUIN FRANCO BURGOS con tres (3) votos citándose que en el acta que reposa en el Tribunal sucedía lo mismo.

Concluye solicitando se le concedan los derechos incoados en la demanda.

B) La apelación interpuesta por el apoderado SAMUEL PINEDO BRUGUES se refiere a lo que considera una apreciación errada de la causal invocada - error aritmético - porque el Tribunal no se limita a establecer si dentro de determinadas actas, al hacer las operaciones correspondientes, se incurrió en error aritmético sino que procedió a comparar las cifras que arrojan de una parte el formulario E-6 y de otra el cuadro de cómputos. Concluye que el Tribunal de primera instancia ha dado una aplicación extensiva o analógica y por lo tanto solicita se nieguen totalmente las peticiones de la demanda.

La Sala procede en el orden en que se han sintetizado los cargos a examinar la sentencia impugnada, una vez observado que no existe causal de nulidad que obligue a retrotraer la actuación.

PRIMERO: El cargo se dirige a la comprobación de la causal de nulidad consagrada en el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 que modificó el artículo 223 del C.C.A., y que consagra:

"Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda la corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. ...

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo o falsos apócrifos los elementos que hayan servido para su formación".

Sea lo primero advertir que el actor en el libelo de demanda al solicitar la declaratoria de nulidad de los pliegos de las mesas de votación invoca una norma derogada, al sustentar el cargo en el artículo 224 del C.C.A., que fue modificado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, cuando ha debido referirse al artículo 223 del C.C.A. Así mismo es necesario anotar que el Tribunal de Primera Instancia al resolver la pretensión del actor cita la Ley 62 de 1988, norma que no estaba vigente para la fecha de las elecciones de que trata este proceso.

Fundamenta el actor el cargo en el hecho de que se comprobó que en las mesas de votación que él relaciona actuaron en calidad de jurados de votación personas que no habían sido designadas como tales en las resoluciones respectivas sin que el nombramiento como jurados pudiera presumirse de parte de los visitadores de mesa que fueron nombrados el día de elecciones, ya que no obra dicha actuación por escrito, como tampoco se diligenció el formulario E-16 que la Registraduría del Estado Civil ha elaborado para estos eventos en reemplazo de jurados de votación.

El Tribunal de Primera Instancia desechó el cargo por cuanto a pesar de que se comprobó que en efecto en algunas de las mesas de votación actuaron como jurados de votación personas cuyos nombres no estaban incluidos dentro de las resoluciones números 02 y 08 de marzo de 1988 expedidas por los Registradores Especiales de Cartagena, tales designaciones dijo, resulta factible, fueron realizadas por los visitadores de mesa ante la no comparecencia de los designados a cumplir sus funciones, para lo cual estaban facultados de conformidad con lo preceptuado en el artículo 48 numeral 6 del Código Electoral.

Fundamentó igualmente su decisión el Tribunal Contenciso Administrativo de Bolívar en el hecho de que el no diligenciamiento del formulario E-16, que el actor afirma debe realizarse en los eventos de reemplazo de los jurados es una irregularidad que no alcanza a configurar causal de nulidad por no consagrarlo expresamente la ley electoral. Además que las actas de escrutinio constituyen documentos públicos, no desvirtuándose tal calidad por el solo hecho de que aparezca firmando un jurado de votación que no había sido designado por resoluciones respectivas.

La Sala comparte la decisión del Tribunal por las razones que adujo y además por las que adelante se expondrán.

Revisada la actuación se encuentra que en efecto en algunos casos, de los indicados por el actor, actuaron como jurados de votación personas que no habían sido designadas por resolución. (...) pag. 44. Este hecho se desprende de lo anotado en la diligencia de inspección judicial practicada en las oficinas de la Delegación Departamental de la Registraduría del Estado Civil y del cotejo de las fotocopias autenticadas de las actas de instalación de las mesas de votación indicadas por el actor en el recurso de apelación, con el contenido de las resoluciones 02 de marzo 1o. de 1988 y 08 de marzo 12 de 1988 expedidas por los Registradores Especiales

del Estado Civil de Cartagena, cuyas fotocopias igualmente se anexaron al expediente.

Es así como esta situación se presentó en los siguientes casos:

a) ZONA 3 PUESTO 3 MESA 5

De las personas que firmaron el acta de instalación el único nombre que no aparece en las resoluciones 02 y 08 de marzo de 1988 es el de ERIC RHENALS CORREA. Los otros cuatro (4) nombres corresponden a personas que si fueron designados como jurados de votación en la resolución número 02 (Fl. 338 Cuaderno No. 2 y Fls. 115 a 210 del Cuaderno No. 1).

b) ZONA 3 PUESTO 3 MESA 13

En el acta de instalación, cuya fotocopia autenticada fue aportada (Fl. 344 Cuaderno No. 2) figuran seis (6)nombres, de los cuales cuatro (4) corresponden a personas que fueron designadas como jurados en la resolucion número 02 y en la número 08, mientras que PLINIO GARCIA CAMACHO y SIXTA MEDINA no aparecen en dichas resoluciones.

c) ZONA 3 PUESTO 3 MESA 14

En el curso de la diligencia de inspección judicial se estableció que el único jurado de votación que firmó el acta de instalacion y que no había sido designado por resolución de los Registradores Especiales es el señor GABRIEL QUINTANA MARTINEZ; los restantes si figuran en las resoluciones 02 y 08 de marzo de 1988 y así lo aduce la sentencia impugnada, afirmación esta que para el actor es contradictoria, ya que el Tribunal ha debido presumir su nombramiento por los visitadores de mesa, al igual que lo hizo en los demás casos en que se presentó tal situación.

d) ZONA 3 PUESTO 3 MESA 18

A folio 350 del Cuaderno No. 2 se anexó fotocopia autenticada del acta de instalación, la cual aparece firmada por siete (7) jurados. De estos JULIA DE CABARCAS, JAIME OROZCO y HECTOR CONTRERAS no fueron designados mediante resolución jurados de votación. Los restantes sí lo fueron.

e) ZONA 3 PUESTO 3 MESA 19

A folio 352 del Cuaderno No. 2 aparece fotocopia autenticada del acta de instalación firmada por cinco (5) jurados de votación, de los cuales solamente HOLGERS OBANDO LOBO y SILERIA RODRIGUEZ fueron designados mediante resolución 08 y 02 respectivamente.

Comparados los nombres de las personas que firmaron el acta de instalación de esta mesa, con los que firmaron el acta de instalación de la mesa 20 de la misma zona y puesto, se deduce que no es cierto que el hecho afirmado por el actor en el sentido de que NURYS TORRES actuó como jurado de votación tanto en una mesa como en la otra, ya que se comprueba que su actuación se circunscribió a la mesa 20 en donde firma el acta de instalación.

Respecto a la Mesa 9 y de la Mesa 20 de la Zona 3 Puesto 3, la actuación plenamente establece que los jurados de votación que firmaron el acta de instalación estaban designados como tales mediante las resoluciones respectivas. Esto se deduce de la comparación de los documentos que en fotocopia autenticada obran a Folios 342 del Cuaderno No. 2 y 354 del mismo Cuaderno, con el texto de las resoluciones 02 y 08 de marzo de 1988, por lo que ninguna razón tiene el actor respecto de estas Mesas.

Ahora, para la Sala esta situación, que como ya se anotó sucedió en los casos puntualizados anteriormente, no conlleva en manera alguna configuracion de la causal de nulidad aludida por el actor. Llevan a fundamenar esta deducción las siguientes argumentaciones:

1. El proceso de elecciones implica una serie de actos preparativos todos tendientes a hacer eficaz el desarrollo del proceso electoral. Parte de este proceso es la organización y ubicación de los sitios en donde han de funcionar las mesas de

votación acorde a procurar el acceso de los votantes a tales sitios, la designación de ciudadanos que deberán prestar su servicio como jurados de votación, las instrucciones que se deben dar a tales personas y a la ciudadanía en general sobre la forma como debe cumplirse tal función, las previsiones de las sanciones a quienes incumplan su deber de concurrir a prestar servicio como jurados de votación, etc.

2. Pero ocurre muy frecuentemente que pese a todas estas previsiones los ciudadanos designados como jurados de votación no concurren a cumplir con su deber o que otras circunstancias impliquen su reemplazo de manera inmediata. Por esa razón, la ley igualmente ha previsto que una serie de funcionarios tengan facultad para reemplazar jurados de votación otorgándoles dicha facultad en diverso campo de competencia, así:

a) A los visitadores de mesa nombrados el día de elecciones por los Registradores Municipales, con facultades para reemplazar los jurados de votación por dos causales:

- Porque no concurran a desempeñar funciones.

- Porque abandonen el cargo (art. 41 Decreto 2241 de 1986).

b) A los Registradores Municipales y Auxiliares: por cuatro causales pueden reemplazar jurados de votación:

- Porque no concurran a desempeñar funciones.

- Porque estén impedidos.

- Porque abandonen el cargo.

- Porque lo ejerzan sin la imparcialidad o corrección debidas (art. 45 Decreto 2241 de 1986).

c) A los Delegados de los Registradores Distritales y Municipales por:

- Porque no concurran a desempeñar funciones.

- Porque abandonen el cargo.

- Porque lo ejerzan sin la imparcialidad o corrección debidas (art. 49 Decreto 2241 de 1986).

d) Los Registradores Distritales quienes de conformidad con el numeral 13 del artículo 41 del Decreto 2241 de 1986 deben reemplazar los jurados de votación que se excusen, o estén impedidos para ejercer el cargo.

3. Tal como lo aduce la sentencia de primera instancia la ley no ha previsto un procedimiento especial para el reemplazo de jurados de votacion. Tan solo el

artículo 4º del Decreto 2450 de 1979 (octubre 4), se ocupaba de esta materia al preceptuar:

> "Los jurados de votación que se designen para reemplazar a los que no concurran a desempeñar sus funciones, abandonen el cargo o lo ejerzan sin la imparcialidad o corrección debidas, serán preferentemente de la misma filiación política del reemplazado, evitando la homogeneidad política".

Y es lógico que ante una situación de urgencia, cual es la de procurar que el proceso electoral se lleve a cabo, no se haya previsto un mecanismo que hiciera inoperante la rapidez con la que han de suplirse las faltas de los jurados de votación designados.

4. Según el mismo Decreto 2450 de 1979 (artículo 9º) la posesión como jurado de votación "se entenderá efectuada con la firma de las actas de instalación" sin exigirse otro requisito más, o, más formalidad al efecto y ello se entiende tanto para los jurados de votación designados por los Registradores del Estado Civil como para los que son designados como reemplazo de aquellos.

5. Ahora, el Decreto 2241 de 1986 (artículo 101) dice que las personas cuyos nombres figuren en calidad de jurados de votación en las resoluciones que deben publicar con la debida antelación al día de elecciones "recibirán en las oficinas del Registrador del Estado Civil o de sus Delegados las instrucciones necesarias para el correcto desempeño de sus funciones." Pero, precisamente previendo la ley la ausencia o incumplimiento de los ciudadanos designados como jurados de votación, ha establecido que la Registraduría Nacional del Estado Civil divulgue las instrucciones para el cabal desempeño de las funciones de jurado de votación (art. 103 Decreto 2241 de 1986), ello con el fin de que eventualmente cualquier ciudadano sepa cómo desarrollar correctamente tal función cuando se le designe por razón de las circunstancias, jurado de votación en reemplazo de otro.

En el caso que ocupa la atención de la Sala y como se puntualizó anteriormente, personas diferentes a las designadas mediante resolucion 02 y 08 de marzo de 1988 actuaron en calidad de jurados de votación. Como quiera que no existe constancia escrita de tal reemplazo ni diligenciamiento del formulario E-16, para el actor no existió acto administrativo por parte de los visitadores de mesa que designara a estas personas en reemplazo de los jurados de votación que no cumplieron con su deber, ya que según su criterio, tal acto administrativo no puede presumirse y, por ende, concluye que quienes actuaron en tal calidad lo hicieron sin designación conllevando la apocrifidad de los registros que firmaron.

No se acepta tal planteamiento ya que se presume que quienes firmaron las actas de instalación, no habiendo sido designados como jurados de votación mediante la resolución respectiva, lo hicieron en cumplimiento de la designación que debieron hacer los visitadores de mesa autorizados por la ley para tal decisión. Si el actor consideraba que tales visitadores de mesa no hicieron tales reemplazos ha debido probarlo, solicitando, por ejemplo, el testimonio de tales funcionarios.

De otra parte, las personas que firmaron el acta de instalación con tal acto tomaron posesión del cargo y por divulgación que los medios de comunicación debieron hacer de las instrucciones para el desempeño de tal función estaban capacitadas para ejercerla en forma debida.

El actor ha afirmado que el diligenciamiento del formulario E-16 es de obligatorio cumplimiento en los casos de reemplazo de jurados de votación y señala este requisito como ordenamiento del legislador, cuando lo cierto es que la Registraduría del Estado Civil, según la misma afirmación del actor, la que ha señalado este requisito cuya omisión en efecto no puede traer como consecuencia la nulidad de las actas de escrutinio. No es el diligenciamiento del formulario E-16 en que defiere la función pública a una persona para que se desempeñe como jurado de votación, son la designación, en los eventos de que se trata, por parte de funcionario con facultad para reemplazar jurados a la firma del acta de instalación, los actos que ubican al ciudadano en dicho *status*.

Como finalmente el actor aduce que la circunstancia aludida transforma en apócrifa el acta de escrutinio, vale la pena transcribir criterios esbozados por la jurisprudencia y la doctrina sobre el concepto de apocrifidad:

"La ley ha establecido la nulidad cuando el registro electoral es falso o apócrifo, o también cuando son falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

Apócrifo, que es sinónimo de supuesto, de fingido o de simulado, es el documento que se hace aparecer como auténtico sin serlo. El Consejo de Estado ha definido la apocrifidad en los siguientes términos:

"La apocrifidad, invención fabulosa, adulteración o falsedad, como sinónimas que son, implica que se deforme, simule ú oculte lo real, es decir, lo verdadero, sea para desfigurarlo mediante la adición o sustracción de factores cualitativos, para desvanecerlo mediante el artificio o el engaño o para montar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción. Y es precisamente el empleo de cualquiera de estos sistemas para engañar la pureza del sufragio o tergiversar la verdad electoral lo que el artículo 196, ordinal 2o., sanciona con la declaratoria de nulidad.

"No se trata, pues, de la simple falta de algunos requisitos formales en el registro electoral o en sus antecedentes, sino la falsedad misma de ellos, para desfigurar la verdad electoral, u ocultarla, simular un resultado inexistente o defraudar el real".

Falso, que procede de falsedad, es la alteración o mutación de la verdad hecha con dolo en perjuicio de otro. La falsedad, que es un delito y que puede ser material o ideológica, presenta diversas modalidades, tales como la formación de un objeto o documento falso (sello, moneda, etc), la imitación de un objeto o documento existente, o la alteración de uno auténtico.

La falsedad, delito contra la administración pública, es, en términos generales, la alteración intencional de la verdad, pues sin el elemento dolo (intención) no hay falsedad, ya que no existe falsedad culposa. Los elementos que integran la falsedad son: a) mutación de la verdad, en sus formas de imitación, alternación, ocultación o supresión; b) intención criminal, o sea el dolo específico del delito; y c) perjuicio moral o material, real o posible o potencial contra terceras personas y simplemente contra la fe pública.

Lo falso es delito, mientras que lo apócrifo no es punible. En la falsedad hay esencialmente la intención de engañar, mientras que en lo apócrifo no la hay. Lo apócrifo es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay la intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es. En ese factor subjetivo, intencional, estriba la gran diferencia, que se comprende mejor en el caso de las firmas de los funcionarios. Una firma es falsa cuando sin ser de la persona a quien se le atribuya, y por tanto, sin ser auténtica, sin embargo hay la intención de hacerla aparecer como de dicha persona, y para ello es indispensable valerse de la imitacion, imitar la firma real de la persona, para hacer creer que es firma auténtica de ella. En cambio, una firma es apócrifa simplemente cuando no fue estampada por la persona a quien se le atribuye, sin que se haya hecho ningún esfuerzo por hacerla aparecer como auténtica de dicha persona, pues ni siquiera se le imitó su firma auténtica. Por eso las firmas o documentos apócrifos son ostensibles, a primera vista se descubre que no fueron elaborados por las personas a quienes se les atribuye, y para descubrirlos no es necesario acudir a la prueba pericial grafológica, que siempre se hace necesaria en los casos de los documentos o firmas falsificados, que tienen mucho parecido con los documentos o firmas auténticos. La imitación en lo escrito, pues, distingue lo falso de lo apócrifo.

Sin embargo, esta causal de nulidad que estamos comentando se configura en cualquier caso, cuando el registro resulta falso o cuando el registro resulta apócrifo y cuando los elementos que han servido para su formación tienen los mismos vicios.

Para que prospere esta nulidad, la falsedad o la apocrifidad deben necesariamente afectar el resultado electoral, que es lo que protege la ley. Esta causal 2a) hay que entenderla racionalmente interpretada, en el sentido de que el resultado o el registro electoral es nulo, cuando es falso o apócrifo, intelectual o materialmente, en si mismo considerado, o resulta falso o apócrifo ideológica o materialmente, por derivar tales vicios de los documentos que han servido para su formación. Empero, creemos que no habiendo falsedad ni apocrifidad en el registro o resultado electoral, no se da esta nulidad, a pesar que se compruebe que uno o varios de los documentos que sirvieron para la formación de aquel registro o resultado electoral son falsos o apócrifos, pues en este caso podrían ser elementos falsos o apócrifos totalmente inocuos para el resultado electoral, que no acarrean nulidad".

(Tratado de Derecho Electoral Colombiano. José Ignacio Vives Echeverría. Págs. 348 y 349).

"JURISPRUDENCIA: Noción de verdad o apocrifidad. Diferencia con la extemporaneidad. Se rectifica una doctrina.

"...la noción de falsedad o apocrifidad que habla la ley -lo ha dicho y reiterado el Consejo de Estado- se relaciona con la mutacion 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, cuando tales documentos constituyen garantía eficaz o irremplazable de la pureza del sufragio" (Sentencia del 6 de mayo de 1959). Y en fallo de fecha 4 de mayo de 1971 expresó lo que a continuación se transcribe, tomándolo de la sentencia del 7 de noviembre de 1948 (Anales, Tomo CVII, Nos. 483 y 484, pág. 945) que lo prohijó:

"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 engaño para mostrar como cierto lo que no existe, mediante la farsa o la ficción.

Es entonces indispensable que 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 de la acusación...".

...Tratándose, como en efecto se trata, de dos causales de nulidad de los registros electorales, independientes y con vida propia cada una, los hechos que constituyen la nulidad por extemporaneidad no pueden, en sana lógica jurídica, determinar que los pliegos electorales extemporaneamente introducidos al arca triclave se conviertan, *ipso facto*, en falsos o apócrifos ni tampoco extender esos defectos a los registros electorales que los hayan tenido en cuenta, toda vez que no pueden comunicar lo que en si mismos no tienen.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala Electoral de la Corporación procede a rectificar la jurisprudencia contenida en la sentencia del 18 de junio 1975 en cuanto sostuvo que la extemporaneidad en la introducción de pliegos electorales del arca triclave constituye "una modalidad o especie" de la nulidad por apocrifidad del registro o de los elementos que sirvieron para su formación, afirmación que la llevó a sostener erróneamente que los pliegos introducidos extemporaneamente al arca triclave son nulos por ser apócrifos en sí mismos, o por serlo los elementos que les sirvieron de base en su formación...".

"(Sentencia de abril 8 de 1987. Sala de lo Contencioso Electoral. Consejero Ponente: Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente E-052; ver apartes de esta misma sentencia en el comentario jurisprudencial correspondiente al artículo 192, causal 7a. del Código Electoral)."

(Código Electoral Comentado, Humberto de la Calle L. y Jorge E. Chemás J. Págs. 191 y 192).

Los anteriores criterios sustentan el hecho de no tener por apócrifos los documentos señalados por el actor.

Como se trata de un proceso que tuvo origen en la acción pública electoral la Sala revisará la providencia en su totalidad; en este aparte los demás cargos formulados por el actor y que fueron resueltos en la sentencia, aunque no objeto de impugnación en el recurso de apelación que se resuelve, y que atañen al primer aspecto estudiado.

En la demanda se solicitó también la nulidad del acta de escrutinio de la MESA 2 PUESTO 3 ZONA 3 por considerar que las personas que firmaron el acta de instalación no habian sido designadas jurados de votación mediante resolución de los Registradores Especiales del Estado Civil. La actuación comprobó que todas las personas que firmaron el acta de instalación fueron designadas como jurados de votación mediante resolución número 02 de marzo de 1988, por ende el Tribunal de primera instancia desechó este cargo. Efectivamente revisada la diligencia de inspección judicial practicada por la Magistrada que condujo el proceso se desprende que tuvo la oportunidad de observar el acta de instalación de la mesa correspondiente o cotejados los nombres allí anotados como de quienes firmaron tal acta encontró que todos aquellos estaban incluidos dentro de la resolución número 02 de marzo de 1988; por tanto la sentencia debe ser confirmada también en este aspecto.

