REPUBLICA DE COLOMBIA

# ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

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

AÑO LXI

TOMO CXI

NUMEROS 491 - 492

SEGUNDO SEMESTRE

1986

**RELATORAS:**

Dra. NUBIA GONZALEZ CERON

Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA

# ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

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

AÑO LXI TOMO CXI

NUMEROS 491 - 492

**SEGUNDO SEMESTRE**

**1986**

RELATORES:
Dra. NUBIA GONZALEZ CERON Dra. MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ

EDITORIAL PENICENTRAL DE COLOMBIA FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

# CONSEJO DE ESTADO

SEGUNDO SEMESTRE DE 1986

SALA PLENA

Presidente

*Dr. Samuel Buitrago Hurtado*

Vice-presidente

*Dra. Aydée Anzola Linares*

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONSEJEROS:

SECCION PRIMERA

*Dr. Guillermo Benavides Melo*
*Dr. Miguel Betancourt Rey*
*Dr. Samuel Buitrago Hurtado*
*Dr. Simón Rodríguez Rodríguez*

SECCION SEGUNDA

*Dra. Aydée Anzola Linares*
*Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker*
*Dr. Gaspar Caballero Sierra*
*Dr. Joaquín Vanín Tello*

SECCION TERCERA

*Dr. Carlos Betancur Jaramillo*
*Dr. Antonio J. de Irisarri Restrepo*
*Dr. Julio César Uribe Acosta*
*Dr. Jorge Valencia Arango*

SECCION CUARTA

*Dr. Jaime Abella Zárate*
*Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque*
*Dr. Carmelo Martínez Conn*
*Dr. Enrique Low Murtra*
(Reemplazado por el Dr. Policarpo Castilla Dávila el 1º de noviembre de 1986).

## SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

*Dr. Jaime Betancur Cuartas*

*Dr. Jaime Paredes Tamayo*

*Dr. Humberto Mora Osejo*

*Dr. Eduardo Suescún Monroy*

(Reemplazado por el doctor Gonzalo Suárez Castañeda desde el 14 de agosto de 1986).

### FISCALES

*Primero: Dr. Alvaro León Cajiao*

*Segundo: Dra. Edné Cohen Daza*

*Tercero: Dr. Carlos Octavio Rodríguez*

*Cuarto: Dr. Euclides Londoño Cardona*

*Quinto: Dra. Clara Forero de Castro*

*Sexto: Dra. Dolly Pedraza de Arenas*

### RELATORAS

*Dra. Nubia González Cerón*

*Dra. María Elena Giraldo Gómez*

### SECRETARIO GENERAL

*Dr. Darío Quiñones Pinilla*

# PRIMERA PARTE

## FUNCION CONSULTIVA

### CAPITULO I

### CONSULTAS DEL GOBIERNO

*TRABAJO EN DIA DOMINGO Y FESTIVO A LOS FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL.*

*1. Remuneración.*

*2. ¿Qué es habitualidad?*

*3. Trabajo en forma ocasional y habitual.*

*FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Trabajo en día domingo y festivo.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., trece de mayo de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación: número 028.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, solicita a la Sala absolver la consulta que se transcribe textualmente:

"I. La jornada de trabajo para los funcionarios de Seguridad Social es de cuarenta y ocho (48) horas semanales en empleos de tiempo completo y de un número proporcional de horas en empleos de tiempo parcial.

II. El Acuerdo 158 de 1980, emanado de la Junta Administradora del Instituto de Seguros Sociales 'por el cual se adopta el Reglamento sobre la organización y el funcionamiento de la atención de Salud en el Instituto de Seguros Sociales', establece en los artículos 55 y 56, en su orden, y refiriéndose al área asistencial, que tanto la atención especializada ambulatoria como la de cubrimiento ordinario, será prestada dentro de la jornada ordinaria de trabajo y durante los días laborables, es decir, de lunes a sábado, inclusive, prohibiendo expresamente el mencionado artículo 56 tanto la atención como el reconocimiento de trabajo suplementario nocturno o en días dominicales o festivos, en lo que respecta a las modalidades de prestación médico asistencial anotadas.

III. Según lo preceptuado por el inciso 2º del artículo 55 del Acuerdo 158 de 1980, la atención especializada intrahospitalaria será prestada en forma permanente, esto es, los siete (7) días de la semana, dentro de las 24 horas del día, sin perjuicio de que, tal como lo dispone la misma norma, la atención por especialista en determinadas especialidades sea cubierta exclusivamente dentro de la jornada ordinaria.

De otro lado, el parágrafo del aludido artículo 55 prevé que el trabajo del personal se programará en todos los casos por el sistema de turnos.

IV. El artículo 57 del Acuerdo 158 de 1980, respecto de las especialidades de cubrimiento permanente, preceptúa que la atención por parte de los especialistas podrá extenderse, según las necesidades, a los siete (7) días de la semana, durante las veinticuatro (24) horas del día.

V. En armonía con lo dispuesto en el artículo 57 del Acuerdo 158 de 1980 que trata de las especialidades de cubrimiento permanente, el artículo 59 de la misma obra ordena que los especialistas vinculados a tales especialidades deberán cumplir sus funciones por fuera de la jornada ordinaria, en Turnos de Estancia o en Turnos de Llamada.

El inciso 2º del artículo 59 precitado, establece que en los Turnos de Estancia, los especialistas deberán cumplir el horario y los turnos asignados, sin interrupción, en las instalaciones del respectivo centro hospitalario.

El inciso 3º del artículo 59 ordena que en los Turnos de Llamada no se precisa la permanencia ininterrumpida de los especialistas en el centro hospitalario, pero éstos deberán acudir a cumplir sus funciones cuando sean requeridos expresamente por el personal autorizado.

VI. Por otro aspecto, el artículo 60 del Acuerdo Nº 158 de 1980 prevé que los Turnos de Estancia, por fuera de la jornada ordinaria, se pagarán en proporción al tiempo laborado, teniendo en cuenta los términos y condiciones legales y reglamentarias vigentes.

VII. El artículo 61 del Acuerdo 158 de 1980 estatuye que los especialistas que prestan servicios por el sistema de Turnos de Llamada, solo percibirán la remuneración básica establecida para el cargo correspondiente, más los recargos legales causados por los períodos efectivamente trabajados en las instalaciones del ISS, por fuera de la jornada ordinaria.

VIII. El artículo 14 del Decreto-Ley 1652 de 1977, 'por el cual se determina el sistema especial de clasificación y remuneración correspondiente a las distintas categorías de cargos en el Instituto de Seguros Sociales y se dictan otras disposiciones', al tratar de los dominicales y festivos establece que los funcionarios de Seguridad Social que laboren en días dominicales o feriados, tendrán derecho al descanso compensatorio y al recargo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo, sobre trabajo dominical o festivo.

IX. El artículo 172 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el patrono está obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores; descanso que se debe remunerar, conforme a lo estatuido en el artículo 173 del mismo Código, con el salario ordinario de un (1) día, siempre y cuando se den los presupuestos por dicha norma exigidos, vale decir, que el empleado haya trabajado en todos los días laborables de la semana, salvo que no lo haya hecho porque medie justa causa o por culpa o disposición del patrono, tal como la norma últimamente citada lo estipula.

El inciso 2º del artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo estatuye que en todo sueldo mensual se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado.

De otro lado, el artículo 177 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 1º de la Ley 51 de 1983, establece el derecho al descanso remunerado, para los trabajadores tanto del sector público como privado en los días festivos en él taxativamente enumerados sin que, tal como lo señala el artículo 2º de dicha ley, haya lugar a descuento alguno por falta al trabajo.

X. Respecto a la remuneración por trabajo realizado en dominical o festivo, los artículos 179, 180 y 181 del Código Sustantivo del Trabajo, aclarados y modificados en parte por los artículos 12 y 13 del Decreto Ley 2351 de 1965, establecían:

Artículo 179. 'La retribución del trabajo en domingos o días de fiesta de que trata este título, se fija de acuerdo con las siguientes reglas:

1º Si el trabajador labora en jornada completa, se le paga salario doble.

2º Si labora parte de la jornada, se le paga doblada la parte proporcional del salario.

3º Si con el descanso dominical remunerado coincide una fecha que la ley señala también como descanso remunerado, el trabajador sólo tiene derecho a remuneración doble si trabaja'.

Artículo 180. 'El trabajador que labora excepcionalmente en día de descanso obligatorio, tiene derecho a un descanso compensatorio remu nerado o a una retribución en dinero, a su elección, en la forma pre vista en el artículo anterior'.

Artículo 181. 'Los trabajadores que habitualmente tengan que trabajar en domingo, deben gozar de un descanso compensatorio remunerado'.

Lo preceptuado en las disposiciones legales transcritas vino a quedar sintetizado en el Decreto-Ley 2351 de 1965, en los ordenamientos a que se refieren los artículos 12 y 13 del citado Decreto, que textualmente dicen:

Artículo 12. '1. El trabajo en domingo o días de fiesta se remunera con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa. 2. Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado, sólo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior'.

Artículo 13. 'El trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio, tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo anterior', refiriéndose, desde luego, al artículo 12 del Decreto-ley 2351 de 1965".

*Solicitud de concepto:*

Con fundamento en los planteamientos anteriores, se solicita concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, sobre los siguientes puntos:

A) De acuerdo con lo establecido en los artículos 172 y 173 del Código Sustantivo del Trabajo y 12 del Decreto-Ley 2351 de 1965, consagratorios del derecho al descanso dominical y festivo remunerado, ¿cómo se debe liquidar y pagar el trabajo realizado en día domingo a los funcionarios de Seguridad Social que para atender el servicio intrahospitalario y de especialidades médicas de cubrimiento permanente y en cumplimiento de los turnos de trabajo programados, completan su jornada ordinaria de trabajo semanal en día domingo?

B) Conforme a lo dispuesto en los artículos 172, 173, 174, 177 y 180 del Código Sustantivo del Trabajo, 1º y 2º de la Ley 51 de 1983; 12 y 13 del Decreto-Ley 2351 de 1965, ¿cómo se debe remunerar el trabajo en día dominical o festivo, por fuera de la jornada semanal de trabajo, en tratándose de trabajo ocasional y trabajo en forma habitual?

C) para uno de los efectos consultados en el punto anterior, ¿qué se entiende por habitualidad?

D) Según el mandato contenido en los artículos 180 del Código Sustantivo del Trabajo, 12 y 13 del Decreto-Ley 2351 de 1965, ¿cuál es la diferencia existente entre la remuneración que debe percibir un funcionario por trabajo realizado en dominical o festivo, por fuera de la jornada semanal de trabajo, en forma ocasional y cuál cuando es habitual?

E) Cuando el funcionario labora habitualmente en domingo o feriado, por fuera de su jornada semanal de trabajo, en exceso de las 8 horas diarias en el dominical laborado, ¿cuál es el tiempo compensatorio que, de acuerdo a lo reglado por el artículo 13 del Decreto-ley 2351 de 1965 se le debe dar? Bajo el supuesto descrito y con fundamento en la misma norma, ¿cuál es el tiempo compensatorio que se debe dar al funcionario que en día domingo o festivo labora menos de las 8 horas diarias, por ejemplo, 4 horas?"

*La Sala considera y responde*:

En el orden de su formulación y con base en las disposiciones pertinentes, la Sala considera y responde las cuestiones propuestas por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

A) A turno de estancia, programado para el especialista fuera de la jornada ordinaria, conforme al artículo 59 del Acuerdo 158 de 1980, que coincida con el último día de aquélla y con día de descanso remunerado, corresponde descanso compensatorio remunerado y recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario.

"Los funcionarios de seguridad social que laboren en días dominicales o feriados, tendrán derecho al descanso compensatorio y al recargo contemplado en el Código Sustantivo del Trabajo, sobre trabajo dominical y festivo". (Art. 14, Decreto-Ley Nº 1652 de 1977).