SEGUNDO: Se solicita la nulidad de las actas de escrutinio de las mesas 3, 5, 8, 9, 13, 14 y 17, por cuanto los cuatro (4) ejemplares no están firmados por lo menos por tres (3) jurados. Aduce que esta pretensión le fue negada por el Tribunal de primera instancia con el argumento de que no aportó la prueba ni solicitó que se aportara cuando lo cierto es que en la misma Corporación obraba un ejemplar de tales actas de escrutinio y se habían podido revisar.

Afirma la sentencia que se revisa, que la causal esbozada por el actor está consagrada en causal de nulidad y por ende ameritó su estudio. Pero no se demostró que las actas de escrutinio que reposan en el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar no estuvieran firmadas por cuanto no se solicitó se decretara su examen ni se aportaron y de otra parte esta causal solo prospera cuando se demuestra que los cuatro ejemplares están firmados por menos de tres jurados, por lo que de encontrarse que un ejemplar de ellos esté suscrito por tres jurados hace válida la actuación electoral.

Adujo además el Tribunal que las actas de escrutinio, formulario amarillo, correspondientes a las mesas de votación 3, 5, 8, 9, 13 y 14 se encuentran firmadas y en cuanto a la mesa 17 no aparece firmada pero fue objeto de reclamación que se resolvió por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en sentido adverso, ya que el original del acta se encuentra firmado por más de tres (3) jurados.

La Sala luego de revisar la actuación encuentra al respecto lo siguiente:

1. A Folio 10 del Cuaderno No. 3 se allegó el formulario amarillo E-6 correspondiente a la Mesa número 3 de la Zona 3 Puesto 3, el que examinado presenta cuatro (4) firmas, incluso la primera de las cuales se repitió en tres oportunidades y se repisó nuevamente con tinta resaltando los rasgos de las grafías.

2. A Folio 337 del Cuaderno No. 2 se aportó fotocopia autenticada del acta de escrutinio de la Mesa 5, Zona 3, Puesto 3 la que aparece firmada por cuatro (4) jurados de votación.

3. A Folio 19 del Cuaderno No. 3 figura la copia amarilla del acta de escrutinio del jurado de votación E-6, correspondiente a la Mesa de votación número 8 de la Zona 3 del Puesto 3, la que aparece firmada por seis (6) jurados de votación.

4. A Folio 16 del Cuaderno No. 3 se aportó la copia amarilla del formulario E-6 correspondiente a la Mesa de votacion número 9 de la Zona 3 Puesto 3 la que aparece firmada por cuatro (4) jurados de votación.

5. A Folio 22 del Cuaderno No. 3 se aportó la copia amarilla del formulario E-6 correspondiente a la Mesa 13 del Puesto 3 de la Zona 3, la que aparece firmada por cuatro (4) jurados de votación.

6. A Folio 25 del Cuaderno No. 3 aparece la copia amarilla del acta de escrutinio del jurado de votación, formulario E-6, la que corresponde a la Mesa 14 del Puesto 3 de la Zona 3 y la que aparece firmada por tres (3) jurados de votación.

7. A Folio 28 del Cuaderno No. 3 aparece la copia amarilla del acta de escrutinio del jurado de votación correspondiente a la Mesa 17 de la Zona 3 Puesto 3, la que no presenta ninguna firma de los jurados de votación.

El actor sostiene en la sustentación que hizo del recurso de apelación que el cargo desechó por cuanto el Tribunal no examinó las copias de las actas de escrutinio que reposan en el Tribunal, pero aún en el evento de que el Tribunal de primera instancia hubiera procedido de oficio a tal examen y hubiese encontrado ausencia de las firmas de jurados de votación en tales copias, la causal invocada no estaba llamada a prosperar. En efecto, dice el artículo 223 del C.C.A., subrogado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 que:

"Las actas de escrutinios de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1)...

6)Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de la Ley 96 de 1985."

A su vez el artículo 42 de la Ley 96 de 1985 dice:

"Los artículos 152 de la Ley 28 de 1979 y 31 de la Ley 85 de 1981 se refunden en uno solo que quedará así:

"El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tienen plena competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen con base en las siguientes causales:

1. ...

3. Cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres de éstos."

Esta causal ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio no se encuentran firmadas o se hayan firmado por menos de tres jurados. Al respecto se dijo:

"ACTA DE ESCRUTINIO. Firmas de los jurados: Basta con que una sola de las copias tenga tres firmas.

Los demandantes sustentan el cargo que se examina con el erróneo criterio de que las actas de escrutinios son nulas cuando la totalidad de sus cuatro ejemplares no tienen un mínimo 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 los 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 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". De modo que para que proceda la nulidad se requiere indispensablemente que todos los cuatro ejemplares del acta de escrutinio tengan menos de cuatro firmas; esto es, que ninguno esté firmado al menos por tres jurados.

Adujo además el Tribunal que las actas de escrutinio, formulario amarillo, correspondientes a las mesas de votación 3, 5, 8, 9, 13 y 14 se encuentran firmadas y en cuanto a la mesa 17 no aparece firmada pero fue objeto de reclamación que se resolvió por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en sentido adverso, ya que el original del acta se encuentra firmado por más de tres (3) jurados.

La Sala luego de revisar la actuación encuentra al respecto lo siguiente:

1. A Folio 10 del Cuaderno No. 3 se allegó el formulario amarillo E-6 correspondiente a la Mesa número 3 de la Zona 3 Puesto 3, el que examinado presenta cuatro (4) firmas, incluso la primera de las cuales se repitió en tres oportunidades y se repisó nuevamente con tinta resaltando los rasgos de las grafías.

2. A Folio 337 del Cuaderno No. 2 se aportó fotocopia autenticada del acta de escrutinio de la Mesa 5, Zona 3, Puesto 3 la que aparece firmada por cuatro (4) jurados de votación.

3. A Folio 19 del Cuaderno No. 3 figura la copia amarilla del acta de escrutinio del jurado de votación E-6, correspondiente a la Mesa de votación número 8 de la Zona 3 del Puesto 3, la que aparece firmada por seis (6) jurados de votación.

4. A Folio 16 del Cuaderno No. 3 se aportó la copia amarilla del formulario E-6 correspondiente a la Mesa de votacion número 9 de la Zona 3 Puesto 3 la que aparece firmada por cuatro (4) jurados de votación.

5. A Folio 22 del Cuaderno No. 3 se aportó la copia amarilla del formulario E-6 correspondiente a la Mesa 13 del Puesto 3 de la Zona 3, la que aparece firmada por cuatro (4) jurados de votación.

6. A Folio 25 del Cuaderno No. 3 aparece la copia amarilla del acta de escrutinio del jurado de votación, formulario E-6, la que corresponde a la Mesa 14 del Puesto 3 de la Zona 3 y la que aparece firmada por tres (3) jurados de votación.

7. A Folio 28 del Cuaderno No. 3 aparece la copia amarilla del acta de escrutinio del jurado de votación correspondiente a la Mesa 17 de la Zona 3 Puesto 3, la que no presenta ninguna firma de los jurados de votación.

El actor sostiene en la sustentación que hizo del recurso de apelación que el cargo desechó por cuanto el Tribunal no examinó las copias de las actas de escrutinio que reposan en el Tribunal, pero aún en el evento de que el Tribunal de primera instancia hubiera procedido de oficio a tal examen y hubiese encontrado ausencia de las firmas de jurados de votación en tales copias, la causal invocada no estaba llamada a prosperar. En efecto, dice el artículo 223 del C.C.A., subrogado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985 que:

"Las actas de escrutinios de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1)...

6)Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de la Ley 96 de 1985."

A su vez el artículo 42 de la Ley 96 de 1985 dice:

"Los artículos 152 de la Ley 28 de 1979 y 31 de la Ley 85 de 1981 se refunden en uno solo que quedará así:

"El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tienen plena competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen con base en las siguientes causales:

1. ...

3. Cuando los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres de éstos."

Esta causal ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio no se encuentran firmadas o se hayan firmado por menos de tres jurados. Al respecto se dijo:

"ACTA DE ESCRUTINIO. Firmas de los jurados: Basta con que una sola de las copias tenga tres firmas.

Los demandantes sustentan el cargo que se examina con el erróneo criterio de que las actas de escrutinios son nulas cuando la totalidad de sus cuatro ejemplares no tienen un mínimo 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 los 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 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". De modo que para que proceda la nulidad se requiere indispensablemente que todos los cuatro ejemplares del acta de escrutinio tengan menos de cuatro 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 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".

(Expedientes acumulados Nos. 940, 941, 942, 943, 944 y 950. Consejero Ponente: Joaquín Vanín Tello. Noviembre 7 de 1984).

Siguiendo esta interpretación que la Sala ha reiterado en varias sentencias, en nada cambiaba la conclusión a la que arribó el Tribunal de primera instancia en el evento de que la copia, que reposa en el Tribunal, del acta de escrutinio del jurado de votación de las mesas indicadas por el actor careciera de las firmas de los jurados o estuviera firmada por menos de tres de ellos, porque de lo revisado se encontró que en las mencionadas mesas las copias amarillas de las actas de escrutinio de los jurados de votación (Formulario E-6) y que se anexaron se encontraban firmadas por tres o más jurados en la mayoría de los casos, que la fotocopia autenticada que aportó el actor y que correspone a la Mesa 5 de la Zona 3 Puesto 3 aparece firmada igualmente por más de tres (3) jurados y que la copia amarilla del formulario E-6 correspondiente a la Mesa 17 de la Zona 3 Puesto 3 no se encuentra firmada pero tal como lo afirmara el Tribunal de primera instancia esta situación fue causal de reclamación ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral habiéndose encontrado que el original del acta de escrutinio se encuentra firmada por más de tres (3) jurados, razón para no aceptar la reclamación. (Folios 109 a 113 del Cuaderno No. 1). Esta última situación se deduce del contenido de la Resolución 011 del marzo 22 de 1988 que en fotocopia fue aportada por el mismo actor.

Como entonces la actuación estableció que por lo menos uno de los cuatro ejemplares de las actas de escrutinio del jurado de votación se encontraba firmada por no menos de tres jurados de votación, el cargo no prospera y por lo tanto se confirmará la sentencia en lo que al mismo respecta.

Ningún otro cargo dentro de este aparte fue formulado en la demanda.

TERCERO : En este punto el actor afirma que el Tribunal de primera instancia le denegó la pretensión tendiente a la declaratoria de nulidad en relación con las Mesas 9 y 18 de la Zona 3 Puesto 3 y Mesa 5 del Corregimiento de Pasacaballos, con el argumento de que no había aportado copia de las actas de escrutinios correspondientes, cuando lo cierto es que si anexó fotocopia autenticada del acta en donde aparece JOAQUIN FRANCO BURGOS con tres (3) votos, citándose que en el acta que reposa en el Tribunal sucedia lo mismo.

En la demanda y con relación a las Mesas 9 y 18 de la Zona 3 Puesto 3, el actor había solicitado la nulidad de las actas de escrutinio, al considerar que se

había configurado la causal establecida en el artículo 223 del C.C.A., subrogado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985; que reza:

> "Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:
>
> 1. ...
>
> 3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que los expiden."

Y ello al considerar que las actas de escrutinio de las mesas mencionadas presentaban tachaduras, borrones, enmendaduras, luego de la firma de los jurados de votación.

La sentencia de primera instancia al resolver este cargo encontró que no existía prueba sobre las alteraciones sustanciales en los escritos aludidos por el actor, como tampoco pudo hacerse confrontación entre todos los ejemplares de las actas de escrutinio para comprobar diferencias e inexactitudes entre todas ellas. Sustenta además su decisión al desechar el cargo, en providencia del 4 de mayo de 1987 de la Sala Contenciosa Electoral en donde se concluyó que la Comisión Escrutadora Distrital, Municipal o Auxiliar deberá hacer el cómputo de votos con base en las actas de los jurados de votación introducidas en el arca triclave, las que si presentan enmendaduras, tachaduras o borrones deberán ser cotejadas con otro ejemplar a fin de verificar la diferencia de cifras de votos y en tal evento proceder a su recuento, remedio este para estos casos ya que la ley no prevé sanción de nulidad para esas irregularidades.

La Sala encuentra que en el Cuaderno No. 5 Folios 44, 45 y 46, figuran anexas fotocopias autenticadas de ejemplar de acta de escrutinio del archivo del arca triclave y correspondiente a la Mesa 9, Zona 3, Puesto 3 y en la cual se observa que ninguno de los jurados de votación imprimió su firma como tampoco anotaron en lo que respecta al Concejo Municipal de Cartagena los votos obtenidos por cada candidato en número ni en letra (Fl. 45). Ahora, la copia amarilla de la misma acta (Fls. 16 y s.s. Cuaderno No. 3) si aparece firmada por cuatro (4) jurados, la que analizada no contiene alteraciones sustanciales en su contenido, ya que se observa que los datos concernientes a los votos para cada candidato, en lo relativo a Concejo Municipal (Fl. 18), que es la parte a la que alude el actor, aparecen anotados en número y letra en copia de los otros ejemplares y la única corrección que ostenta se presenta en los últimos cuatro renglones en donde a lápiz se llenaron dos espacios que habían quedado en blanco. Fácilmente se puede deducir que se corrieron en los dos espacios a llenar que aparecen dígitos por fuera de la lista de candidatos y lo que se hizo fue corregir este hecho colocando las cifras en el lugar en donde correspondían.

Esta situación observada, en manera alguna supone una alteracion sustancial en lo escrito, tan solo hubo, como ya se dijo, una indebida ubicacion en las casillas correspondientes de las cifras que resultaron escritas por debajo incluso de la lista de candidatos en razón de haber dejado espacios en blanco.

Los dos ejemplares de las actas de escrutinio aportadas no permiten hacer cotejo entre ellos para deducir alteración sustancial en uno de ellos, porque como ya quedó anotado, en la fotocopia autenticada del ejemplar que se llevó al ARCA TRICLAVE, no figuran datos de número de votos para los candidatos al Concejo Municipal. Como no se aportaron los otros dos ejemplares de las actas de escrutinio no pudo hacerse estudio de comparación entre estos para establecer la existencia o no de alteraciones sustanciales luego de impresas las firmas de los jurados.

Por esta razón se impartirá confirmación a la providencia recurrida en lo que se refiere a este punto.

Ahora, como también se hace referencia a que igual situación a la reseñada anteriormente tuvo ocurrencia en la Mesa 18, Zona 3, Puesto 3 se estudiará lo pertinente.

Dice el actor en la demanda que en las copias del acta de escrutinio de los jurados de votación, tanto las que obran en el Tribunal Contencioso Administrativo como las que se enviaron a la Delegación del Registrador Nacional y a la Registraduría las firmas aparecen repasadas en tinta.

El Tribunal de primera instancia al desechar el cargo lo hizo conjuntamente con la decisión que tomó sobre el mismo aspecto en relación con la Mesa 9 del mismo puesto y zona mediante las argumentaciones atrás sintetizadas.

Al respecto encuentra la Sala que el ejemplar amarillo del formulario E-6 correspondeinte a la Mesa 18, Zona 3, Puesto 3 fue allegado a Folio 31 Cuaderno No. 3, ejemplar que aparece firmado por más de tres (3) jurados y respecto del cual no se observan tachaduras, borrones o enmendaduras.

La fotocopia autenticada enviada por los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil y que corresponde al archivo del ACTA TRICLAVE (Fl. 24 Cuaderno No. 5) aparece igualmente firmada por más de tres (3) jurados de votación y en dicho documento no se observan tampoco tachaduras, enmendaduras o borrones en las cifras y en las letras correspondientes a números de votos obtenidos por cada candidato. No se aportaron los otros dos ejemplares de las actas de escrutinio para poder proceder a su examen.

Conduce lo anterior a que se confirme la sentencia en lo que se refiere a este aspecto.

Finalmente como el actor aduce el mismo cargo respecto de la Mesa 5 del Corregimiento de Pasacaballos, la Sala encuentra que, tal como lo dice la provi-

dencia impugnada, el actor no aportó copia del acta de escrutinio de la mesa a que se refiere ni tampoco solicitó el examen de los cuatro ejemplares respectivos, razón por la cual el cargo no prospera.

B. APELACION INTERPUESTA POR EL APODERADO DE SAMUEL PINEDO BRUGUES

En primer lugar debe analizarse el interés jurídico para interponer el recurso de apelación respecto de la rectificación efectuada por error aritmético que ordenó la sentencia que se revisa.

Samuel Pinedo Brugués fue declarado elegido Concejal Muncipal -Suplente- para el período 1988 - 1990 y del contexto de lo aportado al proceso se establece que en la lista de candidatos a dicha Corporacion figuraba en calidad de suplente de Jesús María Villalobos Luna. Igualmente, una vez surtida la notificación respectiva a todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende, mediante apoderado impugnan la sentencia de primera instancia "... en la parte que considero desfavorable".

Se entiende entonces que apelala la sentencia en lo que se refiere al primer punto de la parte resolutiva, mediante el cual:

> "De conformidad con lo consignado en la parte motiva de esta sentencia en relación con la rectificación efectuada por error aritmético, en cuanto hace relación a los votos del candidato Jesús María Villalobos y Joaquín Franco, quedan así:
>
> Jesús María Villalobos 3.479 Votos
> Joaquín Franco Burgos 3.449 Votos ".

El Ministerio Público en su alegato de fondo trae a colación la "Teoría de la Purga de Ilegalidad", para abstenerse de estudiar el cargo en estudio.

Si bien es cierto la teoría que mencionó la Fiscalía Séptima de esta Sección, fue adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de abril 2 de 1982 (Expediente No. 787. Magistrado Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar) y que esta Sección igualmente adoptó en decisiones de 6 y 12 de abril de 1989 (Expedientes Nos. 0271, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Penén Deltieure y 0276, Magistrado Ponente: Miguel González Rodríguez), no lo es menos que dicho criterio fue recogido en sentencias de septiembre 21 y 25 de 1989 (Expedientes Nos. 326 y 305, Magistrados Ponentes: Doctores Euclides Londoño Cardona y Miguel González Rodríguez, respectivamente).

En consencuencia, procede la Sala al estudio respectivo:

Como quiera que al resolverse en la sentencia restar seis (6) votos al candidato Jesús María Villalobos Luna, tal decisión obviamente cobija a quien figuraba en

las listas de candidatos al Concejo Municipal como suplente en el mismo renglón del afectado y de ahí que la sentencia en el aparte transcrito lo desfavorezca.

La causal invocada por el actor fue la contemplada en el artículo 223 del C.C.A., subrogado por el artículo 65 de la Ley 96 de 1985, que dice:

"Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporacion electoral son nulas:

1. ...

...

6. Cuando ocurra cualquiera de los eventos previstos en las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de esta ley".

Y el artículo 42 en el numeral 11:

"Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella".

Las Mesas impugnadas por el actor fueron:

ZONAPUESTO MESA

a) 11 91

b) 2 4 3

c) 34 13

d) 337

e) 5610

f) 6419 y 20

g) Corregimiento
Pasacaballos 5

h) Punta Canoa1

i) Corregimiento
la Boquilla1

j) Zona 4Cómputo Zonal de Escrutinio

La sentencia que se revisa desechó la mayoría de estos cargos y solo accedio a las pretensiones relacionadas con:

ZONA 3 PUESTO 3 MESA 7

ZONA 5 PUESTO 6 MESA 10

ZONA CORREGIMIENTO PUNTA CANOA MESA 1

ZONA 4 COMPUTO ZONAL

En lo que atañe a la apelación que se estudia se hicieron las siguientes consideraciones:

a) Que en acta E-6 de la Mesa 7, Zona 3, Puesto 3, el candidato Jesús María Villalobos registró veintiocho (28) votos y en el acta de escrutinio zonal treinta (30) votos, luego en el acta de escrutinio zonal se registraron a su favor dos (2) votos más.

b) En la Zona 4 Cómputo Zonal Jesús María Villalobos computa un total de ochenta (80) votos y haciendo la operación de lo registrado en esas mesas para ese candidato da un total de sententa y seis (76) votos, es decir se le computaron cuatro (4) votos más a su favor.

El cargo que hace el apelante contra la decisión del Tribunal de primera instancia se fundamenta en que el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar ha dado una interpretación errada a la causal invocada al comparar cifras que arrojan dos documentos distintos: Formulario E-6 y Cuadro de Cómputo, cuando a juicio del apelante la norma en que se fundamentó la pretensión de nulidaD "atiende reclamos y reparos por errores aritméticos que, al sumar los datos y cantidades anotados, se producen o detectan dentro de determinados actos sin que sea menester tomar en cuenta otros documentos u otros actos. Se trata pues, de la verificación o totalización de los datos y cantidades "consignadas" en el acta, asunto que el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar, inexplicablemente, se abstuvo de hacer".

La Sala para resolver este cargo hace las siguientes precisiones:

1. El Decreto 01 de 1984 estableció en el artículo 223 las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votacion dentro de las cuales no se encontraba ninguna atinente al error en la suma de los votos consignados en las mismas.