Y conforme al artículo 13 del Decreto-Ley 2351 de 1965, el trabajador que labore habitualmente en día de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 12 del mismo Decreto, ("100% sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas").

Esta proporción sería extraña al caso consultado si la atención de la especialidad se extiende durante las veinticuatro horas del día, de conformidad con los artículos 57 y 59 del Acuerdo Nº 158 de 1980.

B) El trabajo habitual dominical, en turno de estancia extendido a las veinticuatro horas del día, se remunera en la forma prevista por el artículo 14 del Decreto-Ley 1652 de 1977 y por el artículo 13 del Decreto-Ley 2351 de 1965, reconociendo el descanso remunerado de que trata el artículo 12 del ya citado Decreto 2351 de 1965.

El trabajo ocasional en domingo o festivo, por fuera de la jornada semanal de trabajo, se remunera con un recargo del ciento por ciento (100%) sobre el salario ordinario *en proporción a las horas laboradas* (subraya la Sala), sin perjuicio del salario ordinario a que tenga derecho el trabajador por haber laborado la semana completa. (Art. 12, numeral 1 del Decreto-Ley 2351 de 1965).

"Si con el domingo coincide otro día de descanso remunerado, sólo tendrá derecho el trabajador, si trabaja, al recargo establecido en el numeral anterior".

C) De conformidad con el artículo 60 del Acuerdo Nº 158 de 1980, "la Gerencia Seccional reconocerá y pagará los turnos de estancia por fuera de la jornada ordinaria, en proporción al tiempo laborado, teniendo en cuenta los términos y condiciones legales y reglamentarios vigentes".

Como la habitualidad resulta ser condición legal y reglamentaria de los turnos de estancia, para efectos de su remuneración en dominical o feriado, su concepto se precisa por el fundamento del sistema de turno de estancia, o sea, el cubrimiento permanente, sin interrupción, en las instalaciones del respectivo centro hospitalario.

Sin criterios de habitualidad los factores señalados por el artículo 63 del Acuerdo Nº 158 para diseñar el cuadro mensual de turnos: La frecuencia estimada de los casos de urgencias, en dominicales y feriados, que requieren el concurso inmediato de los especialistas y la atención inmediata; duración e intensidad de los procedimientos que debe aplicar el especialista en los turnos de estancia de los días festivos.

Pero el criterio definitivo de habitualidad laboral en dominicales y festivos radica en la naturaleza del servicio, en el deber de prestarlo en forma permanente y en la imposibilidad de interrumpirlo sin riesgo para la vida o la curación del afiliado.

D) No hay diferencia en cuanto al porcentaje del recargo en la remuneración (100%) del trabajo prestado. La diferencia radica sólo en que en el evento del trabajo habitual hay lugar al descanso compensatorio remunerado.

E) Tiene derecho al descanso compensatorio ordinario más el pago de lo correspondiente por las horas extras en días festivos, según sean diurnas o nocturnas.

Si lo laborado en día domingo o festivo fuere menor de las ocho (8) horas, el descanso compensatorio será proporcional al tiempo dominical trabajado.

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

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*CONTRATACION DIRECTA.*
*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Centros Asistenciales. Adquisición de elementos para ellos.*
*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Información del INCOMEX*
*Ver: Protección a la industria y al trabajo nacionales.*
*Extractos página 360.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., quince de mayo de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Eduardo Suescún Monroy.*

Referencia: Consulta Nº 021.

El señor Ministro de Desarrollo Económico inicialmente, y luego el señor Ministro de Salud, en relación con la aplicabilidad de las normas del Capítulo X del Decreto 222 de 1983 a los contratos que se celebren en forma directa según concepto favorable del Consejo de Ministros, formulan la siguiente consulta:

"1º La facultad asignada al Consejo de Ministros para calificar las situaciones a que se refiere el artículo 43 del estatuto contractual conlleva la de permitir la omisión en el cumplimiento de las normas sobre protección a la industria y al trabajo nacionales, en la medida en que éstas últimas se han desarrollado por el estatuto atendiendo básicamente aquellos eventos en que deba abrise licitación?

"2º Si, por el contrario, el mandato del artículo 268 impera en los casos en que se autorice la contratación directa, puede el Gobierno Nacional, a través de la expedición de un decreto reglamentario de dicha norma, establecer la intervención del Incomex a efectos de darle cumplida aplicación al mismo artículo?"

Posteriormente el señor Ministro de Salud, con el ánimo de proporcionar más elementos de juicio sobre la cuestión constultada, planteó algunos hechos que se resumen así:

El Ministerio de Salud solicitó concepto favorable con el fin de dotar elementos mínimos a los centros asistenciales de salud ubicados en las zonas de frontera.

Vista la emergencia de esta dotación, el Consejo de Ministros en la sesión del 25 de septiembre de 1984 autorizó la contratación directa, condicionándola a la obtención de crédito externo. Al efecto, se gestio-

nó un crédito con el gobierno español y se celebró con dicho gobierno un contrato de adquisición de las dotaciones médicas hospitalarias.

Dentro de la lista de elementos objeto de esa contratación, se incluyeron plantas eléctricas y equipos de lavandería, que según concepto del Incomex, se producen en Colombia. "Pero ante la carencia de recursos financieros y en consideración a que se trataba de elementos primordiales para la prestación elemental de servicios de salud, se incluyeron en el contrato".

*La Sala considera y responde*:

1. En Colombia, la protección a la industria y al trabajo nacionales es principio fundamental de la contratación administrativa. Responde a una política de desarrollo económico y social del país y está contenido en el artículo 268 del Decreto 222 de 1983.

Dicho principio es de aplicación general: rige para todas las contrataciones que realicen las entidades del orden nacional (Art. 268 *ibídem*) y las del orden departamental, municipal y del Distrito Especial (Decreto 1356 de 1984). Consiste en dar preferencia al trabajo nacional frente a la oferta de los mismos bienes y servicios de procedencia extranjera.

Al efecto, el Decreto 222 de 1983 establece en forma expresa la existencia de distintos mecanismos: La prohibición general de excluir la presentación de propuestas de bienes y servicios de origen nacional (Art. 270); la determinación de un componente nacional mínimo en toda oferta de bienes extranjeros (Art. 274); la exigencia de informe previo del Incomex, para abrir licitaciones en que puedan concurrir bienes de origen extranjero (Art. 271); la desagregación del objeto de los contratos, a cargo de la entidad contratante, cuándo se trate de adquirir bienes de procedencia extranjera (Art. 273), y el derecho de los empresarios nacionales de solicitar la modificación del pliego de condiciones o el fraccionamiento de la licitación, cuando consideren posible hacer ofertas similares (Art. 277); los criterios o márgenes especiales para la comparación de las propuestas (Arts. 278, 279 y 284); la prohibición de celebrar empréstitos que impliquen la adquisición de bienes o servicios de procedencia específica, salvo cuando se trate de convenios suscritos con entidades gubernamentales de crédito o con instituciones financieras internacionales de carácter público (Arts. 276 y 286). El régimen de preferencia para la ingeniería y la consultoría nacionales (Arts. 107 y 126-129) y el régimen de exclusividad para los contratistas nacionales de radio y televisión (Arts. 199 y 203) y para los buques colombianos, en el transporte de carga, hasta un 50% (Decreto 1208 de 1969).

Como puede verse, el ordenamiento legal busca, por los anteriores medios, dar aplicación sistemática al principio de protección a la industria y al trabajo nacionales, en forma de asegurar su verdadera eficacia en toda la gama de la contratación administrativa.

2. Dentro de esta preceptiva, resulta lógico entender que la información previa del Incomex acerca de si los bienes por adquirir se producen en el país y sobre la cual el artículo 272 diseña un procedimiento

para los contratos por licitación, no es exclusiva para esta clase de contratos. En efecto, la exigencia de la información del Incomex es aplicable a todos los contratos administrativos, incluidos los celebrados en forma directa, dado que dicha información resulta indispensable para la efectividad del referido principio del artículo 268 y dado que en ellos, las entidades contratantes tienen una mayor facultad de discrecionalidad para elegir al contratista, limitada sólo por los principios de interés general del Estado.

Establecida esta prescripción general de protección a la industria y al trabajo nacionales, la primera obligación que surge para las entidades contratantes —sin necesidad de norma expresa—, es la de obtener información sobre la existencia y características de los bienes y servicios objeto de esa protección. Obligación que deben cumplir todas las entidades contratantes, bien que se trate de celebrar contratos por la vía directa o por la vía de la licitación.

Explícitamente el legislador se ocupó de esta obligación sólo en relación con los contratos por licitación y, lo hizo así, por considerarlo necesario, dado el carácter modificatorio que adquiere este principio de la protección a la industria y al trabapjo nacionales en el campo de la contratación por licitación, regulada con el criterio de asegurar la igualdad de trato a los contratistas.

Así, esta obligación de información previa para las entidades contratantes sobre los bienes y servicios existentes en el país, está implícita en el artículo 268. El artículo 272, en verdad, sólo se limita a hacer énfasis en ella y a señalarle un trámite dentro del procedimiento de licitación.

3. En cuanto a la facultad que tiene el Consejo de Ministros para sustituir el sistema de contratación por licitación por el de contratación directa ante circunstancias de emergencia por necesidades de orden público, seguridad nacional o calamidad pública o ante la inminente paralización, suspensión o daño de un servicio público (Art. 43, numerales 16 y 22), es una facultad referida sólo a la calificación de esas circunstancias y al consiguiente cambio de la modalidad para contratar. Nada más. Dicha calificación y la autorización para contratar por la vía directa no afecta, ni menos aún deroga los principios y reglas propios de la contratación administrativa. Esta se orienta por fines de interés público y entre estos figura justamente el de dar preferencia a los bienes y servicios de origen nacional.

El cumplimiento de este principio en la contratación directa en nada contradice la rapidez que demanda su celebración, dado que en esta contratación la información del Incomex no tiene trámite alguno y que, por lo tanto, no puede estar sujeta a demoras oficiales, máxime cuando según el concepto del Consejo de Ministros, se trata de un caso de urgencia o de emergencia.

4. Dado que la exigencia de la información previa del Incomex está implícita en el artículo 268 tal como se anotó anteriormente, resulta procedente la expedición de una norma reglamentaria que en forma sencilla y clara consagre su cumplimiento en el campo de la contrata-

ción directa. De esta manera, no habrá equívoco posible con relación a este requisito previo a toda contratación.

5. Finalmente, en el caso concreto que se plantea, de contratos celebrados para adquirir elementos de dotación de Centros Asistenciales en que se incluyeron algunos bienes que se producen en el país, debe tenerse en cuenta que si dichos contratos se suscribieron con entidades gubernamentales de crédito o con entidades financieras internacionales de carácter público, quedaron dentro de la salvedad prevista por el artículo 268 del estatuto nacional de contratación. Es esta última norma y no la modalidad de la contratación directa, la que sitúa el caso por fuera de las reglas generales de que se ha hecho mérito.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta formulada por los señores Ministros de Desarrollo Económico y de Salud Pública.

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*DIVISAS DECOMISADAS EN OPERATIVOS CONTRA EL NARCOTRAFICO.*

*Decomisadas dichas divisas, sólo procede su confiscación por estar fuera del comercio, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 2ª de 1984 y su destinación definitiva, de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Ley 30 de 1986, en beneficio de las entidades estatales y privadas que se ocupan de la prevención y represión del tráfico de drogas y de la rehabilitación de los farmacodependientes.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta, Radicación Nº 036.

El señor Ministro de Salud, en oficio Nº 14171, somete a consideración de la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"Han sido políticas del Gobierno Nacional, por una parte, estimular el rechazo de las gentes a la drogadicción y al narcotráfico, destinando los bienes que se obtienen de las Campañas del Estado en esos campos, a la represión y prevención de tan funestas actividades para la salud de los colombianos y el bienestar de la Nación, y por otra, dar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de cuantos recursos físicos y financieros sea posible, para que pueda irrigar su acción de promoción a la familia y de protección al menor por todo el territorio nacional.

Es así, como diferentes disposiciones legales se orientan y se aplican a uno y otro propósito.

Sin embargo, con ocasión de la expedición de la Ley 30 de 1986, se ha presentado un cruce de las normas para los estupefacientes y para el ICBF, que podría llevar a conflictos que al Gobierno le interesa precaver.

De acuerdo con las disposiciones legales anteriores a la Ley 30 de 1986, al Consejo Nacional de Estupefacientes le eran confiados o asignados los bienes que taxativamente enumeraban los artículos 1º y 2º del Decreto 2665 de 1984.

Sin embargo, con el artículo 47 de la Ley, al parecer, la enumeración dejó de ser taxativa, como se desprende del texto que me permito transcribir:

"Los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y *efectos* provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o entidades de beneficio común instituídas legalmente, darlos en arriendo o depósito. Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslaticio del dominio, el Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho. Los beneficios obtenidos se aplicarán a la prevención y represión del tráfico de tales drogas y a la rehabilitación de los farmacodependientes, bajo control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Excepcionalmente, podrá ordenarse por el funcionario del conocimiento, la devolución de los bienes o el valor de su remate, si fuere el caso, a terceras personas, si se prueba plenamente dentro del proceso, que no tuvieron participación alguna ellos, en el destino ilícito dado a esos bienes.

La providencia que ordene la devolución a que se refiere este artículo, deberá ser consultada y sólo surtirá efectos una vez confirmada por el superior".

Lo anterior, porque la palabra efectos que me he permitido subrayar en la transcripción, es genérica y podría incluir varias especies.

Por consiguiente, el Gobierno desea discernir por conducto de la consulta que la honorable Sala se servirá absolverle, si en ese término, efectos, deben incluirse las divisas que se decomisen en las operaciones contra el narcotráfico y si esas divisas deben en consecuencia seguir el régimen que bajo la vigencia de las normas anteriores se le daba a los dineros decomisados.

Cabe anotar que se había distinguido entre dineros y divisas porque estas últimas no tienen poder liberatorio ni curso legal en Colombia como sí lo tiene el dinero nacional. Además, los Tribunales venían reconociéndole a las divisas, su condición de bienes mostrencos y adjudicándolas al ICBF como tales.

En abono de la posición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que reclama la condición de mostrencos de dichas divisas, milita el argumento que la condición de mostrencos de tales bienes se deriva de la circunstancia que ellos encajan en la definición respectiva del Código Civil, a saber: Son bienes que sí han tenido dueño por cuanto en algún momento se pusieron en circulación en el país que los emitió; pero que dicho dueño los ha abandonado, ya que las personas en cuyo poder se han encontrado, han negado que les pertenezcan.

Para concretar a la Sala los términos de la consulta a que me he venido refiriendo, la sintetizo así:

Debe entenderse que las divisas decomisadas en operativos contra el narcotráfico han sido destinadas por la ley al Consejo Nacional de Estupefacientes para la prosecución de dichas operaciones; o por el contrario, dichas divisas son bienes mostrencos y por consiguiente debe iniciarse ante los Tribunales competentes el proceso de su declaratoria, para que sean adjudicados al ICBF".

*Considera la Sala*:

Se vincula el fundamento de la consulta a disposiciones del Decreto Legislativo 2665 de 1984, que en su artículo 1º atribuyó al Consejo Nacional de Estupefacientes la destinación de "muebles, equipos y demás cosas donde se almacene, conserve, fabrique o elabore, venda o suministre a cualquier título '...gasolina, explosivos o elementos químicos tales como acetona, éter, ácido sulfúrico, ácido clorhídrico, solventes, disolventes, carbonato liviano y otros similares empleados en la fabricación de sustancias susceptibles de producir adicción síquica o física' ".

Dispuso, así mismo, el artículo 2º de dicho Decreto:

"Los dineros decomisados y las multas que fueren impuestas a los infractores de los Decretos 1188 de 1974, y 1060 de 1984, serán consignados en la cuenta del Fondo Rotatorio de Estupefacientes para el cumplimiento de sus objetivos".

"Los alimentos, víveres y medicinas que se encontraren en el lugar de la comisión de las contravenciones previstas en el artículo primero, literal b) del Decreto 1041 de 1984, así como en el lugar de las infracciones de los Decretos 1188 de 1974 y 1060 de 1984, serán puestas a disposición del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que corresponda por jurisdicción del lugar donde se cometió el hecho". (Art. 3º, Decreto 2665 de 1984).

Por su parte, el artículo 5º del Decreto Legislativo 1060 de 1984, tenía previsto:

"Los muebles, equipos y demás cosas donde se almacene, conserve, fabrique o elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana, cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica, lo mismo que los vehículos y demás medios de transporte utilizados para la comisión de los delitos descritos en este Capítulo, serán decomisados, y el Gobierno, por Resolución Ejecutiva, podrá destinarlos al servicio de una entidad oficial, según criterio del Consejo Nacional de Estupefacientes, o rematarlos. Bajo el control y vigilancia del Consejo Nacional de Estupefacientes, los beneficios obtenidos se aplicarán a la represión del tránsito de tales drogas o sustancias y a la rehabilitación de los farmacodependientes".

"Excepcionalmente podrá ordenarse la devolución de los vehículos y demás medios de transporte a terceras personas que, mediante plena prueba, acrediten que a pesar de la suma diligencia y cuidado por ellas puestos, no pudieron conocer el destino ilícito dado a sus bienes".

Concordancia forzosa de las disposiciones transcritas resultaba la del artículo 37 de la Ley 2ª de 1984, conforme al cual "el artículo 110 del Código Penal quedará así:

"Comiso. Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o que provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado a menos que la ley disponga su destrucción". Y la del artículo 727 del Código de Procedimiento Penal sobre destino de las cosas secuestradas, que expresa:

"Las cosas secuestradas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 350 *se mantendrán depositadas en cuanto sea necesario para los fines del proceso.*

"Terminado el proceso, se entregarán a las autoridades correspondientes si se hubiere ordenado su confiscación; en caso contrario, se destinarán para el pago de las sumas que deba cubrir el procesado por razón de daños y perjuicios, multas, costas, etc ".

Y resultan también concordantes las citadas normas de las que sobre la materia adoptó la Ley 30/86, en sus artículos 43, 47, 48 y 49, en sustitución de las atrás transcritas (Arts. 1º del Decreto 1041 de 1984, artículo 5º del Decreto 1060 de 1984, 2º y 3º del Decreto 2665 de 1984), y desde luego, en sustitución del Decreto 1188 de 1974 anterior estatuto nacional de estupefacientes.

Las concordancias anotadas permiten a la Sala entender como decomiso de "dineros y efectos", el de divisas provenientes de la ejecución de los delitos descritos en el Capítulo V de la Ley 30 de 1986, con la circunstancia adicional de la confiscabilidad de las divisas, por estar restringida su negociación y posesión a las operaciones autorizadas por el Decreto-Ley 444 de 1967, o sea, la venta al Banco de la República o el canje por Certificados de Cambio, según el caso.

De tal modo que decomisadas dichas divisas, como "dineros" provenientes de la ejecución de un delito, sólo procede su confiscación por estar fuera del comercio, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 2ª de 1984 y su destinación definitiva, de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Ley 30 de 1986, en beneficio de las entidades estatales y privadas que se ocupan de la prevención y represión del tráfico de drogas y de la rehabilitación de los farmacodependientes.

Garantizados legalmente el goce y disposición *exclusivos* en favor del Estado, de los dineros o efectos provenientes de la ejecución de un delito, decomisados y confiscados dentro del respectivo proceso penal y sustraídos en cuanto tales, a cualquier otro modo de adquisición, se excluye la posibilidad de considerar mostrencos, es decir, "sin dueño aparente o conocido", dichos dineros o efectos, y la de reconocer procedencia a una acción por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el sentido de que judicialmente así se declaren y adjudiquen.

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

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*PROTECCION A LA INDUSTRIA NACIONAL. SENTENCIA. Ejecutoriedad.*

*El Decreto 1356 de 1984, aunque fue declarado nulo por sentencia de octubre 22 de 1985, aún se encuentra vigente para todos los efectos jurídicos, porque esa decisión no está ejecutoriada.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 039.

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

"1º En años anteriores diversas entidades del Estado celebraron contratos de construcción de obra y de suministro de bienes muebles que, conforme a sus cláusulas, se regían por el Decreto 2248 de 1972, sobre protección a la industria nacional.

"2º El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1356 de 1984 que, en forma expresa, derogó el citado estatuto 2248 de 1972.

"3º El honorable Consejo de Estado anuló la vigencia del Decreto 1356 de 1984 por considerarlo contrario a la Constitución y a la ley.

"4º En la medida en que el Decreto 1356 de 1984 había derogado expresamente el Decreto 2248 de 1972, surgió una duda sobre si este último Decreto revivió o, por el contrario, es de obligatoria aplicación el mandato del artículo 14 de la Ley 153 de 1887.

"5º Es de anotar que los contratos a que se refiere el punto primero que se sometieron al Decreto 2248 de 1972, siguen vigentes y se están ejecutando.

"Frente a lo anterior, pregunto a la honorable Sala:

"1º La anulación del Decreto 1356 de 1984 hizo revivir el Decreto 2248 de 1972?

"2º Si la respuesta a la anterior pregunta fuere negativa, los contratos a que se refiere la presente consulta deben seguir sometidos al Decreto 2248 de 1972 en la medida en que así lo dispusieron sus cláusulas?

"3º En el evento en que esa honorable Corporación conceptúe sobre la inexistencia del tantas veces citado Decreto 2248, cuál norma sería aplicable a las entidades territoriales en cuanto a la protección a la industria nacional?"

*La Sala considera y responde*:

1º El Decreto 1356 de 1984, según copia informal de la correspondiente sentencia, fue declarado nulo el 22 de octubre pasado por la Sección Primera de esta Corporación. Sin embargo, por haber desaparecido el expediente en los días 6 y 7 de noviembre de 1985, según informe del Secretario de la mencionada sección, es imposible verificar si esa providencia se encuentra o no ejecutoriada.

2º Por consiguiente, de conformidad con el artículo 9º del Decreto 3825 de 1985, es menester solicitar, para definir la incertidumbre, que la Sección Primera autentique la copia informal de la mencionada sentencia y disponga su notificación.

3º Lo expuesto significa que el Decreto 1356 de 1984, aunque fue declarado nulo por la referida sentencia de la Sección Primera, aún se encuentra vigente, para todos los efectos jurídicos, porque esa decisión no está ejecutoriada.

No hay constancia en el Consejo de Estado acerca de si se dispuso o no la suspensión provisional del mencionado acto; pero, en caso positivo, como la sentencia no está ejecutoriada, esa medida cautelar subsistiría hasta la actualidad. Este aspecto puede verificarse mediante la comprobación de si se recibió o no en el Ministerio de Desarrollo Económico comunicación de la Sección Primera del Consejo de Estado relativa a la suspensión provisional del mencionado acto.

4º Desde la fecha en que surta efectos la sentencia proferida por la Sección Primera el 22 de octubre de 1985, mediante la cual declaró la nulidad del Decreto 1356 de 1984, ipso facto recobrarán vigencia los Decretos 2248 de 1972 y 1820 de 1977, derogados expresamente por el acto declarado nulo. Cualquiera que sea el efecto que se dé a la referida sentencia, la conclusión es la misma: recobran vigencia las normas derogadas o sustituídas por el acto anulado.

Transcríbase, en sendas copias autenticadas, al señor Ministro de Desarrollo Económico y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

*Eduardo Suescún Monroy*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*AUXILIO DE TRANSPORTE.*
*1. Creación. 2. Qué cubre? 3. A quién se reconoce? 4. Se incorpora al salario? 5. Legislaciones habidas y existentes.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., veintisiete de mayo de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 027.