Por su parte el artículo 224 al establecer las causales de nulidad de las actas de escrutinio de las corporaciones electorales contemplaba en el numeral 10 "Cuando hubiere error aritmético al totalizar los resultados electorales... caso en el cual se harán las respectivas correcciones.". La Ley 96 de 1985 en su artículo 73 derogó el artículo 224 del Decreto 01 de 1984 y mediante el artículo 65 modificó el artículo 223 del mismo estatuto, refundiendo en una sola norma las causales de nulidad de las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral y

preceptuando el numeral 6o. que las causales de reclamación de que trata el artículo 42 de dicha ley son igualmente causales de nulidad.

Precisamente el numeral 11 del artículo 42 de la Ley 96 de 1985 preceptua:

"Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella".

Claramente la norma transcrita establece que debe entenderse por error aritmético la equivocación en la operación aritmética porque el resultado de la suma no corresponde al total de los votos que se escrutan.

El término empleado ha variado sin embargo en la legislación respectiva, véase:

La Ley 28 de 1979, artículo 152, consagraba como causal de reclamación que podía presentarse ante la Corte Electoral, sus Delegados o las Comisiones Escrutadoras Auxiliares:

"1. Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al *computar* (subrayado fuera del texto) los votos."

En este evento se procedía a corregir el error cuando se encontraba fundada la reclamación inciso 3o. art. 134).

La Ley 96 de 1985 en el artículo 42 al consagrar las causales de reclamación dice en el numeral 11:

"Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético *al sumar los votos consignados en ella* (subrayado fuera del texto)".

Y en el artículo 24 de la misma Ley concreta el concepto así:

"Los testigos electorales supervigilarán las elecciones y podrán formular reclamaciones escritas cuando ...; aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinio se incurrió en error aritmético al *computar* los votos ...".

El Decreto 2241 de 1986, artículo 192, numeral 11, al establecer las causales de reclamación preceptúa:

"Cuando aparezca de manifiesto que en las actas se incurrió en error aritmético *al sumar los votos* consignados en ella".

Computar significa contar, calcular pero también tener en cuenta.

Sumar es la operación aritmética al adicionar varias cifras.

Esta Sección ha tenido la oportunidad de precisar el alcance de la causal de nulidad así:

> "...el error aritmético, por otra parte, no se configura en casos como el que tiene relación con este cargo, ya que una cosa es dejar de computar lo computable o computar lo que no se podía hacer, que es la situación fáctica planteada, y otra, muy diferente, que exista una equivocación en una operación aritmética que termine en resultado electoral, lo que en el caso presente no se ha demostrado."
>
> (Expediene No. 0323, magistrado Ponente: Miguel González Rodríguez. Actor: Gustavo Certain Duncan y otros)
>
> "Respecto al error aritmético alegado por ... y que hace consistir en que al comparar el formulario elaborado por el jurado de votacion denominado E-6, con el confeccionado por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, llamado E-23, en lo que hace relación a la elección del Dr. Alfonso López Caballero, se encuentra una diferencia de 59 votos, observa el Tribunal que la causal 11 del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, invocada y relacionada con lo precedente, se refiere por un lado, a actos de escrutinio y no a formularios o registros, y, por otro a "error aritmético al sumar los votos consignados en ella" y no a diferencias entre las mismas, y que él sea manifiesto ostensible, de bulto, como también se dice, criterio este acogido por el H. Consejo de Estado en sentencia de marzo 27 de 1987".
>
> (Expediente No. 017. Actor: Oscar de Jesús Montoya).

Precisada la interpretación que debe darse a la causal en comento, la Sala encuentra que la apelación interpuesta por el apoderado Samuel Pinedo Brugués, parcialmente está llamada a prosperar.

En efecto, entendido cuándo se da "error aritmético" en el acta de escrutinio de los jurados de votación o de toda Corporación Electoral se observa que en lo atinente con la Mesa 7, Zona 3, Puesto 3, no hubo error aritmético respecto del acta de escrutinio del jurado de votación, ya que incluso no hubo totalización de los votos consignados en la Mesa como se desprende del documento visible a Folios 13, 14 y 15 del Cuaderno No. 3.

Si el cuadro de cómputos correspondiente a la Zona 3 (Fl. 70 Cuaderno No. 3) registra para el candidato Villalobos Luna, un número de votos diferente al anotado en el acta de escrutinio de la Mesa 7, Puesto 3 no quiere decir que haya existido error aritmético y más bien tal discrepancia en las cifras ha debido atacarse bajo otra causal de nulidad (numeral 2, artículo 65, Ley 96 de 1985).

Por esta razón la sentencia se revocará en lo que se refiere a la decisión de rectificación efectuada en cuanto hace relación a los votos obtenidos por el candi-

dato Jesús María Villalobos en la Mesa 7, zona 3, Puesto 3 y en su lugar se denegará la pretensión.

No sucede los mismo respecto al Cómputo zonal de la Zona 4, cuya rectificación por error aritmético fue decidida en la sentencia A Folio 78 del Cuaderno No. 3 aparece fotocopia autenticada del resultado de escrutinio de la Zona 4. Allí, sumadas las diferentes casillas referentes a la votación obtenida por el candidato Jesús María Villalobos, se totalizaron setenta y seis (76) votos, mientras que se anotó como resultado de la suma ocheta (80) votos, es decir, cuatro (4) votos más.

La Comisión Escrutadora que llevó a cabo el cómputo zonal se equivicó al sumar los votos consignados en ella respecto del candidato Villalobos Luna, y por ende se confirmará la sentencia en lo que se refiere a la rectificación por error aritmético restando cuatro (4) votos para el total de tres mil cuatrocientos ochenta y cinco (3.485) votos reconocidos por el Consejo Nacional Electoral, arrojando un total de tres mil cuatrocientos ochenta y un (3.481) votos prohijando su criterio de que esta rectificación incide en el resultado final en materia de Concejales Municipales que resultaron elegidos.

Otros cargos presentados en la demanda aunque no fueron objeto del recurso de apelación:

a. Mesa 17, Zona 3, Puesto 3

En el acta de escrutinio del jurado de votación aparece Jesús María Villalobos con sesenta y nueve (69) votos en número y en letra setenta y siete (77) votos.

La sentencia desechó el cargo por cuanto el hecho alegado no encuadra dentro de lo que significa error aritmético, que no es otra cosa que una equivocación o yerro al hacer las sumas de los votos consignados en el acta.

La Sala encuentra a Folio 30 del Cuaderno No. 3 en el formulario E-6 copia amarilla, para el candidato Villalobos Luna se anotaron en numeros sesenta y nueve (69) votos y en letra sesenta y siete (67) votos (no setenta y siete (77) como dice el actor). Y en el cómputo general le computaron (folio 71 del Cuaderno No. 3) sesenta y nueve (69) votos. No se probó que la suma correcta de los votos no fuera sesenta y nueve (69).

b) La nulidad de las actas de escrutinio de las Mesas que se relacionan por existir error aritmético.

ZONAPUESTO MESA

11 91
24 3

34	13
33	7
56	10
64	19 y 20

Corregimiento Pasacaballos	5
Punta Canoa	1
La Boquilla	1

De la anterior relación el Tribunal de primera instancia solo encontró que prosperaba el cargo planteado por el actor respecto de la Mesa 10 Puesto 6 Zona 5 y Mesa 1 de la Zona Punta Canoa, y ello en razón a la disparidad entre el acta de escrutinio y el cuadro de cómputo de las cifras en el número de votos para Joaquín Franco Burgos.

Pero precisada, en aparte de esta providencia, la interpretación que debe darse de reclamación del numeral 11 del artículo 42 de la ley 96 de 1985, que en virtud del numeral 6o. del artículo 65 de la misma Ley es también causal de nulidad de actas de escrutinio, no procedía la solicitud impetrada en la demanda ya que los hechos planteados encajan en causal diferente.

Por esta razón la Sala revocará la sentencia en lo atinente a la decisión de rectificar por error aritmético la votación obtenida por el candidato Joaquín Franco Burgos.

Los demás cargos aducidos por el actor y que fueron denegados por el Tribunal de primera instancia, tal como fueron planteados por el actor, no estaban llamados a prosperar, porque, como ya se dijo, los hechos en que se sustentan no encajan en la causal de nulidad alegada.

Esta la razón para confirmar la setencia impugnada en lo que a ellos atañe, pero por diferentes consideraciones a las elaboradas por el *a-quo*.

Por las consideraciones expuestas, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y parcialmente de acuerdo con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

1o. Revócase parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, preferida el tres (3) de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve (1989) en lo tocante a la rectificación efectuada por error aritmético en cuanto hace relación al candidato Joaquín Franco

Burgos, y en cuanto hace relación al candidato Jesús María Villalobos Luna solo en lo atinente al cómputo zonal de la Zona 4.

2o. Confírmase la sentencia en todo lo demás con la modificación de que la votación del candidato Jesús María Villalobos Luna queda en tres mil cuatrocientos ochenta y uno (3.481) votos.

3o. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Euclides Londoño Cardona, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidades/ **AUTORIDAD CIVIL/ PERSONERO MUNICIPAL**

El personero municipal es un funcionario público que ejerce autoridad civil y, en consecuecia, la persona que ha ejercido tal empleo dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como alcalde, está inahabilitado, por mandato legal, para poder ser elegido para tal empleo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 0366. Recurso de apelación del auto proferido por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio del cual se negó el decreto de suspensión provisional del acto administrativo de declaratoria de elección de Blanca Yolanda Bermúdez Bello como alcalde del municipio de Sabana de Torres (Santander), para le período constitucional 1990-1992. Actor: Jesús Alberto Jaramillo.

Se decide por la Sección el recurso de apelación ejercitado por el señor Jesús Alberto Jaramillo, en su condición de parte actora dentro del presente año, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuanto por ella, al admitir la demanda, negó el decreto de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo electoral contenido en el acta de fecha 14 de marzo de 1990, por medio del cual la Comisión Escrutadora del Municipio de Sabana de Torres (Santander), declaró elegida como alcaldesa de dicho municipio para el período constitucional 1990-1992, a la señora Blanca Yolanda Bermúdez Bello.

I. *Fundamentos de la acción ejercitada*. La acción electoral y la medida cautelar impetrada de esta jurisdicción, se fundamenta en la violación, de manera ostensible y flagrante, del artículo 1º, parágrafo 2o., ordinal e) de la Ley 49 de 1987,

en consideración a que la señora Blanca Yolanda Bermúdez Bello, elegida como alcaldesa del municipio de Sabana de Torres (Santander), para el período 1990-1992, desempeñó hasta el 20 de octubre de 1989, el cargo de personero del mismo municipio, empleo que, según el accionante el ejercicio de autoridad civil.

La norma precitada, indicada como quebrantada, es del siguiente tenor:

Art. 5º Ley 78 de 1986. "*Inhabilidades*. No podrá ser elegido ni designado Alcalde quien:

"... e) Quien como funcionario dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, o quien dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial o haya celebrado por sí o por interpuesta persona, contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio" (art. 1º, parágrafo 2o. ordinal e) de la ley 49 de 1987).

II. *La providencia recurrida y su fundamento*. El *a-quo* fundamenta su decisión de negar el decreto de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo electoral acusado, con la consideración de que "... la violación de la norma superior no es manifiesta, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, como lo exige el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989, reformatorio del artículo 152 del C.C.A. Y ello, porque para determinar si los personeros municipales ejercen jurisdicción o autoridad civil o política, es necesario examinar la legislación que reglamenta la competencia de tales funcionarios, procedimiento que no es de recibo en esta clase de medidas provisorias".

III. *El fundamento de la apelación*. El actor -apelante en un memorial-, que obra a folios 30 y 31 del expediente, argumentó que el código de Régimen municipal, artículo 40, ord. 4o. en concordancia con el C.C.A., estatuye como funciones del personero "aplicar medidas disciplinarias o solicitar su aplicación al que sea competente, a los funcionarios que sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo 76 del mismo Código Contencioso Administrativo", y que, teniendo esa facultad sancionadora-disciplinaria, es evidente que se está en presencia de un funcionario con autoridad civil.

Para resolver,

SE CONSIDERA

1. Esta Corporación ha dicho, de manera reiterada, que la *jurisdicción* en sentido estricto, es la facultad de administrar justicia, el poder o la potestad de decir el derecho y de proveer a la tutela y realización en los casos concretos sometidos a la decisión de las personas u organismos competentes, y, que *la*

autoridad es el poder o la facultad de mandar u ordenar, disponer, prohibir o sancionar, de conformidad con la ley, dentro de los límites de la respectiva competencia. La autoridad pública 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,* está revestido del *imperium* (Sentencia de diciembre 3 de 1982, Sección Segunda de la sala contenciosa, ponente Joaquín Vanín Tello, exp. 872).

En otras palabras: ejerce autoridad civil el funcionario que tiene el poder de dicidir y obligar a los ciudadanos en relación con las facultades que le ha conferido la ley en esa materia.

Ahora bien; conforme al Código de Régimen Municipal (Decreto Ley 1333 de 1986), el Personero municipal, además de agente del Ministerio Público, es defensor del pueblo y veedor ciudadano, y en esta última condición tiene entre sus atribuciones, la de "vigilar la conducta oficial de los empleados y trabajadores municipales y velar porque desempeñen cumplidamente sus deberes y se les exija responsabilidad por las faltas que cometan"(art. 139, num. 4o.), y "En virtud de las atribuciones 3a. y 4a., establecidas en este artículo, el Personero podrá, cuando las circunstancias lo ameritan, adelantar las investigaciones disciplinarias del caso, observando lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 49/87, y como consecuencia de esas investigaciones solicitar contra los empleados oficiales, excepto el Alcalde, sanciones de amonestación, multa, suspensión y destitución al funcionario u organismo competente para tal efecto. Igualmente tendrá facultad para vigilar las investigaciones adelantadas por las Comisiones de Personal creadas por el artículo 22 del decreto 1001 de 1988" (num. 19 ib., art. 3o. ley 3 de 1990).

Pero, además, le corresponde la Personero la facultad o atribución legal relativa a "la administración del personal subalterno" (nombrar, remover, crear situaciones administrativas, etc.-, por tratarse de un funcionario elegido por el Cabildo, según lo prescrito en el art. 294 del Decreto Ley 1333 de 1986.

Y si a todo lo anterior se agrega, que "los personeros municipales, como agentes del Ministerio Público, tendrán a su cargo... 4. Aplicar medidas disciplinarias o solicitar su aplicación al que sea competente, a los funcionarios que, sin causa justificada, dificulten o hagan ineficaz el ejercicio del derecho de petición o incurran en las conductas previstas en el artículo siguiente" (art. 75 del C.C.A.), es indubitable, y para ello no se necesita de mayores elucubraciones, ni de complicados y extensos razonamientos jurídicos, que el personero municipal es un funcionario público que ejerce autoridad civil, y que, en consecuencia, la persona que ha ejercido tal empleo dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección como alcalde, estaba inhabilitado, por mandato legal, para poder ser elegido para tal empleo.

Estando acreditado en el presente caso, que la señora Blanca Yolanda Bermúdez Bello desempeñó el cargo de Personera del municipio de Sabana de Torres, hasta el 22 de octubre de 1989, fecha en que entró a desempeñar dicho empleo la persona que fuera designada en su reemplazo, por habérsele aceptado la renuncia que presentara el 20 del mismo mes y año, es evidente que la elegida se encontraba inhabilitada para ejercer el empleo de alcalde del indicado municipio, en los términos del literal c), parágrafo 1o., art. 1º de la Ley 49 de 1987, subrogatorio del ordinal e) del art. 5º de la Ley 78 de 1986.

Finalmente, debe observarse que el argumento según el cual la medida provisoria no es viable, porque para llegar a una conclusión es menester el examen de la legislación que reglamenta la competencia o competencias de los personeros municipales determinante del concepto de "autoridad civil" y la existencia de ella en cabeza de un personero municipal, procedimiento que no es de recibo en esta oportunidad, en manera alguna puede ser compartido por la Sala. Las razones para no prohijar ese planteamiento, serían, de un lado, que de ser ello así, nunca sería procedente la medida de suspensión provisional, no obstante que, como en el caso de autos, mediante la invocación de la legislación pertinente, se esté demostrando que se está en presencia de un funcionario que, dentro de los seis meses anteriores a su elección como alcalde, ejercía "autoridad civil, política o militar"; y, de otro lado, que si la medida provisional es procedente en la acción de nulidad- y la electoral es una modalidad de ella, como reiteradamente se ha dicho- cuando se encuentra una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, *por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud* (art. 152 C.C.A.), con más o idéntica razón cuando el quebrantamiento del ordenamiento jurídico surge de manera ostensible, *prima facie*, previo el análisis de otras disposiciones legales o constitucionales que guardan perfecta concordancia con aquel, integrando la denominada "proposición jurídica completa", o bien permiten, sin lugar a duda alguna y sin necesidad de hacer el examen de documentos públicos aducidos con la solicitud de definir si se está en presencia de un funcionario público con jurisdicción, o investido de autoridad (mando) civil, política o militar, como acontence en el caso presente.

En consecuencia, el recurso de apelación está llamado a prosperar y debera revocarle el proveído impugnado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

1o. REVOCASE el numeral segundo de la providencia de veintitres (23) de abril de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo

de Santander dentro del proceso de la referencia, por la cual se negó el decreto de suspensión provisional solicitado en la demanda.

2o. SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el acto administrativo electoral contenido en el acta de fecha 14 de marzo de 1990, por el cual la Comisión Escrutadora del municipio de Sabana de Torres (Santander), declaró elegida como alcaldesa de dicho municipio, para el período 1990-1992, a la señora BLANCA YOLANDA BERMUDEZ BELLO.

3o. Comuníquese la decisión al señor Gobernador del Departamento de Santander, para los efectos previstos en los artículos 13, inciso segundo y 19, inciso primero, de la Ley 78 de 1986.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Euclides Londoño Cardona, Presidente de la Sala; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL/ CADUCIDAD/ DEMANDA ELECTORAL

La parte demandante no tiene por qué asumir las consecuencias de la demora en decidir la inadmisión de la demanda.

CONCEJAL SUPLENTE

Los suplentes también acceden a la Corporación tratándose de faltas temporales de los principales, como lo prevé el inc. 1º del art. 73 del D. 1333/86. No habiéndose dado al memorial de excusa del concejal principal el trámite indicado en el art. 86 del D. 1333/86, se debe entender que cuando menos produce efectos de excusa accidental, suficiente mientras el primer principal no reasumiera sus funciones, para legitimar la actuación del primer suplente.

JURISDICCION ROGADA

Siendo la justicia contencioso-administrativa de condición eminentemente rogada, solo con fundamento en las disposiciones que la parte actora adujo como violadas es que se pueden acoger sus súplicas. En modo alguno con las que el juzgador considere que se ajustan precisamente a la materia controvertida. Mucho menos dichas normas, no esgrimidas en la demanda, lo fueron por la parte demandada en su favor, por cuanto si ellas no validan el acto acusado, en todo caso tampoco pueden servir de apoyo a la declaración de nulidad que se impetra.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., junio siete (7) de mil novecientos novènta (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0355. Actores: José Rufino González Garzón, Pedro A. Sánchez Valero y José Romero Pedraza. Apelación de la sentencia de fecha febrero 12 de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarando la nulidad de la elección de dignatarios del Concejo de Villapinzón efectuada el 1o. de agosto de 1989.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de la referencia, en cuya virtud el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, acogiendo las súplicas de la demanda, declaró la nulidad del acto de elección de dignatarios del Concejo del Municipio de Villapinzón, efectuada en sesión ordinaria del 1o. de agosto de 1989. Como el recurso fue oportunamente sustentado se lo concedió en efecto suspensivo para ante esta Corporación, que procede a decidirlo surtida como ha sido la segunda instancia en legal forma y por no observar en lo actuado motivo alguno de invalidez. Al efecto parte del examen de los siguientes

I. ANTECEDENTES

De la demanda

Fue presentada el 14 de agosto de 1989, pero como el magistrado a quien le correspondió en reparto consideró que adolecía de requisitos propios de la demanda en forma, previa oficiosa solicitud de certificación en cuanto al monto del presupuesto ordinario de Villapinzón, concedió un término de cinco (5) días para que fueran subsanados los errores del libelo. Ese auto fue proferido con fecha veintitres (23) del mismo mes de agosto, siendo notificado en estado el 25 siguiente, por lo que el aludido plazo se extendió hasta el 1o. de septiembre, cuando se presentó la demanda debidamente corregida.

En ella se aduce, exclusivamente, la violación del artículo 86 del Decreto 1333 de 1986, porque en la elección acusada intervinieron tres concejales suplentes, los señores Hernando Baez, José Jacobo Guacaneme y Luis Alfonso Rubiano López, no habiéndose producido renuncia o excusa de dos principales que diera lugar a la actuación de los dos suplentes últimamente nombrados. Al respecto se afirma que al comienzo de la aludida sesión del 1o. de agosto intervinieron el concejal principal Alcibiades Gil Torres y el suplente de la misma lista Luis A. Rubiano, "...quienes legalmente no podían ejercer sus funciones..." simultáneamente, irregularidad que se trató de remediar con la posterior manifestación del principal de que su presencia en la sesión sería a título de observador, autorizando la asistencia en su reemplazo del suplente en mención.