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

"En mi calidad de Ministro de Trabajo y Seguridad Social, me dirijo a usted muy respetuosamente, con el fin de conocer su autorizado concepto acerca de la aplicabilidad y vigencia de la reglamentación que sobre el auxilio de transporte se ha dictado.

*Antecedentes legislativos:*

"1. Ley 15 de 1959: Creación del auxilio patronal de transporte.

"2. Decreto 1258 de 1959: 'Por el cual se reglamenta la Ley 15 de 1959 sobre intervención del Estado en el transporte' y 'Creación del Fondo de Subsidio de Transporte'.

"3. Ley 1 de 1963, artículo 7, se incorpora al salario para efectos de la liquidación de prestaciones, el auxilio de transporte.

"4. Decreto 25, de enero 9 de 1963: 'Por el cual se reglamenta la Ley 15 de 1959, sobre intervención del Estado en el transporte.

"5. Decreto 237 de 1963. 'Por el cual se señala la fecha de vigencia de los Decretos 24 y 25 del 9 de enero de 1963, y se dictan otras disposiciones'.

"6. Decreto 1072 en donde se fijó el pago obligatorio del auxilio de transporte para algunas ciudades.

"*Consulta*: El Decreto 1258 de 1959, reglamentario de la Ley 15 de 1959, que creó el auxilio patronal de transporte, hace alusión a varios factores que se deben tener en cuenta para efectos del pago de tal auxilio.

"Son ellos:

"a) La distancia existente entre el sitio de trabajo y el lugar de residencia del trabajador, la cual debe ser de mil metros o más para tener derecho al pago;

"b) El suministro por parte del patrono del servicio de comedor al trabajador, en el lapso que divide la jornada para tomar el alimento;

"c) La movilización del trabajador desde su residencia al sitio de trabajo, asumida por el patrono.

"De otra parte, el artículo 2º del Decreto 1072 de 1967, fijó el pago del auxilio de transporte en forma obligatoria para 'Bogotá, Medellín, Barranquilla, Cali, Armenia, Barrancabermeja, Bucaramanga, Buga, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Montería, Neiva, Pereira, Popayán, Palmira, Santa Marta, Sevilla, Tuluá y Villavicencio'.

"Con fecha 25 de noviembre de 1983, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, produjo sentencia en la cual consideró tácitamente derogado el inciso 2º, del artículo 5º, del Decreto 1258 de 1959; y en la *motivación* de la misma sentencia alude a la derogatoria tácita de otros artículos del mismo Decreto como sería el artículo 4º, del mismo.

"Lo anterior nos induce a suponer que con el mismo criterio podrían considerarse tácitamente derogados los demás artículos del Decreto Reglamentario el pago del auxilio cuando el patrono presta el servicio de comedor y cuando asume la movilización de sus trabajadores desde su residencia al sitio de trabajo.

"Por último, hay situaciones en que las necesidades de transporte del trabajador desaparecen, como serían los períodos de vacaciones, licencias por maternidad, incapacidad por enfermedad, así como en el sector rural o municipios o corregimientos, donde no existe servicio de transporte público.

"En conclusión: Es necesario obtener claridad con respecto a si el auxilio de transporte puede considerarse como una sobreremuneración para aquellos trabajadores cuya remuneración mensual está dentro del tope salarial establecido en los últimos decretos quel lo regulan; si todavía están vigentes limitantes a ese derecho; como también, si las exoneraciones por parte de las autoridades administrativas aludidas en el artículo 3º de la Ley 25 de 1963 son necesarias para acogerse a las excepciones previstas en los artículos cuestionados".

*La Sala considera y responde*:

1º El artículo 2º de la Ley 15 de 1959 estableció "a cargo de los patronos, en los municipios donde las condiciones del transporte así lo requieran, a juicio del gobierno, el pago del transporte desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo, para todos y cada uno de los trabajadores cuya remuneración no exceda de mil quinientos pesos ($ 1.500.oo) mensuales". También autorizó al gobierno para prescribir exoneraciones, totales o parciales, y para graduar el pago "por escala de salarios, o número de trabajadores, o monto del patrimonio del respectivo taller, negocio o empresa". El valor del "auxilio de transporte" debe cubrir "los pasajes que requiera el trabajador, según el horario de trabajo establecido por el patrono", y se calcula sobre "el valor del pasaje en vehículos colectivos del servicio urbano, según la necesidad de transporte de cada trabajador" (Art. 3º); pero el patrono puede prestar

gratuitamente este servicio al trabajador y quedar exonerado de la obligación (Art. 4º).

2º El Decreto 1258 de 1959 reglamentó el auxilio de transporte y dispuso, de acuerdo con la Ley 15 de 1959, que se lo debía reconocer a los trabajadores dependientes, con salarios no superiores a $ 1.500.oo, que residieran o trabajaran en las ciudades que mencionaba (Art. 2º); que se lo tenía que pagar con base en la tarifa más baja del servicio urbano de transporte público (Art. 3º), y que sólo se lo debía reconocer si el trabajador residía a una distancia de mil metros o más del lugar de trabajo, en los días que el trabajador prestara servicio al patrono, por "el número de viajes que tuviere que hacer para ir al lugar del trabajo y retirarse de él, según el horario de trabajo"; pero que si fuera necesario tomar dos o más vehículos en cada viaje, el patrono sólo debía cubrir el valor de uno de ellos (Arts. 4º y 5º).

Si el patrono presta el servicio de comedor y el trabajador toma en él la alimentación, no tiene derecho al auxilio de transporte "en el intervalo" que divida la jornada de trabajo (Art. 6º). Si el salario es variable, se le determina por el promedio de lo devengado en el mes anterior, o en el tiempo servido, si no alcanza al mes; pero, si existen dos o más contratos de trabajo, la remuneración se determina mediante la acumulación de los salarios correspondientes a todos ellos; sin embargo, en este último caso, la obligación de cada patrono se determina "teniendo en cuenta la necesidad de movilización" que cada contrato implique para el trabajador (Arts. 8º y 9º). Si el patrono presta gratuitamente el servicio de transporte al trabajador, directamente o por medio de terceros, puede señalar rutas, pero debe pagar el auxilio de transporte si la residencia del trabajador "dista más de mil (1.000) metros del punto más cercano de la ruta" (Art. 10).

3º El artículo 7º de la Ley 1ª de 1963 subrogó el parágrafo del artículo 2º de la Ley 15 de 1959 en cuanto dispuso que se considera "incorporado al salario, para todos los efectos de liquidación de prestaciones sociales, el auxilio de transporte decretado por la Ley 15 de 1959".

4º El Decreto 1258 de 1959 fue modificado por los Decretos reglamentarios 25 y 237 de 1963, en cuanto dispusieron que desde el 5 de febrero de este año los trabajadores oficiales y particulares, con salarios mensuales que no excedan de $ 1.500.oo en Bogotá, Medellín, Barranquilla y Cali tendrán derecho a percibir $ 30.oo por concepto de auxilio de transporte; y los de Armenia, Barrancabermeja, Bucaramanga, Buenaventura, Buga, Cartago, Cartagena, Cúcuta, Girardot, Ibagué, Montería, Manizales, Nieva, Pereira, Popayán, Pasto, Palmira, Santa Marta, Tuluá, Villavicencio y Sevilla, por el mismo concepto, $ 25.oo mensuales (Art. 1º, Decreto 237 de 1963). El Decreto reglamentario 1072 de 1967 modificó a la vez las normas anteriores porque aumentó el valor del auxilio de transporte, desde el 15 de junio de 1967, en las primeras ciudades indicadas a $ 40.oo y en las segundas a $ 35.oo mensuales (Arts. 1º y 2º). Reitero, además, como era apenas obvio, que los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 15 de 1959 quedaban vigentes (Art. 3º del Decreto 1072 de 1967); pues, como Decreto reglamentario, no podía ampliar ni restringir ni menos modificar la Ley 15 de 1959, sino disponer las medidas necesarias para faciliar su ejecución.

5º Los Decretos 3409 de 1981 y 2721 de 1984 modificaron los Decretos antes mencionados en cuanto dispusieron, respectivamente, que el auxilio de transporte se reconocerá a los trabajadores que devenguen "un salario mensual hasta dos veces el salario mínimo", en cuantías de $ 525.oo y $ 1.350.oo mensuales. La última suma es la actualmente vigente.

6º Lo expuesto significa que el Decreto reglamentario 1258 de 1959 fue modificado por los Decretos 25 y 237 de 1963; y que éstos, a la vez fueron reformados por el Decreto 1072 de 1977. Finalmente los Decretos 3409 de 1981 y 2721 de 1984, modificaron los mencionados reglamentos en la forma antes indicada. Sólo quedaron vigentes las disposiciones del Decreto reglamentario 1258 de 1959 que son compatibles con las indicadas reformas.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Trabajo y Seguridad Social y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo,* Ausente con excusa;

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*JORNADA LABORAL DEL PERSONAL TECNICO AERONAUTICO.*

*1. Determinación de las condiciones generales de la jornada laboral en dicho sector.*

*2. Empleos de media jornada.*

*3. Compensación de la jornada del sábado.*

*4. Trabajo realizado el día sábado.*

*5. Asignación básica.*

*6. Modificación en la planta de personal. Incidencia*

*7. Regulación excepcional sobre la jornada laboral diaria.*

*8. Sistema de turnos.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., doce de junio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 040.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, envía a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"...Sometemos a consideración de la honorable Sala por usted presidida, la consulta sobre jornada de trabajo de quienes laboran habitualmente en las áreas técnicas por el sistema de turnos en el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

*Antecedentes:*

1. El Decreto 426 de 1952, dice: "Artículo 1, modifícase el artículo 3 del Decreto 2058 de 1951, ....La jornada laboral diaria de los Radiooperadores de las Empresas de Aviación Comercial será de seis (6) horas continuas en las estaciones centrales de intenso movimiento aéreo".

En esa época los radioperadores dependían de la Empresa "Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca)".

2. La Resolución Nº 18 del 21 de diciembre de 1966 de la Empresa Colombiana de Aeródromos (ECA), en su artículo 7, dice: "La jornada de trabajo en la Empresa, será de 48 horas, salvo excepciones que en este mismo reglamento se cumplan: 1º Para los Radiooperadores de las estaciones de movimiento intenso de los siguientes aeropuertos: Eldorado, Barranquilla, Medellín y Cali la jornada será de seis (6) horas diarias".

3. El Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en uso de las facultades legales y en particular las que le confirió el Decreto 1870 de octubre de 1970, expidió la Resolución Nº 2631 del 31 de octubre de 1973, que dice en su artículo 1º: "La jornada de trabajo del personal que integra la División de Servicios de Aeronavegación, será como sigue:

a) Los operadores de equipos de transmisión que desempeñen funciones de Radioperador y los Controladores de Tránsito Aéreo en cuyas labores se precisa de auriculares, será de seis (6) horas diarias y hasta de treinta y seis (36) a la semana, en las siguientes Estaciones Centrales de intenso movimiento aéreo: Bogotá, Barranquilla, Cali y Medellín.

b) La jornada para el personal de las citadas estaciones centrales de intenso movimiento aéreo no comprendido en el ordinal anterior cuando sea continua será de siete horas diarias y hasta de cuarenta y dos (42) a la semana.

c) La jornada para el personal de las demás estaciones: Operadores de Equipo de Transmisión, Radioperadores, Operadores de Teletipo, Controladores de Tránsito Aéreo, Técnicos Electricistas, Técnicos de Radio, Técnicos Mecánicos, Supervisores de Tránsito Aéreo, Supervisores de Comunicaciones, Personal Auxiliar y Mensajeros, cuando sea continua será de siete (7) horas diarias y hasta de cuarenta y dos (42) a la semana..."

4. La Resolución Nº 0993 de mayo de 1975, modificó y adicionó, la 2631 de 1973 y especifica en su artículo único: "...La jornada laboral diaria de los Operadores de Equipos de Transmisión, Radioperadores, Controladores de Tránsito Aéreo, Operadores de Sonido y de Teléfonos en las estaciones de intenso movimiento aéreo de Bogotá, Barranquilla, Cali, Medellín, Cartagena, San Andrés (Isla), será de seis (6) horas continuas y hasta de treinta y seis (36) a la semana..."

5. Con Resolución Nº 07767 del 29 de noviembre de 1979, se dictan normas sobre el cumplimiento del horario y habla en su artículo 21: "...La jornada de trabajo para los Controladores de Tránsito Aéreo y Radioperadores, será de seis (6) horas diarias, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2334 de 1977..."

Parágrafo: "Para los empleados no contemplados en el artículo anterior, la jornada de trabajo será de ocho (8) horas diarias, a excepción de los Auxiliares de Plantas Eléctricas cuya jornada diaria de trabajo es de doce (12) horas..."

6. La Resolución Nº 10377 del 31 de octubre de 1985, en su artículo 5, estipula: "...Los Controladores de Tránsito Aéreo laborarán jornadas de seis (6) horas diarias conforme al artículo del Decreto 2334 de 1977".

7. El Decreto 2334 de 1977, artículo 37 en su parte final estipula: "...La jornada diaria de trabajo de las personas que desempeñan el empleo de Controladores de Tránsito Aéreo es de seis horas..."

8. El Decreto 1310 de 1978, en su artículo 2, modificó el artículo 2 del Decreto 2334 de 1977 así: "...De las áreas que conforman el sector de Servicios Técnicos Aeronáuticos:

"Control de Tránsito Aéreo e Información Aeronáutica.

Comunicaciones Aeronáuticas.

Control Técnico Aeronáutico y Seguridad Aérea.

Ingeniería Mecánica, Eléctrica y Aeronáutica".

9. El Decreto 1042 del 7 de junio de 1978 por el cual establece el sistema de Nomenclatura y Clasificación de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas especiales del orden nacional, en su artículo 33, especifica: "...*La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto,* corresponden a jornadas de CUARENTA Y CUATRO HORAS SEMANALES. A los empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, podrá señalárseles una jornada de doce horas diarias, sin que en la semana exceda de 66 horas. Dentro del límite máximo fijado en este artículo, *el jefe del respectivo organismo* podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras..." (El subrayado es nuestro).

10. El artículo 104 del mismo Decreto 1042 de 1978, dice que "Las normas del presente Decreto no se aplicarán *a las siguientes personas, cuya remuneración se establecerá en otras disposiciones* ...(f) *A los empleados del sector Técnico Aeronáutico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil...*"

11. El Decreto 1310 de 1978 en su artículo 3, evidentemente fijó las escalas de REMUNERACION para los empleos del sector Técnico Aeronáutico del Departamento, en concordancia a las excepciones contempladas en los artículos 33 y 104 (literal f) del Decreto-Ley 1042 de 1978.

*Con base en lo anterior*:

1. El Decreto 2334 de 1977, al no legislar sobre el resto de sectores que conforman el área técnica en lo que respecta a la jornada laboral, derogó lo contemplado en el Decreto 426 de 1952, Resoluciones 2031 de 1973 y 0993 de 1975, *que sí contemplaban a estos sectores?*

2. Igualmente, la Resolución 10377 de 1985, que tampoco reglamentó sobre los otros empleos del Sector Técnico Aeronáutico, debe entenderse que deroga las Resoluciones mencionadas en el anterior interrogante?

3. Si el Decreto 1042 de 1978 que cobija a los empleados del Sector Técnico Aeronáutico, qué JORNADA LABORAL se debe implantar al personal que no esté contemplado en el artículo 37 del Decreto 2334 de 1977?

4. Considerando que el Decreto 2334 de 1977, artículo 37, sólo habla de los Controladores de Tránsito Aéreo y que el resto de funcionarios

que integran este sector contemplados en el Decreto 1310 de 1978, operan simultáneamente como un engranaje, pues, todos dependen entre sí para prestar un mejor servicio a la navegación aérea, es aplicable la Ley 153 de 1887, artículo 8: "...Cuando no haya leyes exactamente aplicables al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y reglas generales del Derecho: "Razón por la cual se extendería al artículo 37 del citado Decreto a los demás interrogantes del sector Técnico Aeronáutico?

5. Los empleos que no se encuentren relacionados en los Decretos 2334 de 1977 y 1310 de 1978, es decir, que no son considerados Técnicos Aeronáuticos, pero que *Laboran habitualmente por el sistema de turnos*, como son los Operadores de Sonido y Conmutador Telefónico, la JORNADA LABORAL DE 44 HORAS SEMANALES, comprende de lunes a domingo, incluyendo los festivos?

6. El hecho que el personal que presta sus servicios en el sector Técnico Aeronáutico, y los Operadores de Sonido y Conmutador Telefónico, LLEVEN MAS DE DIEZ (10) AÑOS laborando jornadas de seis horas diarias, implicaría un error o una COSTUMBRE, que establece derechos, por ser una repetición constante de acciones, por la convicción de éstos de su necesidad y obligatoriedad jurídica?"

*Considera la Sala:*

Por disposición del artículo 10º del Decreto-Ley 1310 de 1978, el Decreto-Ley 1042 de 1978 sirve de base para determinar las condiciones generales de la jornada laboral en el sector de servicios técnico-aeronáuticos, sin perjuicio de las normas fijadas por el Decreto-Ley 2334 de 1977. Así como ningún empleo de tiempo completo puede tener remuneración que no corresponda a la señalada en las escalas salariales (Art. 75, aparte b), no puede corresponder dicha remuneración a jornadas distintas de cuarenta y cuatro horas semanales. (Art. 33).

"Los empleos de media jornada se remunerarán en forma proporcional. Por ningún motivo se establecerán empleos cuya jornada de trabajo sea inferior a medio tiempo", según el artículo 21, penúltimo inciso, del Decreto 1042. Para los efectos del mismo Decreto "se entiende por empleos de medio tiempo, los que tienen una jornada diaria no inferior a cuatro horas". "A los empleados cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas intermitentes o de simple vigilancia, podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras. (Art. 33 *ibídem*).

Según el artículo 2º del Decreto-Ley 1310 de 1978, conforman el sector de servicios técnico-aeronáuticos del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil las siguientes áreas:

Control de Tránsito Aéreo e Información Aeronáutica;

Comunicaciones Aeronáuticas;

Control Técnico-aeronáutico y Seguridad Aérea;

Ingeniería Mecánica, Eléctrica, Electrónica y Aeronáutica.

La asignación básica mensual correspondiente a cada empleo del sector técnico-aeronáutico, está determinada por sus funciones y responsabilidades, así como por los requisitos exigidos para su ejercicio, según la denominación, la clase y el grado establecidos en el decreto que conforma su planta de personal.

Tal asignación básica corresponde *exclusivamente* a empleos de carácter permanente y de tiempo completo, conforme al artículo 3º del Decreto-Ley 0101 de 1986.

Las funciones específicas de los diferentes empleos de la planta de personal correspondiente al sector administrativo del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil y los requisitos mínimos para su ejercicio están descritos y señalados en el Manual de funciones expedido por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, mediante Resolución Nº 0324 de 11 de enero de 1985, refrendada por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

La planta de personal correspondiente al sector en referencia y a cuyos empleos debió corresponder la descripción de funciones y el señalamiento de requisitos para su ejercicio, comprende los siguientes asignados al Aeropuerto de Bogotá:

| DEPENDENCIA<br>Denominación del cargo | Nº de Cargos | Código | Grado | Pág. |
|---|---|---|---|---|
| Operario calificado (sonido) | 1 | 6000 | 09 | 389 |
| Operario calificado (conmutador) | 2 | 6000 | 08 | 394 |
| Operario calificado (sonido) | 2 | 6000 | 08 | 395 |
| Conmutador | 2 | 5105 | 10 | 400 |
| Operario calificado (conmutador) | 14 | 6000 | 07 | 407 |
| Operario calificado (sonido) | 5 | 6000 | 07 | 408 |
| Operario calificado (teleindicadores) | 3 | 6000 | 07 | 409 |

Ni la anterior identificación de empleos, ni la del área a que puedan pertenecer —Control de Tránsito Aéreo e Información Aeronáutica, Comunicaciones Aeronáuticas o Control Técnico Aeronáutico y Seguridad Aérea—, permiten asimilar rigurosamente a "Controladores de

Tránsito Aéreo", denominación mantenida en el Decreto-Ley 1310 de 1978, los empleos denominados genéricamente *"Operario Calificado"*, cuyas funciones implican manejo técnico de conmutador telefónico, equipo de sonido y teleindicadores.

Cuando se reforma total o parcialmente la planta de personal de un organismo y los nuevos cargos no son iguales a los de la planta anterior en su denominación, aunque sus funciones sean similares y no pueden afectarse las condiciones laborales de quienes venían ejerciéndolas, es, por supuesto, mínimo requisito el señalamiento de equivalencias con el fin de asegurar la conformidad de la nueva planta con las normas legales sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos.

Al respecto prescribe el artículo 2º, aparte c) del Decreto 1950 de 1973: "En la remuneración de los empleados o funcionarios públicos en igualdad de circunstancias, a igual trabajo debe corresponder igual remuneración". La observancia de este principio, cuyo enunciado también es válido en el sentido de que a igual remuneración debe corresponder igual trabajo, puede resultar comprometida si la reforma de una planta de personal omite señalar equivalencias entre los cargos cuya denominación cambia y los de la planta anterior. Como también si a la denominación nueva no se ajusta el manual descriptivo de empleos de cada organismo, o sea aquellos pertenecientes a su planta de personal, bajo la nomenclatura que utilice el respectivo decreto.

Resulta, por tanto, requisito básico de vigencia de una condición laboral de excepción, como la de los Controladores de Tránsito Aéreo, señalada exclusivamente hoy por el último inciso del artículo 37 del Decreto-Ley 2334 de 1977, transcrito en la consulta, que la denominación de tal cargo corresponda o tenga señalada su equivalencia con la de la planta de personal "fijada por el Decreto 2949 de diciembre 23/77, ajustado por la Resolución 4041 de agosto 4 de 1978 y modificado por el Decreto 2125 del 10 de agosto de 1981".

Ya había determinado esta Sala ante el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (Rad. 018, concepto del 13 de marzo de 1986, ponente doctor Jaime Betancur Cuartas), la imposibilidad de aplicar extensivamente a "todo el personal técnico aeronáutico" la excepción del artículo 37 del Decreto-Ley 2334 de 1977 por la interpretación restrictiva que tal norma impone. Y la sujeción consecutiva del cargo de Operario Calificado, que figura en el Manual de Funciones del Sector Administrativo del DAAC y comprende a los operadores de sonido y operadores de conmutador, a la jornada ordinaria o común que señala el artículo 33 del Decreto-Ley 1042 de 1978.

Frente a esta nueva consulta del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, que comprende la misma cuestión, la Sala reafirma el concepto emitido y responde así las restantes cuestiones propuestas.

1. Como regulación excepcional sobre jornada laboral diaria, reservada a la ley, la del artículo 37 del Decreto-Ley 2334 de 1977, última expedida y derogatoria de las anteriores, se limita exclusivamente a los términos de dicha norma: seis horas diarias para las personas que des-

empeñan el empleo de controladores de tránsito aéreo o su equivalente en la planta de personal del DAAC.

2. La Resolución del Jefe del DAAC, Nº 10377 de 31 de octubre de 1985 deroga disposiciones contrarias a las suyas, en especial la Resolución 7767 del 29 de noviembre de 1979 y la 4212 del 27 de junio de 1980.