También se objeta la participación en el acto cuestionado del suplente Guacaneme, por cuanto la excusa del segundo principal de la respectiva lista, Hernando Garzón Barrero, fue presentada por Sánchez Baez al presidente del Cabildo y no ante el Alcalde, como lo ordena la norma pretensamente violada; y porque la cabeza de los principales de esa misma lista, Fabio Sánchez Barrero, se había excusado

CONSEJO DE ESTADO

validamente de asistir a las deliberaciones del Cabildo, habilitando para actuar al suplente Sánchez Baez, pero no al segundo suplente Jacobo Guacaneme.

Por ello, sostiene la demanda, el *quórum* para deliberar y decidir quedó integrado apenas con cuatro (4) concejales, tres principales y uno suplente, pues la asistencia de los otros dos suplentes fue ilegal, de donde concluye que la elección de dignatarios no solamente es nula "...por la no presentación de las excusas ante el señor Alcalde, sino por falta de *quórum* para deliberar y decidir...". Además, porque los dos suplentes elegidos para la Mesa Directiva "...no reunían las calidades para ser electos...". Al respecto se anota que en el acto acusado resultaron elegidos Luis Alfonso Rubiano López, Hernando Sánchez Baez y Juan Domingo Barrera Casallas como presidente, y primero y segundo vicepresidentes, en su orden, no obstante ser los dos primeros concejales suplentes, así: Rubiano López, primer suplente de la lista encabezada por Salatiel Borrero Farfán, y Sánchez Baez primer suplente de la lista que encabezó Fabio Rosendo Sánchez Borrero. De esta última y como segundo suplente fue elegido José Jacobo Guacaneme, igualmente actor en la ameritada sesión del 1o. de agosto de 1989.

En la demanda igualmente se objeta la elección dicha por haberla efectuado un grupo de concejales "...sin que previamente hubiesen sido convocados por su Presidente..." y porque el suplente Rubiano López no podía actuar estando presente, como simple observador, el principal Alcibiades Gil Torres, pues la excusa verbal dada por este para que aquel pudiera actuar "...no despoja al concejal de su investidura como tal y de sus inherentes obligaciones y deberes, de donde se infiere que el suplente no podía ser elegido miembro de la Junta Directiva (sic) estando presente el principal..." (fls. 26 a 29 Fte).

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Los concejales Rubiano López y Sánchez Baez, por conducto de apoderado, la contestaron oponiéndose a sus pretensiones, pues aducen, de una parte, excepción de caducidad de la acción, en su criterio producida desde el 26 de agosto de 1989 y, de otra, porque el procedimiento seguido para la actuación de los susodichos concejales suplentes se ciño a la previsión del Art. 72 del Decreto 1333 de 1986 y al reglamento del Cabildo, aprobado por acuerdo No. 011 de septiembre 28 de 1988. Agregan, con acierto, que la sesión del 1o. de agosto no recurría de citación especial, por cuanto el cabildo se reúne en esa fecha por derecho propio.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA

Previo concepto de su colaboradora Fiscal, quien solicitó decisión inhibitoria por haberse dado la caducidad de la acción, el *a-quo* puso fin a la primera instancia con declaración de no estar probada la excepción propuesta para, en cambio, acceder a las súplicas de la demanda. Por lo que atañe a lo primero, luego de analizar el alcance del inciso 2o. del Art, 143 del C.C.A., según el texto vigente en las fechas

en que fue introducida la demanda y su corrección, infiere que esto último ocurrió en oportunidad legal, o sea, cuando no se había peosuxiso wl dwnómeno de la caducidad, apartándose del criterio de los demandados y del concepto de su colaboradora del Ministerio Público, el que a su parecer en la mayoría de los casos haría nugatorio el derecho del accionante a corregir los defectos formales del libelo demandatorio.

Respecto de lo segundo, no obstante señalar que la parte actora solamente invocó el Art. 86 del Decreto 1333 de 1986 como norma violada, estimó pertinente examinar la legalidad del acto acusado en relación con los artículos 70 y 71 de ese código, porque los hechos de la demanda aluden a la falta del *quórum* previsto en esas normas; también en cuanto a las previsiones del Reglamento del Concejo de Villapinzón, pues que la parte demandada adujo ese estatuto en su defensa aportando su texto como prueba.

Así fue como en atención a las previsiones de los artículos 52 a 57 de ese reglamento, atañederos con "... la actuación de los concejales elegidos en calidad de suplentes...", el fallo recurrido considera que quienes con ese carácter actuaron en la ameritada sesión del 1o. de agosto de 1989 lo hicieron ilegalmente. A esa conclusión llega por estimar que las excusas de los concejales principales Fabio Rosendo Sánchez Barrero y Hernando Garzón Barrero. de la lista "Partido Liberal Unido", así como la del principal Alcibiades Gil Torres, no se ajustaron a las previsiones legales y reglamentarias y, por ende, no se integró el *quórum* decisorio del cabildo, teniendo incluso como inválida la actuación del suplente Sánchez Baèz que la demanda no objeta (fl. 28 fte).

Pero también estimó que sería fundamento de la declaración de nulidad impetrada la previsión del artículo 11 del Reglamento del Concejo, al estipular que a los suplentes solo se los puede elegir dignatarios cuando se presenta vacancia absoluta o excusa permanente del principal, situación no dada en el caso en examen.

Se observa que la sentencia cuestionada fue acordada por mayoría, puesto que tres de los integrantes de la sala salvaron el voto por estimar improcedente el pronunciamiento de mérito en atención a la caducidad de la acción.

IV. DEL RECURSO INTERPUESTO

Se sustenta la apelación reiterando que la correcta interpretación del Art. 143, inciso 2o. del C.C.A., vigente a la época de los hechos, que no conforme al texto modificado por el Art. 26 del Decreto 2304 de 1989 ni siquiera expedido entonces, permite inferir la caducidad de acción a la fecha de presentación de la demanda corregida, o sea el 1o. de septiembre de 1989. También porque la sentencia se apoya en normas legales cuya violación no invocó el actor, lo que constituye extralimitación en la interpretación del libelo demandatorio, amén que la actuación de los concejales suplentes se ajustó a la preceptiva legal, por tratarse de excusas accidentales de tres principales que aquellos reemplazaron, como lo prevé el Art. 93,

letra g) del Decreto 1333 de 1986, pues que solo cuando se trata de renuncias y excusas no accidentales corresponde acogerse al procedimiento de presentación de aquellas ante el alcalde.

Finalmente plantea nulidad procedimental, aduciendo que conforme al artículo 66 de la Ley 96 era de solo dos días el término de corrección de la demanda, en tanto erróneamente en el caso de autos se otorgó para ello un término de cinco días.

V. CONCEPTO FISCAL

Luego de relacionar la demanda y el fallo impugnado, así como los fundamentos del recurso de apelación que se resuelve, analiza la señora Fiscal Séptima colaboradora la pretensa causal de nulidad invocada por el apoderado de los demandados, desestimándola por encontrar que no se ajusta a ninguna de las previsiones del Art. 152 del C.de P.C., aplicable a este proceso por la remisión dispuesta en el Art. 165 del C.C.A. Agrega que de constituir la situación alegada irregularidad procesal distinta de las causales de nulidad previstas en la norma dicha, ya se habría saneado por falta de reclamación oportuna.

No obstante, examina cuidadosamente el motivo de la pretensa invalidez, para concluir que en modo alguno, conforme al tenor de la norma invocada por el recurrente, pudo incurrirse en nulidad al disponer el otorgamiento del término de cinco días para la corrección de la demanda, como quiera que el aludido Art. 66 de la Ley 96 de 1985 regula la situación bien distinta, atañedera a la oportunidad para corregir el libelo demandatorio y al término que tiene el conductor del proceso para resolver al respecto.

Estima, en cambio, que se produjo la caducidad antes de ser presentada la demanda corregida, por cuanto los veinte (20) días previstos en el artículo 7º de la Ley 14 de 1988, para promover la acción de nulidad electoral, concluyeron el 31 de agosto de 1989. Al respecto examina la disposición del Art. 143 del C.C.A., conforme al texto vigente al tiempo de la demanda, argumentando que como al presentarse el libelo con informalidades o ausencia de requisitos no se interrumpe el término de caducidad, dicho fenómeno operó en la fecha dicha, conclusión que sustenta en los siguientes términos:

> "Con base en el anterior análisis, se deduce claramente que en el presente caso no era de recibo la construcción teórica hecha en la providencia de primera instancia, porque incluye elementos que no es posible deducir de la disposición en comento, y el más importante de tales elementos extraños es retrotraer el tiempo al momento de presentación de la demanda, porque como ya se dijo, la norma parte de la base de que una demanda presentada sin los presupuestos legales no interrumpe la caducidad, sin que establezca ninguna excepción respecto de la naturaleza de la demanda o de los presupuestos incumplidos".

"En el *sub-judice* se da por presentada el 14 de agosto una demanda que, al incumplir con los requisitos legales, la norma vista considerada como no presentada, y sigue siendo considerada así por la Ley cuando se analizó su admisibilidad el 23 de agosto, fecha en la cual se dictó el Auto señalando sus defectos y ordenando su corrección, y advirtiendo, expresamente, que su presentación defectuosa no interrumpía el término de la caducidad; la corrección se presentó pasado el término previsto en la norma para interponer la demanda en el proceso electoral, luego debió inadmitirse o declararse la caducidad de la acción en la sentencia de primera instancia en lugar de considerarse oportuna, como se hizo..." (fl. 174 fte).

Entra, no obstante, al examen de la cuestión *sub-júdice*, para el caso de encontrar "...la Sección Quinta procedente conocer de fondo el asunto...". Al respecto sostiene que la decisión del *a-quo* se ajustó a derecho, "...toda vez que ni la pretensión ni los hechos fueron alterados, tan solo se limitó a colegir que el actor citó tácitamente algunos artículos, pues indicó el concepto de su violación, pero omitió citarlos, sin embargo, demuestra su transgresión con la expedición del acto electoral impugnado, contando además con que la violación de tal acto, fue analizada en relación únicamente con el concepto planteado en la demanda..." (fl. 175 fte).

Tal conclusión la sustenta afirmando la ilegal actuación de los tres concejales suplentes en la sesión del 1o. de agosto de 1989, por cuanto lo hicieron son que se presentara vacancia transitoria o absoluta, ni ausencia temporal de los principales, desconociendo con ello la previsión del Art. 72 del Decreto 1333 de 1986 y el quincuagésimo segundo (52º) del Reglamento del Concejo de Villapinzón, que autorizan la actuación de aquellos, previa posesión del cargo, solo en los casos de falta absoluta y temporal o de vacancia transitoria de los principales. Finaliza solicitando revocar la sentencia impugnada para declarar probada la excepción de caducidad de la acción, o en subsidio, confirmar dicho fallo.

Para resolver

SE CONSIDERA

Previo al examen de fondo de la cuestión debatida se impone en el dos aspectos procedimentales, que de resultar conformes al criterio de quien los propuso conduciría a la revocatoria de la sentencia apelada. Ellos son:

1. La pretensa nulidad procesal con fundamento en lo dispuesto en el Art. 66 de la Ley 96 de 1985, pues según interpretación que de esa norma hace el recurrente, era solo de dos días el lapso que cabía dar a los accionantes para que corrigieran la demanda, y no el de cinco dispuesto por el *a-quo*. Por este aspecto la Sala comparte el cuidadoso análisis efectuado por la señora Fiscal Séptima colaboradora, que se ajusta estrictamente a los previsto en el Art. 152 del C.de P.C., y a lo que interpretando esa disposición han expresado la jurisprudencia y la doctrina. En efecto, la alegada nulidad procedimental no encaja en ninguna de las causales previstas en

la citada norma que, como bien se sabia, son taxativas. Posiblemente el recurrente estimó que la nulidad alegada podía ubicarse en la que atañe a "...un procedimiento distinto del que legalmente corresponde...", previsión a la que no es dable asimilar la situación planteada por cuanto la causal de nulidad en mención, que es la del ordinal 4o. del artículo 152 del C.de P.C., hace referencia al trámite del proceso por vía diferente de la prevista en la ley procedimental, como cuando un ordinario se adelanta como especial o abreviado, o viceversa, "...o por un trámite especial correspondiéndole otro también especial..." (Devis E. Compendio T. III. Vol. I).

Por lo demás, basta la cuidadosa lectura de la norma invocada para concluir en la errónea inteligencia que de ella hace el recurrente, por cuanto los dos días que trata el citado Art. 66 de la Ley 96 de 1985 constituyen el lapso durante el cual el conductor del proceso debe resolver de la corrección de la demanda (Art. 230 del C.C.A.), que no al término que cabía dar al actor para subsanar los defectos formales de aquella (Art. 143, inciso 2o., del C.C.A.). Por ello se rechazará de plano la causal de nulidad propuesta, conforme a lo dispuesto en el Art. 155, inciso 4o. del C.de P.C.

2. El segundo atañe a la alegada caducidad de la acción. Al respecto el señor apoderado de la parte impugnante, al contestar la demanda, propuso esa cuestión como excepción argumentando:

> "1o. A la demanda inicialmente presentada no se le dio curso en virtud de lo dispuesto en el auto de 23 de agosto de 1989, que ordenó su corrección.
>
> "2o. La nueva demanda corregida fue presentada el 1o. de septiembre de 1989.
>
> "3o. Habiendo sido expedido el acto de elección que se demanda el 1o. de agosto de 1989, el término de veinte días para la caducidad de la acción previsto en el art. 136 del C.C.A., se cumplió efectivamente el 26 de agosto de 1989.
>
> "4o. Como la presentación de la demanda incorrecta no interrumpe los términos de la caducidad de la acción, según lo establece el art. 143 del C.C.A., es evidente que la nueva demanda corregida fue presentada cuando ya la acción se encontraba caducada. En efecto, se presentó el 1o. de septiembre cuando el término de veinte días había ya concluido el 26 de agosto de 1989..." (fl. 55 a 58).

Esa apreciación fue compartida por la señora Fiscal Tercera del Tribunal de primera instancia, cuando al alegar la conclusión expresó la "...imposibilidad de proferir sentencia de mérito por caducidad de la acción...", y solicitó "...decisión inhibitoria en el presente caso..." (fl. 113 a 115).

Ese planteamiento, que de ser acogido habría llevado a fallo inhibitorio, fue desestimado por el *a-quo* con salvamento de voto de tres de sus integrantes, que entendieron haberse dado la caducidad aducida por la parte demandada.

Reiterando esa tesis, al sustentar la apelación el recurrente expresa:

> "... se dejó de aplicar e interpretó erróneamente el artículo 143 del C.C.A., con el texto y contenido vigente al momento de presentación y admisión de la demanda, que en forma expresa preveía que la presentación incorrecta de la demanda no interrumpe los términos de la caducidad de la acción... Tal y como lo demuestran fehacientemente los actos procesales, la demanda que dio origen al proceso fue presentada corregida el 1o. de septiembre de 1989, cuando ya había concluido el término de veinte días de caducidad de la acción, que se inició el 1o. de agosto del mismo año... No es aplicable al caso del proceso en referencia, la reforma introducida al artículo 143 del C.C.A, por el artículo 26 del Decreto 2304 de 1989, pues al momento de la presentación de la demanda inicial y de la corrección, como en el de dictarse el auto admisorio, dicha modificación ni siquiera se había expedido ni mucho menos había entrado a regir..." (fls. 148 y 149).

Por su parte la señor Fiscal Séptima de la corporación, en lo referente al problema en examen, puntualiza en su concepto:

> "...ella -la caducidad- se refiere a la expiración del plazo perentorio que la ley señala para que algunas acciones sean ejecitadas; la caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite la suspensión ni la interrupción de sus plazos, salvo que la Ley lo haga expresamente, lo cual quiere decir que tampoco existe la posibilidad de que los términos de caducidad puedan ser ampliados, la caducidad consagrada en la ley, como institución de derecho público, opera *ipso jure*..." (fl. 172).

La norma aplicable al presente caso, agrega la colaboradora del Ministerio Público, es la del Art. 143 del Decreto 01 de 1984, por estar vigente al momento de la presentación de la demanda y porque sus presupuestos le son aplicables al proceso electoral, asistiéndole razón -en su concepto- a quienes salvaron su voto en el fallo de primera instancia, y al apelante.

Ahora bien: no cabe hesitación respecto de que en la acción de nulidad electoral la caducidad, presupuesto procesal de la misma acción, se produce en el término estatuido en el inciso final del Art. 136 del C.C.A., pero no al tenor del texto consagrado en el Decreto 01 de 1984, sino conforme a lo que dispone el Art. 7º de la Ley 14 de 1988, subrogativo del Art. 28 de la Ley 78 de 1986, es decir, a los veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata.

Por ello la acción de nulidad del acto de elección de dignatarios del Concejo de Villapinzón, efectuado el 1o. de agosto de 1989 y de que da cuenta el Acta No. 20 de las actuaciones del Cabildo (fl. 32 a 36 de los autos), tratándose de acto que se notificó en la misma fecha por cuanto de inmediato tomaron los electos posesión de los respectivos cargos, habría caducado, de no presentarse circunstancias que alteraran la cuenta de los veinte días previstos en la norma, el 26 de dicho mes. Pero como el 23 de agosto se dictó el Decreto extraordinario No. 1988, promulgado ese mismo día en el D.O. No. 38.949, cuyo artículo 52 suprimió el trabajo judicial los días sábados, el término de caducidad se extendería hasta el 28 de dicho mes. Además, en los autos se dio otra circunstancia que no es irrelevante en cuanto al aspecto examinado, cual fue la de que el 14 de agosto fue presentada la demanda, o sea, cuando apenas habían transcurrido diez (10) días del término de caducidad.

El magistrado, a quien le correspondió en reparto, apenas el 23 de dicho mes vino a dictar el auto por el que otorgó a la parte actora el término de cinco (5) días para que corrigiera los defectos formales del libelo demandatorio, preveimiento notificado el 25 siguiente, por lo que el término judicial en mención se extendió desde el 28 de agosto hasta el 1o. de septiembre de 1989, fecha ésta cuando se presentó la demanda corregida. Pero desde el 16 de agosto había solicitado, oficiosamente se repite, la certificación del monto ordinario del presupuesto de Villapinzón para la vigencia de 1989, con el objeto de determinar, por tratarse de municipio no capital de Departamento, si el proceso a seguir era de única o de primera instancia ante el *a-quo*, atendiendo a lo previsto en el Art. 131, ordinal 3 del C.C.A., subrogado por el Art. 2º del Decreto 597 de 1989.

Este trámite previo posiblemente llevó a no obrar con la celeridad que el asunto requería, por cuanto lo acertado habría sido no dar curso a la demanda y autorizar su corrección mediante el citado auto del 16 de agosto, sin retardar innecesariamente aquella determinación hasta el 23 del mismo mes, cuando ya era angustioso el de por sí breve término fijado en la ley para el ejercicio de la acción electoral.

A simple título de comentario, aludiendo al referido auto del 16 de agosto, se acota que es reiterada y uniforme la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, dirigida a señalar la obligación procesal de acompañar a la demanda que versa con la nulidad de la elección de miembros de los concejos, o de elecciones o nombramientos hechos por esas corporaciones o por cualquier funcionario u organismo administrativo del orden municipal, cuando el municipio no es capital de Departamento, el anexo sobre el quántum presupuestal, so pena de ser rechazado el libelo o de concluir el proceso con providencia inhibitoria cuando se lo tramita sin el cumplimiento del mencionado requisito.

Bien se pudo, pues, con el auto del 16 de agosto inadmitir la demanda haciendo alusión, entre otros aspectos, al no acompañamiento de la certificación dicha.

Entonces, ciertamente hubo innecesaria demora en la decisión de inadmitir la demanda, retardo que en modo alguno es atribuible a los demandantes quienes,

como ya se vio, presentaron su libelo cuando apenas habían transcurrido 10 días del término de caducidad, quedando disponible el doble del lapso que se requería para hacer viable su corrección.

Por esta circunstancia, y porque la parte demandante no tiene por qué asumir las consecuencias de la demora en decidir de la inadmisión de la demanda, no es acertado el criterio del recurrente y la colaboradora Fiscal, según el cual la caducidad ocurrió antes del 1o. de septiembre de 1989, cuando se presentó el libelo corregido.

Ello implicaría, de una parte, estimar que dicho término es fatal, inexorable, que no admite prórroga no siquiera cuando se dan circunstancias ajenas a la voluntad del posible afectado con su vencimiento, como fue el caso del decreto de supresión del trabajo judicial los días sábados y del retardo en el otorgamiento del término para la corrección de la demanda. De otra, que la atribución o posibilidad consagrada en el inciso 2o. del art. 143 del C.C.A. a favor de los accionantes, como se preveía en la norma vigente a la época de que se viene haciendo alusión, de corregir el libelo demandatorio "...en el término de cinco (5) días, siempre que éste no quede comprendido en el de caducidad...", fácilmente se tornaría inocua cuando, no obstante que el libelo hubiera sido presentado con bastante anticipación al vencimiento de ese término, corrieran los días y solo se viniera a definir la inadmisión de la demanda al final de dicho lapso. Como tal no pudo ser el espíritu del legislador al respecto, sino la de que fuere efectiva la posibilidad de corregir la demanda para poner en movimiento a la jurisdicción, salvo cuando no se haga uso en tiempo de la acción, resulta equivocado sostener que en el caso de autos había caducado la acción cuando se presentó la demanda corregida, pues precisamente el 1o. de septiembre fue el último de los cinco (5) días hábiles que para ello otorgó el magistrado ponente.