3. El artículo 10º del Decreto-Ley 1310 de 1978 modifica el artículo 104 del Decreto-Ley 1042 del mismo año, en relación con este personal, en cuanto ordena aplicar éste a los empleados del sector técnico aeronáutico del DAAC, en aspectos que no regula. Por ello su jornada de trabajo es la prevista por el artículo 33 del Decreto 1042, con la excepción del artículo 37 del Decreto-Ley 2334 de 1977.

4. La aplicabilidad del artículo 33 del Decreto-Ley 1042 de 1978 a los empleados del sector técnico aeronáutico, excluye la aplicación del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, que procede cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido.

5. El desarrollo del sistema de turnos supone programación fuera de la jornada ordinaria de trabajo. Por eso su coincidencia con día de descanso remunerado y su habitualidad determinan derecho del trabajador al descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista por el artículo 39 del Decreto-Ley 1042 de 1976.

6. A partir de la expedición de la Resolución Nº 07767 del 29 de noviembre de 1979, nada justifica la inobservancia del parágrafo transcrito en la consulta que señaló jornada de trabajo de ocho (8) horas diarias para los empleados no comprendidos en el artículo 21.

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

Transcríbase en copia auténtica.

*Eduardo Suescún Monroy*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*PRIMA DE VACACIONES*

*1. Regulación para empleados oficiales. Normación.*

*2. Equivalencia.*

*3. ¿Cuándo debe pagarse? VACACIONES. ¿Cómo se conceden? Acumulación. Destitución sin goce de vacaciones.*

*4. Pérdida del derecho.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., veintitrés de junio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 047.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Comunicaciones hace a la Sala, en los siguientes términos textuales:

"Con fundamento en el artículo 141 de la Constitución Nacional, y en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, comedidamente y a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, me permito formular ante esa Corporación, la consulta cuyos términos expongo a continuación:

"Exfuncionarios del Ministerio de Comunicaciones desvinculados de la entidad por destitución de sus cargos en el mes de septiembre de 1983, reclaman el reconocimiento y pago de las correspondientes primas por dos períodos de vacaciones que tenían acumuladas en el momento de producirse la desvinculación.

"El artículo 30 del Decreto 1045 de 1978 establece: 'Cuando sin haber disfrutado de sus vacaciones un empleado se retirare del organismo al cual estaba vinculado por motivos distintos de destitución o abandono del cargo, tendrá derecho al pago de la correspondiente prima vacacional'.

"Nuestra consulta consiste en confirmar si de acuerdo con el artículo mencionado anteriormente los citados exfuncionarios pierden el derecho a la prima de vacaciones correspondiente al período 1982/1983, último año de servicio a la entidad, durante el cual fueron destituidos de sus cargos o pierden por las mismas razones los dos períodos que tenían acumulados a la fecha de la destitución.

"El motivo de la consulta tiende entre otras razones a establecer si para el presente caso es aplicable el principio de la favorabilidad para el empleado, que impera en el Derecho Laboral, ya que si es así,

solamente perderían el derecho a la prima de vacaciones por el período 1982/1983, año en el cual se produjo la destitución".

*La Sala considera y responde*:

1º Los artículos 24 y 25 del Decreto-Ley 1045 de 1978 reconocen a los empleados oficiales nacionales el derecho a percibir prima de vacaciones "equivalente a quince días de salario por cada año de servicio", siempre que no haya habido solución de continuidad en el mismo lapso, de conformidad con el artículo 10º *ibídem* que prescribe que "se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medie más de 15 días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad".

2º La prima de vacaciones debe pagarse, según el artículo 28 del Decreto-Ley 1045 de 1978, "dentro de los cinco días hábiles anteriores a la fecha señalada para la iniciación del descanso remunerado". La regla general consiste en que las vacaciones deben concederse, de oficio o a petición del interesado, "dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho a disfrutarlo" y sólo se permite acumularlas, hasta por dos años, si el aplazamiento se debe a necesidades del servicio (arts. 12 y 13 del Decreto-Ley 1045 de 1978). Si las vacaciones se acumulan, el valor de las primas debe pagarse, de acuerdo con el artículo 28 del Decreto-ley 1045 de 1978, dentro de los cincos días hábiles anteriores a la fecha de iniciación del descanso.

3º Sin embargo, si un empleado oficial no disfruta de las vacaciones anuales y, después de haber acumulado las correspondientes a dos períodos, es destituido, por causa de hechos sucedidos en el último año de servicio, se debe aplicar el artículo 30 del Decreto-ley 1045 de 1978 que prescribe que el emplado, por destitución o abandono del cargo, pierde el derecho a "la correspondiente prima de vacaciones". Pero, según el mismo precepto, en armonía con los artículos 24 y 25 del Decreto-ley 1045 de 1978, antes referidos, como el derecho a percibir prima de vacaciones se causa anualmente, el empleado sólo pierde el correspondiente al año en que se producen los hechos causantes de la destitución, porque se trata de una consecuencia directa de la sanción disciplinaria que no puede implicar la pérdida de un derecho debidamente constituido. Por consiguiente, en la hipótesis que contempla la consulta, los empleados a que se refiere no tienen derecho a percibir la prima de vacaciones correspondiente al período comprendido entre 1982 y 1983, año en que se produjeron los hechos que motivaron la destitución, pero debe pagárseles la causada regularmente en el año anterior.

Transcríbase a la señora Ministra de Comunicaciones y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, en sendas copias auténticas.

*Eduardo Suescún Monroy*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*COMITE OLIMPICO COLOMBIANO.*

*REGIMEN DISCIPLINARIO EN LA ACTIVIDAD DEPORTIVA.*

*(Cápitulo V. del Decreto 2845 de 1984 y Decreto Reglamentario 1421 de 1985).*

*1. Organismos dentro del régimen disciplinario.*

*2. No puede afirmarse la existencia de Tribunales Disciplinarios a nivel de divisiones, secciones o comisiones de las federaciones, porque la competencia para el ejercicio de la función disciplinaria, debe ser expresa.*

*3. COMITE OLIMPICO COLOMBIANO. Funciones. Diferencia entre este organismo y los demás organismos deportivos.*

*JUNTAS ADMINISTRADORAS SECCIONALES DE DEPORTES.*

*VER: INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE. EXTRACTOS PAGINA 286.*

*INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE.*

*Ingerencia en el manejo del régimen de personal y en el manejo financiero y de tesorería de las Juntas Administradoras Seccionales de Deporte. JUNTAS ADMINISTRADORAS SECCIONALES. Creación. Naturaleza. Régimen de contratación y administración de personal: DIRECTORES EJECUTIVOS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS. Nombramiento y remoción del personal de las Juntas.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., tres de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Eduardo Suescún Monroy.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 033.

La señora Ministra de Educación, somete a consideración de la Sala, la consulta elevada a ese Ministerio por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, COLDEPORTES, en relación con los siguientes puntos:

1. Si las divisiones, secciones o comisiones de las Federaciones que la ley las reputa como organismos deportivos, pueden tener Tribunales Deportivos, considerando lo siguiente:

a) El artículo 27 del Decreto 2845 contempla: "Cuando el presente Decreto se refiera a organismos deportivos, se entenderá por tales a los Clubes, Ligas y Federaciones Deportivas Nacionales. Las divisiones, secciones o comisiones especializadas, que correspondan a la organización

de Federaciones Deportivas Nacionales, se reputarán también organismos deportivos.

b) A su vez, el artículo 31 consagra la estructura que deberán tener los organismos deportivos, contemplando en su numeral: "De disciplina, mediante un Tribunal Deportivo".

c) De otra parte el artículo 56 del mismo Decreto consagra: "Se establecen los siguientes organismos dentro del régimen disciplinario:

"1. Tribunal Deportivo de los Clubes, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de Clubes, en primera instancia.

"2. Tribunal Deportivo de las Ligas, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de las Ligas en primera instancia, y de los recursos contra las decisiones del Tribunal Deportivo de los Clubes en segunda instancia.

"3. Tribunal Deportivo de las Federaciones, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de las Federaciones en primera instancia y de los recursos contra las decisiones del Tribunal Deportivo de las Ligas en segunda instancia.

"4. El Tribunal Nacional del Deporte, conocerá de los recursos contra las decisiones del Tribunal Deportivo de las Federaciones.

"Parágrafo: Los Tribunales Deportivos estarán integrados por tres miembros y el Tribunal Nacional por cinco, según lo determine el Gobierno Nacional".

Las Divisiones de tal naturaleza siempre han tenido Tribunales Deportivos, pues el artículo 105 del Decreto 1387 de 1970 los creó y reglamentó.

2. Si el Comité Olímpico Colombiano, para los efectos legales es organismo deportivo, considerando que:

El artículo 7º del Decreto 2845 de 1984 establece:

"De conformidad con los principios de la Carta Olímpica, el Comité Olímpico Colombiano reconocido por el Comité Olímpico Internacional, cumple funciones de interés público y social y como organismo deportivo tiene el poder de velar por el desarrollo y la protección del movimiento..."

El mismo Decreto en su artículo 27, dispone:

"Cuando el presente Decreto se refiera a organismos deportivos, se entenderá por tales a los Clubes, Ligas y Federaciones Deportivas Nacionales. Las Divisiones, secciones o comisiones especializadas, que corresponden a la organización de Federaciones Deportivas Nacionales, se reputarán también organismos deportivos".

Si bien el artículo 7º del mismo Decreto, lo califica como organismo deportivo el último artículo citado no lo contempla en su texto, razón por la cual solicitamos se conceptúe si el Comité Olímpico Colombiano es o no organismo deportivo.

3. De otra parte, la Ley 49 de 1983 creó las Juntas Administradoras Seccionales, determinando en su artículo 2º: "Las Juntas son unidades administrativas especiales del orden nacional, dotadas de Personería Jurídica y con patrimonio propio, subordinadas a los planes y controles del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte..."

Considerando lo anterior, se conceptúe sobre la ingerencia del Instituto en los siguientes aspectos:

a) Manejo del régimen de personal;

b) Manejo financiero y de tesorería.

*La Sala considera y responde:*

1. La cuestión disciplinaria en la actividad deportiva está regulada por el capítulo V del Decreto 2845 de 1984 y por el Decreto reglamentario 1421 de 1985.

Al tenor del artículo 56 del Decreto-Ley y del artículo 4º del decreto reglamentario sólo existen: el denominado tribunal nacional del deporte y los tribunales disciplinarios de los clubes, de las ligas y de las federaciones.

Así se deduce claramente del texto de las siguientes normas:

"Artículo 56. Se establecen los siguientes organismos dentro del régimen disciplinario:

"1. Tribunal deportivo de los clubes, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de clubes, en primera instancia.

"2. Tribunal deportivo de las ligas, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de las ligas en primera instancia, y de los recursos contra las decisiones del Tribunal Deportivo de los clubes en segunda instancia.

"3. Tribunal deportivo de las federaciones, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de las federaciones en primera instancia, y de los recursos contra las decisiones del tribunal deportivo de las ligas en segunda instancia.

"4. El Tribunal Nacional del Deporte, que será competente para conocer en única instancia sobre las faltas que el Director Ejecutivo del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (Coldeportes), someta expresamente a su consideración, en segunda instancia conocerá de los recursos contra las decisiones del Tribunal deportivo de las federaciones.

"Parágrafo. Los tribunales deportivos estarán integrados por tres miembros y el Tribunal Nacional del Deporte por cinco, según determine el Gobierno Nacional" (Decreto 2845 de 1984).

Artículo 4º. "Dentro del régimen disciplinario deportivo, son organismos de tal naturaleza los siguientes:

"Tribunal Deportivo de los Clubes, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de clubes, en primera instancia.

"Tribunal Deportivo de las Ligas, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de las ligas, en primera instancia y de los recursos contra las decisiones del tribunal deportivo de los clubes, en segunda instancia.