3. Iniciando el examen de fondo de la cuestión *sub lite*, en pocas palabras cabe decir que esta se reduce a establecer si los tres concejales suplentes que intervinieron en la sesión del 1o. de agosto de 1989 en el cabildo de Villapinzón, señores Hernando Sánchez Baez, José jacobo Guacaneme y Luis Alfonso Rubiano López, los dos primeros de la lista del Partido Liberal Unido que encabezó Fabio Rosendo Sánchez Barrero y de la que también fue elegido como principal Hernando Garzón Barrero, y el tercero, Rubiano López, primer suplente de la lista del Movimiento Conservador Campesino que encabezó Salatiel Barrero Farfán y de la que también resultaron elegidos como principales Alcibiades Gil Torres y Rafael Casallas Casallas, estaban legalmente facultados para actuar en reemplazo de concejales principales. Los demandantes impugnan esa actuación, pues consideran que no se dio cumplimiento a la previsión del artículo 86 del Decreto 1333 de 1986, actual Código de Régimen Municipal, en cuanto dispone que "Las renuncias y excusas de los concejales para servir sus cargos, serán presentadas ante el Alcalde".

De la afirmación de que dos de los susodichos suplentes no podían actuar en la ameritada sesión del 1o. de agosto por la causa anotada, deducen que entonces

no se constituyó *quórum* para decidir en la corporación edilicia, puesto que de los seis concejales allí actuantes entre principales y suplentes, únicamente los tres principales, señores Juan Domingo Barrero Casallas, Salatiel Barrero Farfán y Rafael Casallas Casallas, y el suplente Sánchez Baez, estaban legalmente capacitados para intervenir en este acto. Fue por este aspecto que el *a-quo*, prevalido de la facultad de interpretar la demanda por incoarse con ella una acción pública o popular, estimó factible examinar si hubo violación de los artículos 70 y 71 del precitado Decreto 1333 de 1986, así estos textos no hubieran sido expresamente citados en el libelo demandatorio.

Mas aún: por haber aducido la parte demandada en su favor las disposiciones del Reglamento del aludido cabildo, contenidas en el Acuerdo No. 011 de 28 de septiembre de 1988, acompañando su texto y solicitando su aplicación, en el fallo apelado se sostiene la tesis peregrina de que también por violación de los preceptos de ese estatuto cabía acoger las súplicas de la demanda, así no hubieran sido citadas por los actores, y menos expresado al respecto concepto alguno de violación. Como quien dice: las disposiciones invocadas por la defensa vinieron a complementar la demanda, llenado los vacíos en la postulación de la causa *petendi*.

Pero ese razonamiento no es, no puede ser, compartido por la Sala, pues siendo la justicia contencioso-administrativa de condición eminentemente rogada, solo con fundamento en las disposiciones que la parte actora adujo como violadas es que se pueden acoger las súplicas. En modo alguno con las que el juzgador considere que se ajustan precisamente a la materia controvertida. Mucho menos si dichas normas, no esgrimidas en la demanda, lo fueron por la parte demandada en su favor, por cuanto si ellas no validan el acto acusado, en todo caso tampoco pueden servir de apoyo a la declaración de nulidad que se impetra.

Así, entonces, se circunscribirá la Sala al examen del caso planteado respecto de la posible violación del Art. 86 del Decreto 1333 de 1986 y, consecuentemente, de si hubo o no *quórum* decisorio en la sesión del cabildo en el que se produjo la elección acusada. No le es permisible adentrarse en el estudio de las disposiciones reglamentarias del cabildo, para establecer si los suplentes que actuaron entonces podían ser elegidos en la comisión de la mesa, como lo fueron Luis Alfonso Rubiano López y Hernando Sánchez Baez.

Esta cuestión, la de la posible inhabilidad de dichos suplentes para acceder a dignidades del cabildo, no fue propuesta en la demanda, pues por tal no es dable tener la simple afirmación contenida en el hecho 6o. de que "...los dos (2) suplentes (sic) elegidos en la Mesa Directiva no reunían las calidades para ser electos...". Al respecto se invocó violación de disposición legal ni reglamentaria y, por lo que se infiere del planteamiento fundamental de aquella, esa pretensa inelegibilidad se desprende de la incapacidad legal de aquellos para actuar en la tantas veces mencionada sesión, por no haber sido presentadas ante el Alcalde las excusas o renuncias de los principales.

Reducido así el problema a establecer si los dichos suplentes podían actuar en la sesión del 1o. de agosto de 1989, porque se hubiera presentado excusa o renuncia de principales que los habilitara par actuar en su reemplazo, demostrado está:

A) Que el principal Fabio Rosendo Sánchez Barrero presentó, desde noviembre de 1988, excusa ante el Alcalde de Villapinzón, con carácter permanente, pues así se lee del texto visible en copia al folio 42 frente. Allí pide llamar al suplente respectivo de la lista por él encabezada "... a fin de que me reemplace en las sesiones ordinarias del presente mes de noviembre y en las subsiguientes que por cualquier motivo no pudiese asistir...", agregando, a manera de excepción, "...que cuando de manera concreta se requiera mi presencia para el estudio de programas específicos inherentes al desarrollo municipal, con mucho gusto estaré presto para prestar mis servicios..." (sic). Como quien dice: mientras no se lo llame, porque no se requiera su presencia para el estudio de programas específicos, asistirá en suplente. En su reemplazo entró al concejo el segundo suplente José Jacobo Guacaneme, según expresa la demanda (fl. 28).

B) También Alcibiades Gil Torres, el Movimiento Conservador Campesino, presentó excusa permanente ante el Alcalde, pues con firma autenticada ante notario de esta capital hizo llegar a ese despacho un escrito "para saludarlo y solicitarle como Concejal principal me excuse por no poder asistir a todas las sesiones de la Corporación debido a mis múltiples ocupaciones de índole industrial y comercial. Para mis casos de ausencia autorizo con voz y voto al Primer Suplente de la lista doctor LUIS ALFONSO RUBIANO..." (fl. 40 fte). Además, en cuanto al principal Gil Torres cabe hacer otra precisión, pues actuó al comienzo de la sesión del 1o. de agosto, pero luego de breve receso anunció que lo hacia como observador y autorizó al suplente Rubiano López "...para que asista como concejal principal y permanentemente a las diferentes sesiones del H. Concejo Municipal..." (fl. 35, Acta No. 20). Al respecto la demanda y el fallo cuestionado sostienen criterio carente de respaldo legal, cual es la de que un concejal suplente no puede actuar en sesión el cabildo sino cuando el principal está realmente ausente. En otras palabras: que si el principal se encuentra en el recinto, aunque sea como mero observador por excusa para actuar, no puede intervenir el suplente, pues que el solo querer del principal no lo despoja de su investidura como tal, lo que es cierto, ni "...de sus inherentes obligaciones y deberes..." (Hecho 2 de la demanda, fl. 27). Lo primero, se repite, corresponde a la previsión legal, puesto que la renuncia a la dignidad de concejal debe ser aceptada por el Alcalde para tornarse efectiva, no bastando la sola manifestación del renunciante. Pero de allí a estimar que el concejal principal no pueda excusarse de actuar, aunque concurra al recinto del cabildo, dando entrada al suplente, si existe innegable error, porque el desempeño de la función de cabildante no es obligatorio. Aún estando presente el principal puede excusarse de actuar, sin que ello implique desconocimiento de norma legal o reglamentaria. Tal situación se da con frecuencia en los cuerpos colegiados de elección popular e incluso no siempre en interés general, mediante convenios entre principales y suplentes para que los primeros permitan actuar a los segundos, sin que por ello los principales tengan que ausentarse forzosamente.

También puede darse casos de mayor conveniencia, cuando el principal permite el ingreso del suplente por los especiales conocimientos de éste, para que intervenga en el estudio de determinado tema. Lo que si resulta ilegal es que principal y suplente actúen simultáneamente, por cuanto el segundo solo puede hacerlo ante la vacancia transitoria o absoluta, o la ausencia temporal del respectivo concejal principal, como lo prevé el Art. 72 del Decreto 1333 de 1986.

Por ello, respecto del concejal Gil Torres, además de la excusa permanente aducida ante el Alcalde, es necesario tomar en consideración como válida la verbal ante el mismo cabildo, así se la tenga como meramente accidental aunque en el fondo tuviera carácter permanente, pùes el modo como se la adujo y aceptó encuadra en la atribución que a los cabildos otorga el Art. 93 ordinal 6o. del Decreto 1333 de 1986. Por ende, la actuación del suplente Rubiano López en la sesión del 1o. de agosto de 1989 es legalmente inobjetable, aunque su propia elección como presidente pudiera no serlo desde el punto de vista reglamentario como lo dedujo el *a-quo*, cuestión que, como ya se dijo, no admite pronunciamiento de la Sala por ser ajena al debate planteado en la demanda.

Y en cuanto al concejal Hernando Garzón Barrero, con fecha julio 12 de 1989 hizo llegar al Presidente del Concejo copia de excusa permanente dirigida al Alcalde Municipal -de la que éste no se da cuenta en la certificación que expidió de las recibidas en su Despacho-, expresando la imposibilidad en que se encontraba de "...asistir a las reuniones del Concejo Municipal por tanto dejo en libertad a mi suplente para que a voluntad suya asista a las reuniones...".

Esa excusa fue conocida por el cabildo y admitida como válida, pues de inmediato se dio posesión al primer suplente de la respectiva lista, señor Hernando Sánchez Baez (Acta No. 016, del 12 de julio, visible al folio 61 y memorial de excusa en copika al presidente del concejo, al folio 41), pues, como atrás se vio, el segundo suplente de esa lista, José J. Guacaneme, estaba actuando desde meses atrás por la excusa del otro principal, Fabio Rosendo Sánchez.

La actuación del precitado Sánchez Baez en la sesión del 12 de julio de 1989, la considera el *a-quo* ajustada a la legalidad.

Pero respecto a la del 1o. de agosto siguiente, en la que se produjo el acto acusado, sienta criterio equivocado al sostener: "...de ninguna manera se puede entender, como parece hacerlo la parte demandada, que la misma autorización sirviera de fundamento para que el mismo suplente actuare en sesión del 1o. de agosto de 1989, porque ella no puede implicar en ningún momento falta absoluta del principal y, por otra parte de una sesión a otra la actuación por orden numérico de los suplentes puede cambiar conforme actué o no uno o más de los concejales principales..." (fl. 134). Es que, tratándose del primer suplente de la lista que encabezó Fabio R. Sánchez Barrero, no podía desplazar a Sánchez Baez de su banca en el concejo el segundo suplente y ni siquiera la reincorporación al cabildo del segundo principal. Solo el ingreso de los dos principales daría lugar a la salida de aquel, de donde se infiere que el argumento del *a-quo* resulta infundado por este

aspecto. Pero también lo es en cuanto se apoya en que el ingreso de Sánchez Baez no se produjo por "...falta absoluta del principal...". Sin duda los suplentes también acceden a la Corporación tratándose de faltas temporales de los principales, como lo prevé el inciso 1o., Art. 73 del Decreto 1333 de 1986. Como si lo anterior no bastara, la excusa del principal Hernando Garzón Barrero, que presentó Sánchez Baez para actuar en la sesión del 12 de julio y posteriores, tiene carácter permanente. Así resulta de su texto ya transcrito, dirigido al Alcalde con copia para el Presidente del Cabildo. La circunstancia de no aparecer constancia de su presentación ante el jefe de la administración municipal no es bastante a quitarle efectos a la excusa, puesto que de ella tuvo conocimiento el cabildo y fue el presidente del mismo quien llamó a Sánchez Baez y lo posesionó "...según el orden de colocación en la respectiva lista electoral..." en reemplazo de Garzón Barrero. Por consiguiente, no habiéndose dado al memorial aludido el trámite indicado en el Art. 86 del Decreto 1333 de 1986, se debe entender que cuando menos produce efectos de excusa accidental, suficiente mientras el primer principal no resumiera sus funciones, para legitimar la actuación del primer suplente.

De conformidad con lo expuesto se concluye que estuvo revestida de legalidad la actuación de los suplentes en la sesión del 1o. de agosto de 1989 y que, por ende, hubo *quórum* decisorio en la Corporación, integrado por tres principales y tres suplentes, pues tratándose de cabildo integrado por once (11) miembros, la asistencia de seis de ellos legalmente facultados para actuar era suficiente para adoptar decisiones válidas. Así se viene sosteniendo reiteradanente, desde cuando con ponencia del H. Consejero Miguel González Rodríguez volvió la Sala a la concepción jurisprudencial sentada por el Consejo de Estado con anterioridad a la providencia de septiembre 16 de 1987, de la extinguida Sala Electoral, acogiendo la que respecto del *quórum* decisorio en las corporaciones públicas de integración impar sentó la Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Primera-, en sentencia de 19 de julio de 1973 (Expediente 1375) así:

> "...Cuando se trata de Corporaciones públicas integradas por un número impar de personas, la mayoría absoluta se configura mediante la aproximación por defecto del número que resulte de dividir por dos, el número de votantes, mas la unidad, lo cual determina un número de votos a favor de la decisión mayoritaria y así, habrá decisión válida cuando siendo tres del número de votos, hay dos por la afirmativa y uno por la negativa, cuando son cinco, hay dos por la afirmativa y dos por la negativa, etc..." (Exp. 0174, agosto 31 de 1988).

Consiguientemente, los seis concejales que actuaron en la sesión del 1o. de agosto de 1989 en el Cabildo de Villapinzón, al efectuar la elección de dignatarios acusada no incurrieron en violación de la norma legal invocada por los demandantes, el Art. 86 del Decreto 1333 de 1986, ni tampoco en la de los artículos 70 y 71 del mismo estatuto, que el *a-quo* estimó tácitamente incluidos entre los fundamentos de derecho de las pretensiones. Por ello, se debe revocar el fallo apelado pero solo en cuanto acogió las súplicas de la demanda, quedando en firme lo atinente a

la declaración de no estar demostrada la excepción de caducidad de la acción, que interpuso la parte demandada.

Basta lo expuesto para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en desacuerdo con el concepto de la señora Fiscal Séptima colaboradora y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

1. Revócase el ordinal segundo (2o.) de la sentencia de fecha febrero 12 del año en curso, en cuya virtud el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de la elección de dignatarios del Concejo de Villapinzón efectuada el 1o. de agosto de 1989, para, en su lugar, no acoger las súplicas de la demanda.

2. Confírmase en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta decisión fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Euclides Londoño Cardona, Presidente de Sala; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ACCION ELECTORAL/ CADUCIDAD/ ACTO DE ELECCION/ NOTIFICACION POR ESTRADOS

La notificación dé los actos declaratorios de elección popular, por producirse éstos en diligencia pública como continuación del escrutinio general, se efectúa en estrados. De consiguiente, a menos que exista en el expediente un acto formal de notificación en fecha distinta al término de 20 días a que se refiere la ley, debe comenzar a contarse a partir del día siguiente a aquél en que se profiere el acto declaratorio de elección.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., junio veintiseis (26) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente No. 0380. Apelación Auto. Actor: José Antonio Duque.

- I -

De conformidad con el artículo 232 del C.C.A., se procede a resolver de plano el recurso de apelación interpuesto dentro de la oportunidad procesal (folios 106 y 109 vtos.), por la parte demandante, contra el auto de fecha cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990), proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante el cual resolvió inadmitir la demanda.

- II -
ANTECEDENTES

1. El doctor José Antonio Duque, abogado, en ejercicio de la acción pública electoral demandó ante el mencionado Tribunal la nulidad del acto que declaró la elección de Concejales del Municipio de Villavicencio para el período constitucional 1990-1992 y ordenó la entrega de credenciales a los elegidos expedidas por la Comisión Escrutadora de Villavicencio el día 16 de marzo de 1990; pidió que, como consecuencia de la nulidad, se proceda a practicar un nuevo escrutinio para Consejales del Municipio de Villavicencio y que, con base en los nuevos escrutinios, se haga una nueva declaración de eleccción de Concejales del Municipio de Villavicencio, se ordene expedir las nuevas credenciales y que las novedades se comuniquen al Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus delegados para el Departamento del Meta, al Ministro de Gobierno, al Gobernador del Meta, al señor Presidente del Consejo de Estado, al Alcalde de Villavicencio y al señor Presidente del Tribunal Administrativo del Meta.

2. El Tribunal *a-quo* para no admitir la demanda se apoyó en el argumento de que si el acto administrativo fue expedido el 16 de marzo de 1990 y la fecha de la presentación de la demanda fue la del 23 de abril de 1990 dicha acción ya había caducado.

3. El recurrente, al sustentar el recurso, cita varias disposiciones legales para demostrar que los días hábiles que se deben tener en cuenta para la caducidad de la acción son: el 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29 y 30 de marzo y el 2, 3, 4, 5, 6, 16, 17, 18, 19, 20 y 23 de abril. Termina diciendo que la caducidad de la acción no operó como lo afirma el Tribunal, porque los 20 días para ejercitar la acción electoral se deben contar a partir del 20 de marzo de 1990 hasta el 23 de abril del mismo año, fecha ésta en que precluye el término de caducidad y fue presentada la demanda.

- III -
SE CONSIDERA

1. El artículo 28 de la Ley 78 de 1986, subrogado por el artículo 7º de la Ley 14 de 1988, preceptúa:

> "Artículo 28. La acción electoral caducará en veinte (20) días, *contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto* por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento cuya nulidad se trata". (Se subraya).

El artículo 325 del C.de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., estatuye que las providencias que se dicten en el transcurso de las audiencias y diligencias se consideraran notificadas el día en que éstas se celebren, razón por la cual esta Sala ha sentado el criterio de que la

notificación de los actos declaratorios de elección popular, por producirse éstos en diligencia pública como continuación del escrutinio general, se efectúa en estrados.

De consiguiente, a menos que exista en el expediente un acto formal de notificación en fecha distinta, el término de 20 días a que se refiere la primera disposición citada debe comenzar a contarse a partir del día siguiente a aquél en que se profiere el acto declaratorio de elección.

2. El artículo 52 del Decreto 1888 del 23 de agosto de 1989, sustituído por el artículo 4º del Decreto 1975 de 1989, consagra:

"Artículo 52. En las oficinas judiciales debe haber despacho al público de lunes a viernes, de 8:00 a.m. a las 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.".

El artículo 1º de la Ley 31 de 1971, estatuye:

"Art. 1º. El artículo 2º del Decreto No. 546 de 1971 quedará así:

"para todos los efectos legales los días de vacancia judicial son los siguientes:

"a) Los días domingos y festivos, cívicos o religiosos, que determine la ley y los de la Semana Santa;

"...".

El artículo 62 de la Ley 4a. de 1913 - Código de Régimen Político y Municipal - es del siguiente tenor:

"En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacancia, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil".

El artículo 121 del C.de P.C., igualmente, aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., sobre lo pertinente, previene:

"Art. 121. Términos de días, meses y años. En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho...".

3. En autos se evidencia que la declaración de elección de Concejales de Villavicencio se produjo el 16 de marzo de 1990. Así que ese día se efectuó, en diligencia pública, y como continuación del escrutinio general, la notificación de dicho acto de declaratoria, actuación que en técnica procesal se denomina notificación en estrados. Entonces, los veinte (20) días se cuentan a partir del 20 de los mismos mes y año, por ser éste el día hábil, siguiente al de la notificación. De esta suerte el término de caducidad concluye el 23 de abril de dicho año, justamente el día que fue presentada la demanda (folio 67). Ello por cuanto los días 17,

18, 19, 24, 25 y 31 de marzo, y 1o., 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 21 y 22 de abril fueron, de conformidad con las normas pertinentes pretranscritas, de vacancia judicial, entre los cuales se encuentran y cuentan como tal, no solo los domingos y festivos (cívicos o religiosos) sino, también, los no festivos de la Semana Santa.

El cómputo correcto se orienta, interpretando cabalmente las normas pretranscritas, a descontar los feriados o cualesquiera otros días en que permanezca cerrado el despacho y los de vacancia judicial, que incluye la totalidad de los de la Semana Santa.

4. La claridad de los textos legales, con los cuales se encabeza este proveído, que sirven de fundamento a este sistema de conteo no admite dudas en su interpretación. Solo la negligencia de los funcionarios jurisdiccionales -como la observada en estas diligencias- conducen a su inaplicación que deviene lesiva a los altos intereses de la justicia, causando con ello, como ya lo ha manifestado esta Sala, un desgaste inútil de energía jurisdiccional y desviando a la administración de justicia de su objetivo primordial de dar a cada uno su derecho.