"Tribunal Deportivo de las Federaciones, que será competente para conocer y resolver sobre las faltas de los miembros de las Federaciones, en primera instancia, y de los recursos contra las decisiones del Tribunal Deportivo de las Ligas, en segunda instancia.

"El Tribunal Nacional del Deporte, que será competente para conocer, en única instancia, sobre las faltas que el Director Ejecutivo del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (Coldeportes), someta expresamente a su consideración. En segunda instancia, conocerá de los recursos contra las decisiones del Tribunal Deportivo de las Federaciones" (Decreto 1421 de 1985).

Visto lo anterior, no puede afirmarse la existencia de tribunales disciplinarios a nivel de divisiones, secciones o comisiones de las federaciones, como se pregunta en la consulta. No sólo porque la enumeración es taxativa, sino porque la competencia para el ejercicio de la función disciplinaria, debe ser expresa.

El hecho de que el artículo 27 del Decreto 2845 de 1984 después de señalar a los clubes, las ligas y las federaciones como los organismos fundamentales de la actividad deportiva dentro del país, haya agregado que las divisiones, secciones o comisiones de las federaciones también tienen tal carácter, no resulta suficiente para concluir que a nivel de dichas unidades pueda existir un tribunal deportivo.

En efecto, resulta una incongruencia del citado artículo, haber mantenido en su parte final, la denominación de organismos para dichas unidades por cuanto el Decreto-Ley 2845 de 1984 sustituyó el antiguo sistema de divisiones del Decreto 1387 (Arts. 38-45 y 105), por uno distinto en el cual las federaciones pueden organizar divisiones, secciones o comisiones, pero sólo como unidades especializadas en áreas concretas de actividad sin llegar a tener la estructura y la autonomía de los clubes, las ligas y las federaciones, verdaderos organismos que se caracterizan no sólo porque pueden darse sus propios estatutos (Art. 20, Decreto 380 de 1985), sino porque cada uno de ellos tiene órganos de dirección, administración y disciplina.

La conformación de las divisiones que establecía el Decreto 1387 de 1970, quedó superada conforme al nuevo esquema de organización del Decreto-Ley 2845 de 1985 y a su artículo 86, que deroga todas las disposiciones contrarias al nuevo estatuto.

Por otra parte, el artículo 37 ordenó la adecuación de los estatutos y reglamentos de los organismos ya reconocidos a las nuevas normas del Decreto 2845 de 1984.

En consecuencia, en las divisiones, en las secciones y en las comisiones no existen hoy tribunales disciplinarios.

2. El Comité Olímpico Colombiano es un organismo deportivo. Así lo dice expresamente el artículo 7 del Decreto 2845 de 1984:

"De conformidad con los principios de la Carta Olímpica, el Comité Olímpico Colombiano reconocido por el Comité Olímpico Internacional, cumple funciones de interés público y social y como organismo deportivo tiene el poder de velar por el desarrollo y la protección del movimiento olímpico y del deporte en el país".

La diferencia entre el Comité Olímpico y los demás organismos deportivos que enumera el artículo 27, es que éstos son los previstos por la ley colombiana para el desarrollo del deporte dentro del país al tiempo que aquél, si bien tiene una integración nacional, desde su fundación en 1948, responde a una conformación y una función internacionales.

El Comité Olímpico Colombiano es un organismo autónomo, constituido conforme a los principios y a las normas de la Carta Olímpica Internacional, es reconocido por el Comité Olímpico Internacional y tiene a su cargo la participación de Colombia en los Juegos Olímpicos y en las demás manifestaciones patrocinadas por el Comité Olímpico Internacional.

3. Se pregunta por la ingerencia del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, en el manejo del régimen de personal y en el manejo financiero y de tesorería de las Juntas Administradoras Seccionales de Deportes.

Las Juntas Administradoras Seccionales, creadas inicialmente por la Ley 47 de 1968 y actualmente reguladas por la Ley 49 de 1984, son establecimientos públicos (con personería y patrimonio autónomos, artículo 2), y como tales actúan con la autonomía y el régimen propios de los establecimientos públicos nacionales. "El régimen de contratación, administración de personal y los demás actos administrativos será el mismo que rige los establecimientos públicos del orden nacional", prescribe para las Juntas el artículo 29.

Con todo, las Juntas Administradoras Seccionales ejercen su autonomía dentro del sistema de tutela a que están sometidas con respecto al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, organismo rector del deporte aficionado y profesional en el país, (Art. 28). Esta tutela se caracteriza por un cierto grado de coordinación entre el Instituto y las Juntas Administradoras Seccionales, en cuanto éstas cumplen, además de su antigua función de administradoras de los ingresos estatales y privados destinados a la promoción regional del deporte, (Art. 4), la función de ejecutoras en la respectiva región de los planes del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte sobre educación física, deportes y recreación (Art. 5-1).

En razón de esta coordinación se explica que las Juntas Administradoras Seccionales elaboren los proyectos de presupuesto, los proyectos de sus estatutos y los proyectos de sus plantas de personal incluidos el manual de funciones y la tabla de remuneraciones para que sean aprobados por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte o, a través de este, por el Gobierno Nacional, en su caso (Art. 5º, numerales 7, 8 y 9), y que los Directores Ejecutivos de las Juntas Administradoras sean nombrados por el Director del Instituto Colombiano de

la Juventud y el Deporte, de ternas presentadas por los respectivos Consejos Directivos de las Juntas (art. 11).

Los Directores Ejecutivos de las Juntas Administradoras Seccionales, ejercen autónomamente la facultad de nombramiento y remoción del personal de las Juntas (art. 12-f), conforme a las normas propias de los establecimientos públicos nacionales (Decretos 2400, 3074 de 1968 y 1042 de 1978).

Finalmente, en cuanto al manejo de tesorería, corresponde a las Juntas Administradoras Seccionales determinarlo en forma autónoma, a través de sus estatutos y reglamentos y conforme a los fines previstos en la Ley 49 de 1983, reguladora de las Juntas.

Por otra parte, el Gobierno Nacional puede, en ejercicio de las facultades reglamentarias, dotar a las Juntas de mecanismos especiales para controlar los distintos recaudos, (parágrafo 3, Art. 25).

Y en cuanto a las Juntas mismas, están sometidas al control fiscal de la Contraloría General de la República conforme al artículo 27 de la citada ley.

En estos términos queda absuelta la consulta formulada por la señora Ministra de Educación. Transcríbase en copia auténtica.

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INHABILIDADES.*
*(Decreto 222 de 1983, artículo 9º, causal 4ª), análisis.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., tres de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Eduardo Suescún Monroy.*

Referencia: Contrato. Radicación Nº 045.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, formula la siguiente consulta:

"1º Es aplicable la inhabilidad prevista en el artículo 9, numeral 4 del Decreto 222 de 1983, a todos los empleados oficiales, definidos en el citado artículo 12, así el funcionario directivo no tenga por competencia, por ubicación territorial o por cualquier otra circunstancia demostrable, conocimiento o participación directa en el proceso de contratación?

"2º Se aplica igualmente la inhabilidad si el socio en la sociedad contratista posee el 50 por ciento o menos del capital social y sólo tiene funciones de dirección, supletorias en los casos de faltas absolutas o temporales del Gerente, sin que en ejercicio de las cuales haya participado en la contratación?"

*La Sala considera y responde*:

El objeto de la consulta es precisar el alcance de la inhabilidad que consagra el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 222 de 1983, que dice:

"Artículo 9. De otros casos de inhabilidad. Son también inhábiles para contratar con la respectiva entidad, por sí o por interpuesta persona:

4) Las sociedades en las que el cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes de los empleados oficiales o miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante, tengan conjunta o separadamente, más del 50% del capital social o desempeñen cargos de dirección".

Esta causal impide expresamente el derecho a contratar con la respectiva entidad a las sociedades en que los parientes de los empleados oficiales o los parientes de los miembros de las juntas directivas, sean directivos o propietarios de más de la mitad del capital social.

La norma tiene por objeto preservar de influencias indebidas el proceso de contratación administrativa y asegurar en él la imparcialidad y la moral administrativas, mediante la exclusión de la contratación a las sociedades en que el cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes de los empleados oficiales o miembros de la junta o consejo directivo de la entidad contratante, tengan conjunta o separadamente, más del 50 por ciento del capital social o desempeñen cargos de dirección.

Esta inhabilidad constituye una prohibición legal que afecta el principio de la libre concurrencia y que de omitirse su cumplimiento entraña la nulidad absoluta del contrato. Como prohibición que es, no permite ampliación ni reducción en su alcance, sino que debe estarse a los límites claramente indicados en la norma.

Conforme al artículo 12 del mismo estatuto, la expresión empleados oficiales incluye a los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores de la seguridad social.

Y al tenor del numeral 4 del artículo 9, se trata de los parientes y allegados de los empleados oficiales de la respectiva entidad, tengan o no dichos empleados competencia o ingerencia o conocimiento del respectivo asunto. Se trata es de la simple vinculación objetiva del empleado a la entidad contratante y del pariente a la sociedad proponente. Igual afirmación cabe hacerse con los miembros de las juntas directivas. La inhabilidad de las sociedades en que según la ley tienen influencia, se produce independientemente de toda cuestión subjetiva, por el solo hecho de que se dé la hipótesis prevista en la ley.

En cuanto al segundo punto de la consulta, debe advertirse que la inhabilidad sólo se da cuando los parientes tienen más del 50 por ciento del capital social de la sociedad proponente y no cuando tienen "el 50 por ciento o menos" como dice la consulta.

En cuanto a la configuración de esta inhabilidad por el desempeño de cargos de dirección en la sociedad proponente por parte de los parientes de los empleados oficiales, del propio texto resulta claro que sólo hay lugar a ella cuando se desempeña el cargo, no cuando ese desempeño esté sujeto a condición o términos de carácter suspensivo.

Finalmente, ejercido el cargo, la inhabilidad se configura, así el directivo no haya participado en la contratación. Como se dijo anteriormente, se trata de una cuestión puramente objetiva, destinada —como las demás inhabilidades contractuales—, a que los contratos de la administración se celebren para los fines y dentro de las circunstancias que prescribe la ley.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Transcríbase en copia auténtica.

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*TRANSACCION. Entre particulares.*

*CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CREDITO QUE CELEBRA FOCINE. (Artículo 16, numeral 8, del Decreto 222 de 1983).*

*Normas que lo regulan. FOCINE. Naturaleza jurídica. Normas aplicables. ASPECTOS DEL ESTATUTO CONTRACTUAL QUE SE APLICAN A FOCINE. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESCRITOS. Requisitos (Art. 25 del Decreto 222 de 1983, 67, 68, 69 y 70* ibídem*). MULTAS Y CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. VALOR. (Arts. 71 y 72* ibídem*). CLAUSULA DE CADUCIDAD. Señalamiento obligatorio. LIQUIDACION DEL CONTRATO. (Arts. 287 a 289* ibídem*). CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. NULIDAD ABSOLUTA. (Art. 78* ibídem*). INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.*

*La vía reguladora del incumplimiento de un contrato y la previsión de su sanción, como norma de derecho público, no tiene carácter subsidiario de la voluntad de las partes, sino al contrario, prevalece sobre esta y determina a la entidad contratante el ejercicio pleno y obligatorio de las prerrogativas inherentes a la celebración y ejecución del contrato administrativo, como a su liquidación. OBJETO ILICITO. Apariencia. CONTRATOS DE CREDITO DE FOCINE. GARANTIAS CONSTITUIDAS PARA EL CUMPLIMIENTO. (FOCINE NO PUEDE TRANSIGIR) CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. TRANSACCION CON QUIEN DIO ORIGEN A LA CADUCIDAD. Sólo suspenderla implica contradicción total con el régimen del contrato administrativo. TRANSACCION ENTRE PARTICULARES. Jurisprudencia de la Corte. CLAUSULA COMPROMISORIA. Artículo 76 del Decreto 222 de 1983. ARBITROS. Designación.*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Nulidad absoluta.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 024.