5. Las anteriores argumentaciones son suficientes para concluir que el recurso de apelación tiene vocación de prosperidad y, por ende, el auto recurrido debe ser revocado, a fin de que el *a-quo* avoque el conocimiento de la demanda, en orden a resolver sobre su admisibilidad sobre la base de el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley, distintos al que aquí se examina y decide.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el auto del cuatro (4) de mayo de mil novecientos noventa (1990), proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, por medio del cual se rechazó *in límine*, por caducidad de la acción, la demanda de nulidad instaurada por el señor José Antonio Duque contra el acto de declaración de elección de Concejales del municipio de Villavicencio para el período constitucional 1990-1992.

SEGUNDO: Por el Tribunal procédase a resolver sobre la admisibilidad de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Euclides Londoño Cardona, Presidente de la Sala; *Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa; *Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Euclides Londoño Cardona, Presidente de la Sala; *Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa; *Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Octavio Galindo Carrillo, Secretario.

ALCALDE - Inhabilidad/ **EMPLEADO PUBLICO**

Ciertamente, como lo evidencia el certificado expedido por el jefe de personal de la Cámara de Representantes, el señor Romero Escobar tenía, con arreglo a la ley, la calidad de empleado público, especie del género empleado oficial. Esta condición se mantuvo hasta diez días antes de la elección. En estas condiciones, el demandado estaba inhabilitado para ser elegido alcalde.

ACTA DE ELECCION/ NOTIFICACION/ ESCRUTINIO

La ausencia de elementos de convicción o prueba relativos a la notificción de la declaración de elección y a la orden de expedición de credencial, no descalifica la demostración que del mismo se hace a través del acta parcial del escrutinio que la recoge y suscriben los miembros de la Comisión Escrutadora y su Secretaria en el formulario oficial para tal efecto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Euclides Londoño Cardona.*

Referencia: Expediente No. 0385. Apelación Auto. Actora: DORIS FARIDES FADUL OCAMPO.

- I -

De plano como lo establece el inciso final del artículo 155 del C.C.A., procede la Sala a decidir el recurso de apelacion interpuesto dentro de la oportunidad procesal (folios 19 y 20) por el apoderado del señor Martín Antonio Romero Escobar, parte demandada, contra el numeral II del auto de tres (3) de mayo de mil nove-

cientos noventa (1990), proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del acto que declaró elegido como Alcalde Popular de Manatí (Atlántico), para el período de 1990 a 1992, al mencionado señor Romero Escobar, declaración hecha por la Comisión Escrutadora de dicho municipio, el 15 de marzo de 1990, como se advierte en el "ACTA PARCIAL DEL ESCRUTINIO DE LOS VOTOS PARA ALCALDE" que obra al folio 11 del expediente.

- II -
ANTECEDENTES

Fundamento de la providencia recurrida

El Tribunal para decretar la suspensión provisional, consideró que el acto acusado -declaratoria de elección del alcalde de Manatí en cabeza del señor Martín Antonio Romero - vulneró ostensiblemente la norma invocada como transgredida, o sea, el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987 que subrogó el literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, según aparece cuando se confronta el documento público -certificado expedido por el Jefe de Personal de la Cámara de Representantes que acredita la condición de empleado público al demandado con la disposición precitada.

Fundamentos del recurso

Básicamente el recurrente hace consistir su inconformidad en tres aspectos que se sintetizan:

1. El acto que se acusa no está plenamente acreditado en el proceso porque sólo aportó Actas Parciales de Escrutinio de los votos para Alcalde del municipio de Manatí (Atlántico) y no el Acta General de Escrutinio de la Comisión Escrutadora de dicho municipio que contiene la declaración de elección del citado funcionario, la notificación de esa y la orden de expedir la respectiva credencial, para concluir el demandado con la afirmación de que el acto censurado no existe válidamente en proceso.

2. Las actas parciales de escrutinio aducidas con la demanda, carecen de valor probatorio, pues son fotocopias sin autenticar.

3. El certificado de marzo 20 de 1990, expedido por el Jefe de Personal de la Cámara de Representantes para demostrar que dentro de los tres meses anteriores a la elección del señor Martín Antonio Romero Escobar como alcalde de Manatí, éste era empleado público y como tal se encontraba inhabilitado para ser elegido en dicho cargo -elemento que sirvió de prueba al Tribunal para que decretara la suspensión provisional-, queda desvirtuado con la constancia expedida el 9 de mayo de 1990 por el Secretario General de la Cámara de Representantes que acredita la renuncia del demandando del cargo de Profesional Asistente de la Primera

Vicepresidencia de ese cuerpo legislativo, desde el 6 de diciembre de 1989 y la fecha de su aceptación.

- III -
SE CONSIDERA

1. Si bien es cierto que las actas parciales de escrutinio no contienen, como lo afirma el apelante, la prueba de haberse notificado la declaratoria de elección del alcalde popular de Manatí, ni la orden de expedir la respectiva credencial, no lo es menos, como no lo desconoce tampoco el actor, que una de tales actas parciales (folio 11) denota diafanamente la referida declaración que recayó en el ciudadano Martín Antonio Romero Escobar, como consecuencia del cómputo total de votos obtenido por cada uno de los candidatos y cuyo resultado se halla consignado en otra acta parcial de escrutinio de los votos para Alcalde del municipio de Manatí, circunstancia esta visible a folio 12 del expediente.

La ausencia de elementos de convicción o prueba relaticos a la notificación de la declaración de elección y a la orden de expedición de credencial, no descalifica como lo pretende el recurrente, la demostración que del mismo se hace a través del acta parcial del escrutinio que la recoge y suscriben los miembros de la Comisión Escrutadora y su Secretaria en el formulario oficial para tal efecto -E-28 hoja 5 -.

Esas formalidades, en especial la de la notificación, para ser consideradas con el carácter crítico como lo hace el demandado para desconocer la existencia válida en el proceso del acto acusado, no son de recibo en esta oportunidad procesal, donde la competencia está delimitada por el propósito de deducir o no el instituto de la medida provisoria de suspensión de suspensión que fija el alcance del recurso interpuesto.

Ahora bien, las fotocopias de las actas parciales de escrutinio objeto de censura por parte del apelante, como en antes se dijo, tienen el mismo valor probatorio de los originales. Ellas, como claramente se observan, han sido autorizadas por funcionario público competente, el Registrador Municipal del Estado Civil de Manatí (Atlántico) cuya firma aparece estampada al lado del respectivo sello, oficina en donde obviamente debe reposar el original de las mencionadas actas. Este criterio que corresponde al correcto alcance interpretativo del artículo 254 del C.de P.C., subrogado por el numeral 117 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, ha sido reiterado por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia.

2. En lo que atañé a la renuncia del señor Romero Escobar del cargo público que desempeñaba en la Cámara de Representantes, a que se alaude en el punto 3. de los argumentos del impugnate, que *ab-initio* se enumeran, en orden a colocarse en condición de habilidad legal para ser elegido alcalde, cabe decir que toda la normatividad existente sobre régimen de personal civill se orienta a permitir que todo el que desempeñe un cargo de voluntaria aceptación pueda renunciarlo libremente, renuncia que el empleado público debe presentar por escrito para que el

nominador, igualmente por escrito, resuelva sobre la aceptación de la dimisión dentro del término de treinta (30) días siguientes a su recibo, con indicación de la fecha a partir de la cual surte sus efectos, de tal manera que transcurrido dicho término sin que haya habido pronunciamiento, el dimitente puede dejar el empleo -sin que con ello incurra en el delito de abandono del cargo- o continuar desempenándolo.

En el caso *sub examine,* si bien el demandado renunció con tres meses y cinco días de anticipación a la elección, la aceptación debió haberse dado, de acuerdo con los presupuestos precedentes, dentro de los cinco (5) días siguientes a la dimisión, para que no hubiera quedado incurso en la inhabilidad predicada.

De las probanzas aportadas por el apelante se aprecia que, en efecto, la renuncia fue aceptada al demandado el 28 de febrero de 1990, es decir, diez días antes de las elecciones; y no existe prueba alguna en autos que acredite que él se hubiera desvinculado legalmente en fecha anterior a los tres (3) meses, que permitiera deducir la no incursión en la inahabilidad.

3. El fundamento legal de la pretensión de obtener el decreto de la suspensión provisional se apoyó en el parágrafo segundo del artículo 1º de la Ley 49 de 1987 subrogatorio del literal e) del artículo 5º de la Ley 78 de 1986, en el cual se establece inhabilidad para ser elegido alcalde a quien dentro de los tres meses anteriores a la elección se haya desempeñado como empleado oficial.

Ciertamente, como lo evidencia el certificado expedido por el Jefe de Personal de la Cámara de Representantes, el señor Martín Antonio Romero Escobar tenía, con arreglo a la ley, la calidad de empleado público, especie del género empleado oficial. Esta condición, como ya se anotó, se mantuvo hasta diez (10) días antes de la elección. en estas circunstancias, el demandado estaba inhabilitado para ser elegido alcalde, conforme lo establece el precepto que el demandante estima agraviado. No hay duda, entonces, que del simple cotejo del referido documento público con la norma jurídica invocada emerge, *prima facie,* su quebrantamiento. Por ello habrá, de comfirmarse la decisión del *a-quo.*

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar el auto apelado, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico el tres (3) de mayo de mil novecientos noventa (1990), en cuanto decretó la suspensión provisional del acto que declaró electo alcalde popular de Manatí (Atlántico) al señor Martín Antonio Romero Escobar.

Copiése, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

Euclides Londoño Cardona, Presidente de la Sala; *Miguel González Rodríguez,* (Ausente con excusa); *Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure.*

Por el Secretario,

Jaime Santis Alvarez, Oficial Mayor.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/ ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones

La asamblea Departamental tiene la facultad de organizar la Contraloría Departamental mediante ordenanza, y de elegir contralor para un período de dos años, sin que ello implique que no pueda la Asamblea elegir a otros funcionarios de la oficina de control fiscal, si se reserva esa facultad mediante ordenanza.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Quinta.- Bogotá, D.E., junio veintinueve (29) de mil novecientos noventa (1990).

Consejero Ponente: *Dr. Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. 0358. Apelación de la sentencia de fecha 20 de febrero de 1990, proferida por el H. Tribunal Administrativo del Quindío, en proceso de nulidad del acto declaratorio de la elección del señor Saúl Giraldo García como Auditor Interno de la Contraloría General de ese Departamento. Actora: CARMEN ELENA VALENCIA GOMEZ.

Tramitada la segunda instancia en legal forma y no observando en lo actuado motivo alguno de invalidez, procede la Corporación a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la referencia, mediante la cual el H. Tribunal Administrativo del Quindío denegó "las súplicas de la demanda".

I. ANTECEDENTES

La Demanda

En su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, en libelo presentado el 16 de noviembre de 1989 la señora Carmen Elena Valencia Gómez

solicitó, del H. Tribunal Administrativo del Quindío declarar la nulidad del acto de elección del señor Saul Giraldo García para el cargo de Auditor Interno de la Contraloría General de ese ente territorial, efectuado por la Asamblea del Departamento y plasmado en el aparte b), punto tercero, del acta No. 010 correspondiente a sesión del 7 de Fundamenta la pretensión en hechos que bien se pueden resumir así:

La Contraloría General del Quindío, en uso de facultades contempladas en los artículos 505 numeral 1o. y 506 literales d), e) y f) de la Ordenanza 025 de 23 de enero de 1987, constitutiva del Código Fiscal del Departamento dictó la Resolución 0261, del 21 de febrero de 1989, por la que dispuso la creación de la Auditoría Interna de ese organismo fiscalizador. Y en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 506 literal f) de la misma Ordenanza, expidió la Resolución 0262 del 21 de febrero de 1989, designado Auditor Interno del organismo, en propiedad, a la contadora pública María Selmar Zuluaga García, profesional que tomó posesión del cargo en la misma fecha y quien de manera normal desempeñaba esas funciones cuando fue presentada la demanda.

Pese a ello, la Asamblea del Quindío, en sesión del 7 de noviembre de 1989, eligió Auditor Interno para la Contraloría General del Departamento al señor Saul Giraldo García, acto que consta en el aparte b), punto tercero del acta No. 010 de esa misma fecha, quien asumió el cargo ante el señor Presidente de la Duma Departamental como aparece en acta de posesión No. 010, de 8 de noviembre de 1989.

Respecto de las disposiciones violadas, la actora sostiene que el acto de elección de Auditor Interno de la Contraloría del Quindío, por la Asamblea Departamental, quebrantó los artículos 187 numeral 8o. y 192 de la Constitución Nacional; 506 literal f), 160 y 161 de la Ordenanza 025 de 23 de enero de 1987, en relación a los cuales alega la imposibilidad jurídica y fiscal para que en la Contraloría General del Departamento funcione paralelamente dos Auditorías Internas, con simultaneidad de titulares designados por distintos nominadores. Además, que el artículo 506 literal f) de la Ordenanza 025 de 1987, cuya vigencia no pone en duda, atribuyó al Contralor General del Departamento la facultad de nombrar y remover libremente a los empleados de esa dependencia, siendo precisamente en su ejercicio que la titular designó a la contadora pública María Selmar Zuluaga García para el cargo recién creado, provisión que hizo con bastante anticipación al acto acusado.

Agrega la actora que la Asamblea extralimitó sus facultades administrativas, subrogándose una función que ni la Constitución Nacional ni la ley le han atribuido, pues la Carta, en su artículo 187 numeral 8o., solamente le permite designar Contralor Departamental con período de dos años, y el artículo 506 literal f) de la Ordenanza 025 de 1987, indica que el Contralor General del Departamento es a quien corresponde nombrar y remover libremente sus colaboradores.

Argumenta que el acto de elección cuestionado modificó la planta de personal al servicio de esa sección del país, sin antes variar los grados ocupacionales de los respectivos cargos ni tramitar y aprobar la correspondiente adición presupuestal

para el cubrimiento de las nuevas imputaciones, con flagrante violación de la prohibición contenida en el artículo 160 de la Ordenanza 025 de 1987. También, que con esa actuación, por vía de hecho, con exceso y desviación de poder, la Asamblea del Quindío infringió el mandato del artículo 161 de la misma Ordenanza, que prohibe contraer obligaciones imputables al presupuesto de gastos con cargo a partidas inexistentes o en exceso del saldo disponible, antes de la apertura del crédito adicional correspondiente.

Finaliza diciendo que la Asamblea violó el artículo 192 de la Constitución Nacional, en cuanto ese canon establece la obligatoriedad de las ordenanzas mientras no hayan sido anuladas o suspendidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

El H. Tribunal Administrativo del Quindío dictó auto en 24 de noviembre de 1989 para admitir la demanda y denegar la suspensión provisional del acto acusado, decisión esta recurrida en apelación por la actora y confirmada por la Sala mediante providencia de 29 de enero de 1990.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

En su propio nombre el señor Saul Giraldo García se opuso a las pretensiones de ese libelo, pues, expresa, la atribución nominadora que la competía al Contralor General del Departamento del Quindío, por mérito de la Ordenanza 025 de 1987, fue derogada por la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989, constitutiva del nuevo Código Fiscal del Quindío que, entre otras materias, dispuso la reestructuración administrativa de la planta de personal de la Contraloría Departamental, abolió la Auditoría Interna provista por la Contralora y creó el mismo cargo reservándose la facultad de elegir al respectivo titular, todo ello en uso de la potestad constitucional para organizar la Contraloría, conforme a los términos del artículo 187 numeral 8o. de la Carta. Precisa el impugnante que la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989, demandada ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo pero no suspendida por ésta, derogó las disposiciones contenidas en los artículos 506 literal f), 160 y 161 de la Ordenanza 025 de 1987, por lo que mal puede sostenerse que con el acto de elección acusado la Asamblea del Quindío hubiera violado aquéllas normas y los artículos 187 numeral 8o. y 192 de la Constitución.

III. LA SENTENCIA RECURRIDA.

Allegado el concepto del colaborador Fiscal adverso a las súplicas de la demanda, puso el *a-quo* fin a la primera instancia compartiendo ese criterio, considerando que respecto de la alegada violación del artículo 192 de la Constitución Nacional ningún pronunciamiento cabe, por cuanto la actora omitió el concepto de la transgresión en respaldo de la solicitud de nulidad del acto impugnado. De la del numeral 8o., artículo 187 de la Constitución Nacional, sostiene que la Asamblea del Departamento obró con sujeción a la facultad que el confería la Ordenanza 002

de 3 de octubre de 1989, que reformó el artículo 506 literal f) de la Ordenanza 025 de 23 de enero de 1987, en el sentido de atribuir a esa Corporación la elección del Auditor Interno de la Contraloría Departamental, quedando incólume la facultad del Contralor Departamental para nombrar a los empleados subalternos de la entidad, de donde colige que no hubo violación alguna del anunciado precepto.

Aludiendo a lo estatuido en el Art. 506 literal f) de la Ordenanza 025 de 1987, apunta que esa norma no se encontraba vigente cuando la Asamblea del Quindío produjo el acto de elección acusado, que sustentó en la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989 derogativa de la antes citada y que facultó a esa Corporación para proveer el cargo por elección.

Del artículo 106 de la Ordenanza 025 de 1987, sostiene que la actora omitió aportar demostración de que el acto acusado excediera las apropiaciones presupuestales para servicios personales de la entidades del orden departamental. Por ello no entró a analizar la supuesta violación. E igual consideración hizo en relación con la alegada violación del artículo 161 del mismo estatuto, pues tampoco encontró probado que con el acto demandado se estuviesen generando costos imputables al presupuesto de gastos sobre partidas inexistentes o en exsceso del saldo disponible.

Finalmente expresa que los documentos aportados con el alegato de conclusión en manera alguna pueden ser tenidos como pruebas, toda vez que la petición de éstas queda circunscrita a la oportunidad de la presentación o correción de la demanda. Concluye diciendo que "... No habiéndose violado alguno de los dispositivos señalados como tal en la demanda, se impone un pronunciamiento desestimatorio de las pretensiones de la actora".

IV. DEL RECURSO INTERPUESTO

Se lo sustenta afirmando que el literal f) del artículo 506 de la Ordenanza 025 de 1987 no fué reformado no abrogado por la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989, por cuanto ésta, en su artículo 25, textualmente reza: "La presente Ordenanza rige a partir de su sanción y deroga la Ordenanza No. 013 de 1988, Artículo 506 literales d.-, c.-, i.-, k.- de la Ordenanza 25 de 1987, las Ordenanzas anteriores que regulan la materia y las disposiciones que le sean contrarias". Por tanto, agrega, si el Tribunal Administrativo del Quindío no conoce norma constitucional que autorice al Contralor Departamental para nombrar a sus empleados subalternos, se debe concluir que dicha facultad solo dimana del Código Fiscal, que para la fecha en que se produjo el acto acusado era el contenido en la Ordenanza 025 de 1987, por cuanto el que se expidió mediante Decreto Extraordinario 0601 de 13 de septiembre de 1989 solo comenzó a regir a partir de su publicación en la Gaceta Departamental, el 23 de noviembre de 1989.

La recurrente concluye argumentando: "Es importante Honorable señor Consejero Ponente, que se tenga en cuenta, que el soporte de la elección demandada en el presente juicio electoral, lo deba el artículo 3º de la Ordenanza No. 02 de octubre 3 de 1989, el cual, como está demostrado fue suspendido por el Honorable Consejo de Estado al haber podido demostrar que dicha facultad inventada por la Honorable Asamblea del Departamento, viola flagrantemente el artículo 187 numeral 8o. de la Carta Constitucional".

A ese respecto adjunta copia autenticada de providencia de 13 de febrero de 1990, por medio de la cual la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación suspendió provisionalmente el artículo 3º de la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989 (Exp. 1368), con motivo de apelación del auto del Tribunal Administrativo del Quindío que negó esa medida cautelar. Pide la aportante que tal documento sea aceptado como prueba, "no solamente por vía de información sino como parte sustantiva de la demanda", pues "no se había allegado en razón a que era más que imposible adjuntarlo como prueba en tiempo oportuno al incoar la acción electoral, porque la misma razón nos está indicado que dicha providencia solamente fue proferida el día 13 de febrero del corriente año".

V. SOLICITUD DE SUSPENSION DEL PROCESO

Con memoriales visibles a folios 88, 117 y 118, solicita la actora suspender el trámite del presente proceso, aduciendo que en el de nulidad contra algunos artículos de la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989, por la que "... se reestructura administrativamente la planta de personal de la Contraloría Departamental, se crea la Auditoría Interna, se establece la elección del Contralor Auxiliar y se dictan otras disposiciones", la Sección Primera del Consejo de Estado decretó la suspensión provisional del artículo 3º de ese estatuto, que reservó a la Asamblea la facultad de elegir al jefe de auditoría interna. Que, por consiguiente, se impone esperar pronunciamiento de sentencia en ese proceso, toda vez que el acto electoral aquí demandado tiene base jurídica en el artículo 3º de la Ordenanza en cuestión.

Por auto de 27 de abril de 1990 se denegó la antedicha solicitud, advirtiendo que lo pertinente era llevar el proceso hasta el estado de dictar sentencia para decidir entonces respecto de lo impetrado. Además, mediante el mismo proveído, se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia en cuestión.

VI. CONCEPTO FISCAL

En primer lugar, el señor Fiscal Octavo colaborador analiza "si es del caso suspender la decisión del presente proceso electoral, ya que se encuentra en estado de sentencia, en virtud de la acción de nulidad instaurada ante el Tribunal Administrativo del Quindío contra el artículo 3º de la Ordenanza 02

de 3 de octubre de 1989 emanada de la Asamblea Departamental del Quindío", concluyendo en los siguientes términos:

"Indudablemente, hay una relación estrecha entre la acción de nulidad instaurada por el doctor Luis Eduardo Gómez Gallego contra el artículo 3º de la Ordenanza 02 de 1989 de la Asamblea del Quindío y el presente proceso electoral, porque si prospera la acción pública interpuesta contra dicho acto administrativo, la elección de Auditor Interno de la Contraloría General de dicho Departamento recaída el Saul Giraldo García, queda sin piso legal, quedando en firme el nombramiento hecho por el Contralor General del Departamento del Quindío de María Selmar Zuluaga García como Auditora Interna de la mencionada Contraloría.

"Pero, estima esta Fiscalía que no es procedente suspender la decisión del presente proceso electoral por haber sido demandado el artículo 3º de la Ordenanza 02 de 1989 de la Asamblea del Quindío en acción de nulidad, ya que el proceso electoral tiene sus principios propios, su trámite propio y breve que conlleva a una decisión rápida, mientras que la acción de simple nulidad sigue el trámite ordinario que es más prolongado y sujeto a incidentes que pueden presentarse, lo cual impide una decisión rápida.

"De acuerdo con lo anterior, considera la Fiscalía que debe procederse a dictar la sentencia correspondiente en el presente proceso electoral".

Y el lo atinente al recurso de apelación conceptuó:

"Considera esta Agencia del Ministerio Público, que en verdad, el artículo 3º de la Ordenanza 02 de 1989 de la Asamblea del Quindío, quebrantó esta norma constitucional (refiriéndose al artículo 187 numeral 8o.) ya que esta última tan sólo autoriza a la Asamblea para organizar la Contraloría respectiva y para elegir al Contralor y no para elegir a los demás empleados que llegaren a prestar sus servicios a la Contraloría Departamental.

"Estima la Fiscalía que la Asamblea del Quindío quebrantó dicha norma constitucional, pues la designación del Auditor Interno de la Contraloría Departamental corresponde al Contralor del Departamento, conforme lo hizo por medio de la Resolución 00262 de 21 de febrero de 1989.

"Efectivamente, el señor Contralor del Departamento es responsable de la eficacia de las funciones que le corresponde cumplir a la Contraloría, ya sea en forma personal como a través de los empleados subalternos. Por tanto, debe tener la libertad y competencia suficientes para efectuar la designación del personal respectivo, cuestión que no operaría si la Asamblea Departamental tuviera la facultad para elegir empleados en la respectiva Contraloría.

"Por tanto, esta Agencia del Ministerio Público, solicita, respetuosamente al II. Consejo de Estado no suspender la decisión del presente proceso electoral, se proceda a dictar la sentencia correspondiente, revocando, en todas sus partes, el fallo de primer grado de 20 de febrero del corriente año, y en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda" (fls. 126 a 129).

CONSIDERACIONES

Antes de examinar el fondo del asunto debatido, se impone aludir a la solicitud de suspensión total del proceso a la espera de que se dicte sentencia en el ordinario de nulidad contra algunas de las disposiciones contenidas en la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989, emanada de la Asamblea del Quindío, disposiciones entre las que se encuentra la del artículo 3º que reservó la Duma la facultad de elegir Auditor Interno de la Contraloría Departamental, siendo esa norma ordenanzal, precisamente, la que funda la presunción de legalidad del acto electoral demandado.

Pues bien: según constancia expedida por el Secretario del H. Tribunal Administrativo del Quindío, obrante a folio 112, el antedicho proceso de nulidad se encuentra en trámite ante esa Corporación radicado al No. 2229, y en el mismo, por apelación, la Sección Primera de esta Corporación, por auto datado a 13 de febrero de 1990, cuya copia auténtica aparece glosada a folios 100 a 108, se decretó la suspensión provisional del precitado artículo 3º.

Demostrado lo anterior y estando el proceso en estado de dictar sentencia de segundo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 171 del C.de P.C., modificado por el artículo 1º numeral del Decreto 2282 del 7 de octubre de 1989, aplicable al caso *sub-judice* por la remisión general ordenada en el artículo 267 del C.C.A., resultaría viable decretar a su suspensión total, en virtud de la prejudicialidad contencioso administrativa invocada por la parte actora, si no fuera porque la naturaleza y características de éste hacen improcedente esa determinación.

En efecto, los medios jurisdicionales de control de la actividad administrativa se ejercitan mediante el procedimiento ordinario (Títulos XXIV y XXV, libro 4o. del C.C.A.) o por los procesos especiales consagrados en el Título XXVI de la misma obra.

El proceso ordinario, llamado también de lato conocimiento, se caracteriza por la amplitud de los términos y de las etapas procesales, permitiendo el debate pleno de los asuntos asignados a esa vía; en cambio, el contencioso electoral, singular entre los especiales, se tipifica por lo específico de la materia sobre que versa, por la celebridad que debe imprimirse a su trámite y por su ordenamiento compulsivo, características que obedecen a potísmas razones como que tiene que ver de manera inmediata y directa con las bases mismas del funcionamiento institucional del Estado, en la medida que atiende a la legal provisión de los empleos públicos y cargos de elección popular. Ello impone la pronta resolución del proceso

mediante sentencia, para despejar las dudas que pudieran suscitarse acerca de legitimidad del ejercicio de las correspondientes funciones oficiales.

Por consiguiente, acorde con lo expuesto por el señor Fiscal Octavo colaborador, lo apropiado no es suspender el proceso sino avocar el análisis de fondo de la cuestión planteada, que se reduce a establecer si la Asamblea del Quindío estaba constitucional y legalmente facultada para elegir al jefe de la Auditoría Interna de la Contraloría Departamental.

La demanda señaló, como normas violadas, la del artículo 187 numeral 8o. de la Carta Política Fundamental, en cuanto atribuye a las Asambleas Departamentales la facultad de organizar las Contralorías Departamentales y de elegir Contralor para un período de dos años, infiriendo de allí que con el acto de elección acusado la Asamblea del Quindío excedió sus funciones y vulneró además la Ordenanza 025 de 23 de enero de 1987, constitutiva del Código Fiscal del Departamento, que en su artículo 506 literal f) atribuye al Contralor el libre nombramiento y remoción del personal subalterno de su despacho; en el 160 prohibe modificar la planta de personal al servicio del Departamento durante la vigencia del año fiscal; y en el 161 prohibe contraer obligaciones a cargo del fisco departamental cuando no existe la correspondiente partida presupuestal, actuación con la que, de contera, también infringió el artículo 192 de la Constitución Nacional, que establece la obligatoriedad de las Ordenanzas mientras no hayan sido anuladas o suspendidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La actora allegó al proceso copia auténtico de la Ordenanza 025 de 1987, Código Fiscal del Departamento del Quindío, por tratarse de estatuto de alcance local, haciendo expresa afirmación de su vigencia. Sin embargo, en el escrito por el que sustentó la apelación de la sentencia la recurrente, después de insistir en la vigencia del artículo 506 literal f) de la Ordenanza 025 de 1987, expresó:

> "Es importante Honorable señor Consejero Ponente, que se tenga en cuenta, que el soporte de la elección demandada en el presente juicio electoral, lo daba el artículo 3º de la Ordenanza No. 2 de octubre 3 de 1989, el cual, como está demostrado fue suspendido por el Honorable Consejo de Estado al haber podido demostrar que dicha facultad inventada por la Honorable Asamblea del Departamento, viola flagrantemente el artículo 187 numeral 8o. de la Carta Constitucional" (fl. 86).

Explícitamente reconoce, entonces, que la Asamblea del Departamento del Quindío no actuo a su arbitrio, o como se dice en la demanda, "por vía de hecho, de por sí y ante sí, con exceso y desviación de poder" al elegir Jefe de Auditoría Interna de la Contraloría Departamental, sino que, indudablemente, disponía del soporte legal que le daba el artículo 3º de la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989, del siguiente tenor:

"Artículo 3º. El Contralor Auxiliar y el Jefe de Auditoría Interna serán elegidos por la Asamblea Departamental del Quindío para un período de dos (2) años".

El artículo 2º de la misma Ordenanza creó y clasificó la Auditoría Interna de la Contraloría General del Quindío.

Además, estaba en pleno vigor la Ordenanza 001 de 3 de octubre de 1989, por la que se adoptó el Reglamento Interno de la Asamblea de ese Departamento, cuyo artículo 247 literal h) atribuyó a esa Corporación la misma atribución consagrada en el artículo 3º de la Ordenanza 002. A ello se agrega que para el 16 de noviembre de 1989, cuando se acudió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en demanda de nulidad del acto de elección acusado, la normatividad de la Ordenanza 025 de 1987 fundamento del *petitum* carecía de vigencia y, por ende, de toda fuerza legal, en virtud de la tácita derogatoria dispuesta en el artículo 25 de la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989, que a la letra dice:

"Artículo 25. La presente Ordenanza rige a partir de la sanción y deroga la Ordenanza No. 013 de 1988, Artículo 506, Literales d.-, e.-, i.-, k.- de la Ordenanza 25 de 1987, *las ordenanzas anteriores que regulan la materia y las disposiciones que le sean contrarias*" (Subrayado fuera de texto).

De otra parte, según las constancias expedientales, en el proceso ordinario de nulidad que compromete gran parte del articulado de la Ordenanza 002 de 1989, actualmente en trámite ante el H. Tribunal Administrativo del Quindío, no se vislumbra aún fallo definitivo, razón por la que en nada afecta ese proceso la legalidad del acto electoral acusado, maxime cuando el decreto de suspensión provisional que pesa sobre el artículo 3º tantas veces aludido sólo suspende los efectos de la norma a partir de la ejecutoria del auto respectivo, calendado a 13 de febrero de 1990, que no con retroactividad a la fecha en que se hizo la elección.

Es legal, por lo considerado, el acto acusado, y también lo es frente a las disposiciones de los artículos 160 y 161 de la Ordenanza 025 de 1987.

En efecto, como lo anotó el fiscal colaborador del *a-quo*, la Auditoría Interna de la Contraloría Departamental del Quindío, a que se contrae el artículo 2º de la Ordenanza 002 de 1989, era dependencia que en razón de la Resolución 0261 de 21 de febrero del mismo año, precisamente emanada de la Contraloría General del Departamento, ya venía funcionando, y en su jefatura se desempeñaba la contadora pública María Selmar Zuluaga García, nombrada por Resolución 0262 del 21 de febrero de 1989. Esto es, que la H. Asamblea del Quindío, en ejercicio de la facultad de organizar la Contraloría legalizó la creación de la Auditoría Interna y "... se limitó al nombramiento de un nuevo titular sin que ello implicara variación en la planta de personal con incidencia en el presupuesto cuyas apropiaciones estaban ya definidas".

En suma, si la Asamblea del Departamento del Quindío al elegir Jefe de la Auditoría Interna de la Contraloría se ajustó en todo al Reglamento Interno de la Corporación, vale decir, a la Ordenanza 001 de 3 de octubre de 1989, de una parte; a las facultades consagradas en el entonces vigente artículo 3º de la Ordenanza 002 de 3 de octubre de 1989, de la otra; y no se hace evidente que haya transgredido las prohibiciones contempladas en los artículos 160 y 161 de la Ordenanza 025 de 23 de enero de 1987, mal puede inferirse, como se hace en la demanda, que el cuestionado acto de elección es también violatorio del artículo 192 de la Constitución Nacional.

El último aspecto a dilucidar es el referente a la pretensa violación del artículo 187 numeral 8o. de la Carta Política, por cuanto la elección realizada por la Duma desconoce que esa Corporación sólo tiene atribución constitucional para organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor con período de dos años.

Al respecto la Sala se remite a los expresado en proveido de 29 de enero del año en curso, cuando en este mismo proceso desató recurso de apelación contra el auto de 24 de noviembre de 1989, por el que el *a-quo* denegó la suspensión del acto declaratorio de la eleccion de Saul Giraldo García como Auditor Interno de la Contraloría del Quindío. Dijo en esa oportunidad, prohijando lo expresado en la providencia impugnada, que:

> "... la norma invocada atribuye a las Asambleas la facultad de organizar la Contraloría Departamental mediante Ordenanza, y de elegir Contralor para un período de dos años, sin que ello implique que no pueda la Asamblea elegir a otros funcionarios de la oficina de Control Fiscal, si se reserva esa facultad mediante ordenanza. Entender lo contrario equivaldría a hacerle decir al precepto mucho más de lo que la expresión gramatical y la lógica permiten, cuando por ley únicamente se pueden establecer limitaciones en orden a los gastos de funcionamiento de esas Contralorías, que no en aspectos de su organización, según la previsión del Art. 190, inciso 1o. de la Carta" (fl. 55).

Que ello es así lo confirma la previsión contenida en el artículo 251 del Decreto 1222 de 1986, actual Código de Régimen Departamental, por cuanto al reiterar la norma del artículo 8º de la Ley 47 de 1945, expresa:

> "Art. 251. Los Contralores y Auditores departamentales no podrán nombrar para ningún cargo, en las oficinas bajo su dirección, *a los Diputados que hubieren intervenido en su elección*, ni a los parientes de los mismos Diputados dentro del cuatro grado de consanguinidad o segundo de afianidad. Es nulo todo nombramiento que se haga en contravención a esta disposición" (Rayas de la Sala).

Esta norma, cuya vigencia se remonta a más de cuarenta años, consagra expresamente la posibilidad para las Asambleas de elegir no solo al "Contralor General del departamento, como lo afirma la recurrente con interpretación literal y restrictiva del Art. 187, ordinal 8o. de la Carta Fundamental, sino también a

Esta norma, cuya vigencia se remonta a más de cuarenta años, consagra expresamente la posibilidad para las Asambleas de elegir no solo al "Contralor General del departamento, como lo afirma la recurrente con interpretación literal y restrictiva del Art. 187, ordinal 8o. de la Carta Fundamental, sino también a Auditores Departamentales, al estatuir inhabilidad de laborar en esas dependencias para los diputados que intervinieron en la respectiva elección y para los parientes de éstos en el grado y calidad allí expresados.

Ello es tanto más entendible tratándose del auditor interno de la Contraloría, como que resulta inadecuado que el nominador para ese cargo sea el mismo vigilado.

Si la Asamblea establece esa función en la organización de la Contraloría, apenas lógico es que pueda reservarse la provisión del titular de ella, precisamente porque tanto el Contralor como el Auditor Interno habrán de rendirle cuenta de la vigilancia ejercida sobre la gestión fiscal del Departamento y de la misma Contraloría, lo que no ocurriría de ser el auditor interno mero subalterno del Contralor, como en el fondo es lo que pretende la demanda.

Es más: el Consejo de Estado deja entender que cuando existe el cargo de Sub-Contralor Departamental, o sea, de quien reemplaza al Contralor en sus ausencias temporales, su titular es de elección por la Asamblea Departamental, si se dispone en Ordenanza. Así se infiere de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 11 de febrero de 1974, Exp. 123. Consejero ponente Dr. Humberto Mora Osejo. (Cita que trae el tratadista y ahora Consejero de Estado Dr. Miguel González Rodríguez en su publicación "Código Contencioso Administrativo Comentado, Ed. Ediculco 1980, págs 994-995).

Se concluye, pues, que el acto de elección cuya nulidad se pretende se efectuó sin desconocimiento o violación de normas de superior entidad, por lo que, en desacuerdo en ese aspecto con el concepto fiscal, habrá de confirmar la sentencia apelada.

En la parte resolutiva del fallo se dispondrá, además, como se desprende de los enunciados iniciales de estos considerandos, la denegación de la suspensión del proceso impetrada con apoyo en prejudicialidad contencioso-administrativa, por resultar claramente improcedente.

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

FALLA:

1. Deniégase la suspensión del presente proceso, por los motivos expuestos el cuerpo considerativo de esta sentencia.

2. Confírmase la sentencia apelada, proferida, por el H. Tribunal Administrativo del Quindío el 20 de febrero de 1990, por la que se denegaron las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Euclides Londoño Cardona, Presidente de la Sala; *Miguel González Rodríguez,* Ausente con excusa; *Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penén Deltieure, Jaime Santiz,* Oficial Mayor.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1990

A

A. GONZALEZ Y CIA. LTDA. 1299
ALBERTO MONTOYA MONTOYA 246, 268
ALBERTO OSPINA CARDONA 1206
ALBERTO PAEZ PACHECO 574
ALBERTO PRECIADO ARBELAEZ 1293
ALBERTO RESTREPO RESTREPO 963
ALVARADO & DURING LTDA. 672
AMOCO COLOMBIA OIL COMPANY 1164
ANA BERTHA MORENO DE QUINTERO Y OTROS 933
ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. 86
ASTRAL S.A. 336

B

B.C.H. 1243
BENEFICENCIA DEL TOLIMA 1194

C

CARLOS A. PATIÑO BELTRAN 427
CARLOS ALFREDO RAMIREZ G. 1025

CARLOS ARRIGUI CALDERON Y OTROS 661
CARMEN ELENA VALENCIA GOMEZ 1424
CARMEN ROSA FARFAN 845
CASA ROLIER LTDA. 1212
CEMENTOS DEL VALLE S.A. 1119
CEMENTOS EL CAIRO S.A. 1148
CLARA INES DIMIAN BARRERA 322
COMPAÑIA NACIONAL DE LEVADURAS LEVAPAN S.A. 1142
CONSORCIO EUC CASABE LTDA. 81
CONSTRUCCIONES PROTEXO S.A. 1185
CRECER S.A. 1111, 1136

D

DANIEL ANTONIO HERNANDEZ PRECIADO 726
DISTRIBUIDORA EL DORADO EDITORIAL MERCURIO S.A. 1101
DORIS F. FADUL OCAMPO 1419

E

EDITORIAL NORMA S.A. 1269, 1275
EDUARDO DELGADO RODRIGUEZ 225
ELIAS JAIMES CASTILLO 273, 1031
EMP. TRANS. LA VELOZ MOISES P. 396
ENRIQUE MURILLO DAZA 1197
ERNESTO BOTERO RAMIREZ 561
ESTHER BODMER VDA. DE GARAVITO 11
ESTHER ELENA MERCADO JARAVA Y OTROS 526

F

FASECOLDA 207
FEMPHA 400

FERNANDO LONDOÑO HOYOS 279
FINANCIERA SANTA FE S.A. 1057
FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. 258, 519
FRANCISCO LUIS HINCAPIE S Y OTROS 45
FRANCISCO REINEL MEJIA R. 605
FRANCISCO SIERRA JARAMILLO 624

G

GERMAN GONZALEZ CAJIAO 905
GISELA GALVIS VALLES 598
GONZALO ZULUAGA ARISTIZABAL 582
GUILLERMO FORERO MENDOZA 1080

H

HECTOR EMILIO SANCHEZ TRONCOSO 469
HORACIO PERDOMO PARADA 368
HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN 410
HUGO ANTONIO PARADA 349
HUMBERTO BOZZI Y CIA. LTDA. 734

I

IBERICA LTDA. 1180
ICASA S.A. 1231
INST. NAL. DE FOMENTO MPAL. 487
INTEGRAL S.A. 1264

J

JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ NAVAS 1086
JAIME GONZALEZ B. 1277

JAIME MORA RAMIREZ 641
JAIME OROZCO CADAVID 1283
JAVIER MUNERA OVIEDO 1053
JAVIER OCAMPO CANO 316
JESUS ALBERTO JARAMILLO 1394
JORGE E. CHEMAS JARAMILLO 237
JORGE EDUARDO JARAMILLO MEJIA 422
JORGE HUMBERTO BOTERO Y OTRO 1132
JORGE IVAN VELASQUEZ RESTREPO 481
JOSE ANGEL URUETA MACIA Y OTRO 443
JOSE ANTONIO DUQUE 1414
JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO 632
JOSE J. CHAVES MUÑOZ 1036
JOSE JAIRO NIETO GARCIA 812
JOSE JOAQUIN BERNAL AREVALO 384
JOSE MIGUEL ZAPATA Y OTRO 893
JOSE R. GONZALEZ GARZON Y OTROS 1400
JOSE RODRIGUEZ ACEVEDO Y OTRO 979
JUAN CARLOS GALINDO VACHA 374, 381
JUAN DIEGO VELEZ MAYA 1288
JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA Y/O 1176
JULIAN URRUTIA Y OTROS 1019

L

LA NACION COLOMBIANA 503
LAURENTINO BENITEZ RAIGOSO Y/O 495
LITOGRAFIA COLOMBIA S.A. 1127
LUCY CRUZ DE QUIÑONES 1249
LUIS ANGEL MARTINEZ SENDOYA 615
LUIS J. GONZALEZ ANAYA 253
LUIS MARIO DUQUE 1227
LUZ MARINA CULMA YARA 1325

M

MANNESMAN ANLAGENBAU A.G. 1309
MANUEL IGNACIO GALVIS ESTEBAN 507
MANUEL PACHON MUÑOZ 298
MARCO ANTONIO LOPEZ Y OTROS 885
MARIA ALEXIA ARANGO G. Y OTROS 779
MARIA IDALID GRUESSO C. 585
MARIA INES LASSO OLARTE 552
MARIO ALARIO MENDEZ 213
MOTORCOL 1201
MUNICIPIO DE BOSCONIA 29

N

NASER LEZACA Y CIA. 1047
NELSON DE J. CIFUENTES SUAREZ 510
NOEL BARRAGAN Y OTROS 706
NORWICH COLOMBIANA S.A. 307

O

OSCAR ALZATE LOPEZ 817

P

PABLO J. CACERES CORRALES 1027
PARMENIDES GAVIRIA NAVARRO 717
PEDRO GUILLERMO JIMENEZ VARGAS 757
PETROLEOS DEL MAGDALENA S.A. 974
PILAR ALICIA FERNANDEZ DE ARCE Y OTROS 913
PROPAGANDAS Y PUBLISERVICIOS, CIA LTDA 1065

R

RAMON SEGUNDO PIMIENTO REDONDO 593
ROBERTO AGUILAR DIAZ 1257
ROBERTO ARAZOLA JULIAO 1338

S

SAMUEL CARDENAS ALVAREZ 218
SAGER Y CIA S.C.A. 1220
SARA LEAL DE PORRAS 116
SEGISMUNDO ELIAS CEBALLOS 455
SERGIO PAPAGAYO FORERO 476
SOC. ANDINA DE GRANDES ALMACENES 1237
SOC. EMP. TRANSP. SALONICA S.A. 230, 235
SOCIEDAD NEIRA MEDINA Y CIA. LTDA. 767
SOCIEDAD PAVIMENTAMOS LTDA. 784
SUCESION DE MARTHA LUCIA SALDARRIAGA 1043

T

TEJIDOS CABRITO Y CIA LTDA. 1091

U

UCONAL 342
URIEL MEJIA RIOS 834

Z

ZONA FRANCA IND. Y CIA. DE CARTAGENA 548

INDICES TEMATICOS

SALA PLENA

A

ACCION DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL 116

C

COLPUERTOS (aclaración de voto) 112
COMPETENCIA 44, 70
COMPETENCIA - Determinación 116
COMPETENCIA - Factores 116
COMPETENCIA (salvamento de voto) 61, 64, 67, 70, 79
CONFLICTO DE COMPETENCIA - Inexistencia 81
CONFLICTO DE COMPETENCIA (salvamento de voto) 84
CREACION DE MUNICIPIO 29

D

DAÑO (salvamento de voto) 22
DESUETUDO (salvamento de voto) 70

F

FALLA DEL SERVICIO MEDICO 11
FALLA DEL SERVICIO MEDICO (Aclaración de voto) 27
FALLA DEL SERVICIO MEDICO (Salvamento de voto) 25

I

INDEMNIZACION A FORFAIT 11
INDEMNIZACION A FORFAIT (Aclaración de voto) 27

J

JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA 44
JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA (Salvamento de voto) 61, 64, 67, 70, 79

L

LEY PROCESAL - Interpretación (Salvamento de voto) 61
LIQUIDACION DE CONDENA - Pautas 44, 70

P

PERJUICIOS MATERIALES (Salvamento de voto) 22
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS 44
PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA 44
PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA (Salvamento de voto) 61, 64, 67, 70
PURGA DE ILEGALIDAD 29

R

RECURSO DE APELACION - Sustentación 44
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica 29
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica (Salvamento de voto) 34

REFORMATORIO IN PEJUS (Salvamento de voto) 64, 67
RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE 86
RESPONSABILIDAD POR ALMACENAJE (Aclaración de voto) 112

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

ALCALDE 182
ALLANAMIENTO 169
ALLANAMIENTO (Salvamento de voto) 174
ASIGNACION BASICA 154
AUDITOR 146

B

BIEN DE USO PUBLICO - Restitución 182

C

CAMARA DE COMERCIO 165
CARRERA ADMINISTRATIVA 178
COMPAÑIA DE SEGUROS - Inhabilidades 129
COMPETENCIA 182
CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION - Composición 161
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL 146
CONTRATO ADICIONAL - Improcedencia 125
CONTRATO DE SEGURO - Naturaleza 129
CONTRATO DE SEGURO - Régimen aplicable 129

D

DIMAR 182

E

ESTAMPILLA "CIUDADELA UNIVERSITARIA DEL ATLANTICO" - Cobro 192

F

FABRICA DE LICORES DEL TOLIMA 137
FACULTAD DISCIPLINARIA 199
FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL 192
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 192

I

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO 137

J

JORNADA NOCTURNA - Recargo 154

P

PERMISO DE POLICIA 182
PERSONAL DOCENTE - Sanciones 150
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO 169
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO (Salvamento de voto) 174
PROYECTO DE DECRETO 178

R

REGISTRO MERCANTIL 165

S

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE 165
SISTEMA NACIONAL DE SALUD 178

T

TESORERO - Funciones 146
TRANSACCION 169
TRANSACCION (Salvamento de voto) 174
TRIBUNAL DE ETICA MEDICA 199

V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento 150

SECCION PRIMERA

A

ACCION DE NULIDAD 273
ACCION DE NULIDAD - Objeto 426
ACCION DE NULIDAD - Objeto (Salvamento de voto) 437
ACTO ADMINISTRATIVO 230
ACTO ADMINISTRATIVO - Eficacia 218
ACTO COMPLEJO 258
ACTO DE ADJUDICACION 246
ACTO GENERAL 306
ACTO PARTICULAR 237, 306
ACTUACION ADMINISTRATIVA - Medios de Control 258
ACTUACION ADMINISTRATIVA - Terminación 400
ACUERDO DE CARTAGENA 298
ADJUDICACION DE CONTRATOS 246

ALCALDE - Funciones 316

C

CAR 422
CADUCIDAD 225, 230, 273
COMPETENCIA 336, 349, 410, 422, 426
COMPETENCIA POR CUANTIA 273, 396
COMISION DE MERCADEO EXTERIOR - Funciones 279
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades 253
CONCEJO MUNICIPAL - Funciones 316
CONGRESO 426
CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION - Inhabilidades 274
CONTADURIA PUBLICA 383
CONTRALORIA DISTRITAL - Funciones 322
CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación 253
CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Funciones 218
CONTROL FISCAL 322
CONTROL JURISDICCIONAL 225

D

DANCOOP - Funciones 342
DAS 410
DECAIMIENTO DEL ACTO 368
DEMANDA - Requisitos 426
DEMANDA - Requisitos (Salvamento de voto) 437
DEPORTACION 410
DERECHO COMUNITARIO 298
DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA 322
DOCUMENTOS - Autenticidad 410

E

EJERCICIO DE PROFESIONES 383
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES
- Junta Directiva 246

F

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL 268
FALLO INHIBITORIO - Improcedencia 306

G

GOBERNADOR - Funciones 218

I

IVA - Cesionarios 349

J

JUNTA NACIONAL DE CONTADORES 383

M

MINISTERIO DE AGRICULTURA - Funciones 279
MUNICIPIO 349

N

NACIONALES 410
NORMAS PROCESALES 426
NOTIFICACION 230
NOTIFICACION A TERCEROS 237

NOTIFICACIONES POR CONDUCTA CONCLUYENTE
- Improcedencia 230

O

ORGANO DE DIVULGACION 213
ORDENANZA DEPARTAMENTAL - Publicación 218

P

PERSONA DE DERECHO PUBLICO - Representación 426
POTESTAD REGLAMENTARIA 298
POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso 426
POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación 383
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites 207, 374
PRESUPUESTO DE RENTAS MUNICIPAL 316
PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA 306
PRINCIPIO DE LEGALIDAD 306

R

REPRESENTACION DE LAS PARTES 426
REPRESENTACION DE LAS PARTES (Salvamento de voto) 437

S

SANEAMIENTO BASICO RURAL 349
SEGURO POR DAÑOS 207
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO 225
SUSPENSION PROVISIONAL 213, 316, 368, 396
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia 246
SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia 422
SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION- Supresión 336
SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia 306

T

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 273
TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDIN0 298

V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento 258, 400

SECCION SEGUNDA

A

ACTO COMPLEJO - Inexistencia 552
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones 582

B

BONIFICACION POR RETIRO VOLUNTARIO 593

C

CARRERA DE LA SEGURIDAD SOCIAL - Escalafonamiento 469
CESANTIA - Utilización 585
CESANTIA - Utilización (Salvamento de voto) 590
CODIGO FISCAL DEPARTAMENTAL 582
COLDEPORTES - Régimen de personal 481
COMPETENCIA 605

D

DERECHO SINDICAL 455
DERECHO DE PREFERENCIA 455

DESVIACION DE PODER 455

E

EDAD DE RETIRO 525
EMPLEADO PUBLICO 495, 503
EMPLEADO PUBLICO (Salvamento de voto) 493
EMPLEO - Definición 561
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO (Salvamento de voto) 493

I

INSFOPAL 487, 593
INSFOPAL - Liquidación 455
INSTITUTO NACIONAL DE SALUD - Régimen de personal 476
INSUBSISTENCIA 455, 481, 598, 605
INSUBSISTENCIA - Procedencia 469
ISS - Régimen de personal 469

J

JORNADA LABORAL 510

M

MINISTERIO DE DEFENSA 443

N

NOTARIO 507
NOTARIO - Naturaleza Jurídica 525

P

PENSION DE JUBILACION 593
PENSION DE JUBILACION - Liquidación 561
PERSONAL DE BOMBEROS 510
PERSONAL DOCENTE - Régimen aplicable 443
POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites 507, 525
PRESTACIONES SOCIALES 495, 503
PROCESO DISCIPLINARIO - Régimen aplicable 574
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION - Funciones 574

R

REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Delegados 605
REINTEGRO 455
REPRESENTANTE LEGAL - Funciones 469, 481

S

SANCION DISCIPLINARIA 552
SANCION DISCIPLINARIA - Ejecución 574
SEGURO SOCIAL - Obligatoriedad 519
SERVICIO PUBLICO NOTARIAL 525
SINDICATOS 548
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia 582
SINDICATO MIXTO - Improcedencia 548

T

TRABAJADOR OFICIAL - Régimen aplicable 487
TRABAJADOR OFICIAL (Salvamento de voto) 493
TRASLADO 598

U

UNIVERSIDAD NACIONAL 495

SECCION TERCERA

A

ACCION DE REPARACION DIRECTA 726, 779, 1019
ACCION INDEMNIZATORIA 783
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO 817
ACTIVIDAD PELIGROSA 893
ACTO CONDICION 817
ACTO DE ADJUDICACION 734, 812
ACTO DE ADJUDICACION (Aclaración de voto) 754
ACTO DE INSCRIPCION 726

B

BIEN DE USO PUBLICO - Restitución 706
BIEN DE USO PUBLICO - Restitución (Salvamento de voto) 713

C

CADUCIDAD 783
CADUCIDAD - Término 726, 817, 1019
COMPETENCIA FUNCIONAL 661, 933, 960
COMPETENCIA FUNCIONAL (Aclaración de voto) 960
COMPETENCIA FUNCIONAL (Salvamento de voto) 668
COMPETENCIA 672, 706, 734, 1243
COMPETENCIA (Salvamento de voto) 713
CONSEJO DE ESTADO 661, 668, 672, 933, 960
CONSEJO DE ESTADO (Aclaración de voto) 960

CONSEJO DE ESTADO (Salvamento de voto) 668
CONSTITUCION EN MORA 640
CONTRATO ADMINISTRATIVO 734, 812, 979
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento 640
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Incumplimiento (Aclaración de voto) 657, 659
CONTRATO ADMINISTRATIVO - Terminación 757
CONTRATO DE OBRA - Incumplimiento 979
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES 783, 812
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Improcedencia 905
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES - Procedencia (Salvamento de voto) 911
CONSULTA 661
CONSULTA (Aclaración de voto) 960
CONSULTA (Salvamento de voto) 668
CONSCRIPTO 893

D

DAÑO EVENTUAL 893

E

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Existencia 615
EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - Existencia (Aclaración de voto) 622
EXPLOTACION DE MINAS 817

F

FALLA DEL SERVICIO DE ADUANAS 717
FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL 845
FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL (Aclaración de voto) 874, 877
FALLA DEL SERVICIO JUDICIAL (Salvamento de voto) 882

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA 885
FALLA DEL SERVICIO DEL EJERCITO 893
FALLA DEL SERVICIO DE TRANSITO 913
FALLA DEL SERVICIO PRESUNTA 893

H

HIDROCARBUROS 963
HIDROCARBUROS (Salvamento de voto) 969

I

INCORA - Programa 632
INCORA - Programa (Salvamento de voto) 636, 638
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS 640, 893
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS (Aclaración de voto) 657, 659
INDEMNIZACION LABORAL 913
INDEMNIZACION A FORFAIT 913
INTERVENCION AD EXCLUDENDUM - Improcedencia 779
IURA NOVIT CURIA 783

J

JUICIO DE POLICIA - Inexistencia 706
JUICIO DE POLICIA - Inexistencia (Salvamento de voto) 713
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA 706
JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA (Salvamento de voto) 713

L

LICITACION 734
LICITACION - Deserción (Aclaración de voto) 754
LIQUIDACION DEL CONTRATO 672

LIQUIDACION UNILATERAL 767
LUCRO CESANTE - Prueba 717

M

MORA 640

P

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS - Prueba 834
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS - (Aclaración de voto) 960
PERJUICIOS MORALES A HERMANOS - Presunción (Salvamento de voto) 839
PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento 979
PERJUICIOS - Prueba 767
PREJUDICIALIDAD 905
PRESTACIONES SOCIALES 913
POTESTAD REGLAMENTARIA 632
POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso (Salvamento de voto) 636, 638
PRINCIPIO DE BUENA FE (Salvamento de voto) 668
PROPIEDAD PRIVADA - Reconocimiento 963
PROPIEDAD PRIVADA - Reconocimiento (Salvamento de voto) 969
PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA 974

R

REFORMATIO IN PEJUS 933
REGISTRO PUBLICO 726
RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL 767
RESPONSABILIDAD POR OCUPACION DE INMUEBLES 624
RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA 845
RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA (Aclaración de voto) 874

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO
DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA (Aclaración de voto) 877

RESPONSABILIDAD POR EL SERVICIO
DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA (Salvamento de voto) 882

S

SEGUNDA INSTANCIA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO 933

SEGUNDA INSTANCIA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO
(Aclaración de voto) 960

SOCIEDAD ECONOMIA MIXTA - Régimen 615

SOCIEDAD ECONOMIA MIXTA - Régimen (Aclaración de voto) 622

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia 632, 963

SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia
(Salvamento de voto) 636, 638

T

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS 817

Z

ZONA FRANCA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DE CARTAGENA 734

SECCION CUARTA

A

ACCION DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
(Salvamento de voto) 1095

ACTIVIDAD AGRICOLA 1288

ACTO ADMINISTRATIVO 1091, 1118

ACTO ADMINISTRATIVO (Salvamento de voto) 1095, 1099

ADICION AL FALLO 1218

AJUSTE DE CAMBIO (Aclaración de voto) 1173
AUTO ADMISORIO 1025

B

BASE GRAVABLE 1277, 1308
BASE GRAVABLE (Aclaración de voto) 1161, 1317

C

CADUCIDAD (Salvamento de voto) 1095
CADUCIDAD - Término 1091
CAPITAL EXTRANJERO - Registro 1163
COMPARACION DE PATRIMONIOS 1163, 1237
COMPETENCIA 1243, 1257
CONTRIBUYENTE - Definición 1080

D

DECLARACION TRIBUTARIA 1101, 1212
DEMANDA - Requisitos 1025
DEPRECIACION FLEXIBLE 1237
DEVOLUCION 1142
DOBLE TRIBUTACION 1118
DOBLE TRIBUTACION (Aclaración de voto) 1161
DOBLE TRIBUTACION - Inexistencia 1148

E

ENCAJE LEGAL 1243
ERROR ARITMETICO 1201
EXENCION TRIBUTARIA 1101
EXENCION 1269

F

FACULTAD
IMPOSITIVA MUNICIPAL 1027, 1031, 1036, 1132, 1197, 1206, 1227, 1264

H

HECHO GENERADOR 1249
HECHO IMPONIBLE 1277

I

IMPUESTO 1206
IMPUESTO - Distribución 1053
IMPUESTO A ESPECTACULOS PUBLICOS 1227
IMPUESTOS DE AVISOS Y TABLEROS 1249
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO 1036, 1148, 1308
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO
(Aclaración de voto) 1161, 1317
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Exoneración 1288
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Medellín 1264
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Régimen legal 1180
IMPUESTO DE REGISTRO Y ANOTACION 1086
IMPUESTO DESCONTABLE 1047, 1142
IMPUESTO DE TIMBRE 1136
IMPUESTO DISTRITAL
DE INDUSTRIA Y COMERCIO 1180, 1220, 1269, 1277
IMPUESTO SOBRE LA RENTA 1237
IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Sujeto pasivo 1043
IMPUESTO SOBRE LA RENTA - Determinación 1237
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Causación 1047
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Devolución 1047
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS - Descuento 1231
IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS 1142

IMPUESTO DE VIAS URBANAS 1197
INSPECCION CONTABLE - Naturaleza 1065
INTERESES 1136
INTERVENCION DE TERCEROS 1176
INTERVENCION DE TERCEROS (Salvamento de voto) 1178
IRREGULARIDAD PROCESAL 1194

J

JUICIO EJECUTIVO 1194
JUNTA MONETARIA 1243, 1257
JUNTA MONETARIA - Facultades 1293

L

LICENCIA DE CONSTRUCCION 1283
LIQUIDACION OFICIAL 1057, 1201

M

MATERIAL IMPONIBLE 1220, 1249
MERCADO DE DIVISAS 1163
MERCADO DE DIVISAS (Aclaración de voto) 1173
MULTA - Devolución 1283

N

NORMA SUSTANTIVA (Salvamento de voto) 1116
NOTIFICACION 1025, 1091
NOTIFICACION (Salvamento de voto) 1095, 1099
NOTIFICACION POSTAL 1057
NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE 1118

O

OBLIGACION TRIBUTARIA - Pago excesivo 1136

P

PARTES - Designación 1025
PERJUICIOS - Demostración 1308
POTESTAD REGLAMENTARIA 1080
POTESTAD REGLAMENTARIA - Exceso 1249
PRESUNCION DE VERACIDAD 1101, 1185
PRODUCTO DE EXPORTACION 1288
PRUEBA CONTABLE 1065, 1142, 1185, 1231, 1299
PRUEBA PERICIAL - Inexistencia 1065
PRUEBAS 1237

R

RENTA PRESUNTA 1127
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica 1111
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION (Salvamento de voto) 1116
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA 1176
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de voto) 1178
REQUERIMIENTO OFICIAL 1201

S

SANCION POR INEXACTITUD - Improcedencia 1212, 1269
SANCION POR LIBROS 1299
SENTENCIA - Motivación 1111
SUSPENSION PROVISIONAL 1308
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia 1053

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia (Salvamento de voto) 1317
SUCESION ILIQUIDA 1043
SUPERINTENDENCIA BANCARIA 1257
SOBERANIA MONETARIA 1293

T

TASA 1206
TARIFA 1180
TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO 1118, 1148, 1220, 1308, 1264, 1277
TERRITORIALIDAD DEL TRIBUTO (Aclaración de voto) 1161

V

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento (Salvamento de voto) 1095, 1099

SECCION QUINTA

A

ACTA DE ESCRUTINIO 1338
ACCION ELECTORAL 1399, 1414
ACTO DE ELECCION 1414, 1419
ALCALDE - Inhabilidades 1394, 1419
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones 1424
AUTORIDAD CIVIL 1394

C

CADUCIDAD 1399, 1414
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL 1424
COPIAS - Valor probatorio 1325

CONCEJAL SUPLENTE 1399

D

DEMANDA - Inadmisión 1325
DEMANDA ELECTORAL 1399
DOCUMENTOS 1325

E

EMPLEADO PUBLICO 1419
ERROR ARITMETICO 1338
ESCRUTINIO 1419

J

JURADO DE VOTACION 1337
JURISDICCION ROGADA 1399

N

NOTIFICACION 1419
NOTIFICACION POR ESTRADOS 1414
NULIDAD ELECTORAL 1337, 1338

P

PERSONERO MUNICIPAL 1394

R

REGISTRO APOCRIFO 1337
REGISTRO FALSO 1337

La Empresa Editorial
Universidad Nacional
realizó el diseño gráfico de este libro
- Anales del Consejo de Estado
Segundo Trimestre de 1990
y terminó su impresión
en febrero de 1996