La Ministra de Comunicaciones, en oficio Nº 0278, formula a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"Por solicitud de la Junta Directiva de la Compañía de Fomento Cinematográfico (Focine), entidad vinculada al Ministerio de Comunicaciones, comedidamente formulo ante esa Corporación, con fundamento

en el artículo 141 de la Constitución Nacional y en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, la consulta cuyos términos me permito exponer a continuación:

1. La Compañía de Fomento Cinematográfico (Focine), es una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Comunicaciones, cuya creación fue autorizada por el Decreto Nº 1244 de 1978.

Los estatutos que rigen a esta empresa fueron aprobados por el Gobierno Nacional mediante el Decreto Nº 3137 de 1979, posteriormente modificado por el Decreto Nº 319 de 1983.

2. En desarrollo de su objeto social, la Compañía de Fomento Cinematográfico (Focine), ha otorgado y otorga créditos destinados a la adquisición de equipos y materiales y a la realización de producciones cinematográficas, mediante la celebración de contratos de Mutuo o Crédito, los cuales se respaldan con diversas garantías. Estos contratos de crédito fueron considerados como administrativos a raiz de la expedición del Decreto Nº 222 de 1983, artículo 16, ordinal 8º.

3. Echas las anteriores precisiones sobre la naturaleza y objeto social de la Compañía de Fomento Cinematográfico (Focine), la consulta planteada se circunscribe a los siguientes interrogantes:

—Ante el hecho del incumplimiento por parte de los deudores de los contratos de crédito anteriormente mencionados, tiene una empresa industrial y comercial del Estado como Focine la facultad legal de aplicar, de común acuerdo con los deudores, soluciones tendientes a obtener la satisfacción de tales acreencias, distintas a la decisión de hacer efectivas las garantías reales —hipotecarias o prendarias—, constituidas para respaldar los respectivos créditos?

—Tiene Focine la facultad legal de transigir con los deudores de los créditos, bien sea en forma previa a cualquier acción judicial, o bien con posterioridad a la instauración de la misma?

*Considera la Sala*:

Como administrativos clasifica el Decreto 222 de 1983 (Art. 16, numeral 8), los contratos de crédito que celebra Focine y permite, además, (Art. 43), contratación directa. Ninguna otra norma del Decreto se refiere a este tipo de contrato, que continúa por tanto, regido por normas generales vigentes para el mismo (Art. 80 *ibídem*).

Está, no obstante, sujeta Focine, como sociedad creada por participación exclusiva de entidades públicas, a las normas previstas para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por virtud del artículo 4º del Decreto 130 de 1976, y tal sujeción implica aplicación de reglas contenidas en el Decreto 222 de 1983 sobre contratos de empréstito y de obras públicas y las demás que expresamente se refieran a dichas entidades (Arts. 1º, 256 y 257).

No son los previstos por el Decreto 222, sino los usuales para los contratos entre particulares, los requisitos y cláusulas de los que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, salvo lo dispuesto en ese estatuto respecto a obras públicas y empréstito "sin

embargo, cuando a ello hubiere lugar, incluirán lo relativo a renuncia o reclamación diplomática por parte del contratista extranjero" (Artículo 254).

Tal disposición, coherente con la naturaleza de las actividades que desarrollan las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, no tiene igual aplicación con respecto a la autorización de créditos destinados a "financiar empresas cinematográficas nacionales para la producción o coproducción de las películas de largometraje y/o para la adquisición de materiales y equipos" o a financiar películas de cine y video de corto, largo y mediometraje, en producción directa o en coproducción con empresas nacionales o extranjeras (Art. 1º, apartes b) y c) del Decreto 319 de 1983).

En cuanto función correspondiente al cumplimiento de sus objetivos, la de otorgar créditos atribuída a Focine y celebrar el respectivo contrato como administrativo, no puede quedar sujeta a las reglas del derecho privado ni a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las controversias relativas a dicho contrato.

Las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y las sociedades asimiladas al estatuto que las rige, se ciñen, en el cumplimiento de sus funciones a la ley y norma que las crea y a sus estatutos y no pueden desarrollar actividades ni ejecutar actos distintos de los allí previstos, ni destinar cualquier parte de sus bienes y recursos para fines diferentes de los contemplados en la ley o en sus estatutos (Art. 30, Decreto-Ley 1050 de 1968, artículo 9º, Decreto-Ley 3130 de 1968).

Si pues, al cumplimiento de una función de Focine corresponde la celebración de un contrato administrativo, ésta queda vinculada al estatuto de contratación pública, al menos en aquellos aspectos generales regulados por el mismo que no contiene regulación propia del contrato de crédito. Y entre dichos aspectos es pertinente a la cuestión propuesta en la consulta el del cumplimiento de las obligaciones del contratista vinculado como es obvio al interés público y la protección del patrimonio de la entidad contratante.

Conforme al Decreto 222 y salvo disposición en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos, está sometida al requisito de constitución y aprobación de garantías. artículo 25, aparte b); y regulada específicamente la satisfacción del requisito mediante la estipulación expresa del contratista de garantizar el cumplimiento del contrato (Art. 67); la obligación de constituírlas aún sin haberla estipulado, so pena de dar por terminado el contrato en el estado en que se encuentre (Art. 68), y la obligación de la entidad contratante de determinar la cuantía y el término de las garantías que no podrá ser inferior al del contrato, al cual se consideran incorporadas (Arts. 69 y 70).

De la garantía constituida en últimas viene a tomarse directamente el valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refieren los artículos 71 y 72 del Decreto.

Como cláusula que forzosamente debe contener todo contrato además de la relativa a garantías, se incluye la de caducidad con el señalamiento claro de los motivos que den lugar a su declaratoria, pre-

cisados por el artículo 62 y los que convenga establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato y a la protección del patrimonio de la entidad.

La cláusula de caducidad se entiende pactada en los contratos en que es obligatoria, aunque no haya sido expreso su pacto y las causales que dan lugar a su declaratoria son las señaladas en el artículo 62 del Decreto.

Ejecutoriada la providencia correspondiente, procede la liquidación del contrato por el jefe de la entidad contratante y el contratista; a falta de acuerdo, la liquidación presentada por la entidad contratante se tendrá por firme y el acta final presta mérito ejecutivo contra el contratista y su garante en cuanto a obligaciones económicas que resultaren a su cargo (Arts. 287 a 289).

Además de los casos previstos en las disposiciones vigentes, los contratos a que se refiere el Decreto 222 de 1983 son absolutamente nulos cuando contravengan normas de derecho público causal que no se sanea por ratificación de las partes (Art. 78 *ibidem*). Pactada, en consecuencia, expresamente, la obligación del contratista de garantizar el cumplimiento del contrato, e integrados a este los respectivos contratos de garantía y vinculado el incumplimiento del contrato a la declaratoria de caducidad y liquidación consecutiva de aquel, las obligaciones económicas del contratista deducibles así, en el marco de derecho público propio de su pacto, no ofrecen ya oportunidad ni alternativa de variación alguna por virtud de nuevo pacto y en defecto del incumplido.

La vía reguladora del incumplimiento de un contrato y la previsión de su sanción como norma de derecho público, no tiene carácter subsidiario de la voluntad de las partes, sino al contrario, prevalece sobre esta y determina a la entidad contratante al ejercicio pleno y obligatorio de las prerrogativas inherentes a la celebración y ejecución del contrato administrativo, como a su liquidación. Mal puede resultar constituyendo el incumplimiento de las obligaciones del contratista, oportunidad para ignorar o desconocer la eficacia de la de garantía pactada o para remitir a la constitución de otras distintas el cumplimiento del contrato ya asegurado originalmente.

Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación y lo habría, por tanto, en cualquier acuerdo celebrado entre una persona jurídica de derecho público, como Focine, y un contratista que ha dado lugar, con su incumplimiento, a la declaratoria de caducidad del contrato.

Cuando es esta la única y excluyente actuación de orden administrativo prescrita, la entidad contratante carece de capacidad para improvisar otra y el límite de su competencia determina la invalidez de la actuación contraria.

La Sala pues, descarta la existencia de facultad legal de Focine, que ofrezca posibilidad distinta de hacer efectivas las garantías constituidas para el cumplimiento de contratos de crédito. El texto de los respectivos contratos, el conjunto de sus cláusulas relativas a garan-

tías, y los principios de hermenéutica prescritos en la ley, excluyen interpretación que conduzca a introducir modificaciones contrarias al interés público de las estipulaciones prescritas como obligatorias y a desconocer la eficacia de sus efectos.

En cuanto a la facultad de transigir con los deudores que han dado lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, sólo suponerla implica contradicción total con el régimen del contrato administrativo, dentro de cuyos cauces legalmente previstos y sólo mediante aplicación de las cláusulas de estipulación forzosa pueden tener solución las diferencias entre el contratista y la administración.

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

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

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

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

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

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

Y al previsto por el artículo 77, así:

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

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

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

Tanto el origen o iniciativa de todo contrato administrativo, vinculado a una autorización legal, general o específica, háyase dado antes

de su celebración o en forma posterior a manera de aprobación, como la terminación del mismo, inseparable de sus cláusulas obligatorias, no son otra cosa que la aplicación del principio de legalidad que rige todas las actuaciones administrativas y de la cual depende su validez. De ahí la conclusión de la Sala de sostenido pronunciamiento que implica la imposibilidad de Focine, para celebrar en el caso consultado, el contrato de transacción definido por el artículo 2468 del Código Civil.

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

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

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa legal; *Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*EXPLOTACIONES PETROLIFERAS. PARTICIPACIONES, REGALIAS O BENEFICIOS DE LOS PAGADOS AL ESTADO, A LOS DEPARTAMENTOS, INTENDENCIAS, COMISARIAS Y MUNICIPIOS.*

*Situaciones*:

*1. Entidades territoriales sin distinción a su situación geográfica.*

*2. Entidades territoriales, costaneras (Decreto 0999 de 1956).*

*MAR TERRITORIAL. CONCEPTO.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 054.

Procede la Sala a resolver la consulta formulada por el señor Ministro de Minas y Energía, así:

*Fundamento de la consulta*:

La legislación petrolera ha reconocido a los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios en donde se adelanten explotaciones petroleras, una participación por ese concepto. Las normas más importantes que en esta materia se han emitido son las siguientes:

Decreto Nº 1056 (Código de Petróleos), artículo 14:

"Las participaciones de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios en cuyos respectivos territorios se adelantaren explotaciones petrolíferas, será del cincuenta por ciento (50%) de las regalías, cánones o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones en el año anterior para los tres primeros, y del cinco por ciento (5%) para los últimos.

Tales participaciones se consideran como parte del patrimonio de aquellas entidades para los efectos del artículo 183 de la Constitución".

Decreto Nº 0999 de 1956, artículo 2º

"En las explotaciones de petróleos que se lleva a cabo en el mar territorial colombiano, tal como lo define el artículo 79 del Código de Petróleos, corresponderá al Departamento, Intendencias o Comisarías costeros el 50 por ciento de las regalías, cánones o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones en el año anterior, y al municipio

costanero, el 5 por ciento bajo las mismas condiciones indicadas en el artículo 14 del mencionado Código.

Este Decreto expedido en uso de las facultades previstas en el artículo 121 de la Constitución Nacional, fue adoptado como norma legal permanente por la Ley 10ª de 1961, artículo 32.

Decreto Nº 1056 de 1953. (Código de Petróleos), artículo 79:

"Para los efectos de este Código se entiende por mar territorial una zona de doce (12) millas marinas en torno de las costas del dominio continental y del dominio insular de la República".

Ley 89 de 1959, artículo 1º:

"Las participaciones de los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios, en cuyos respectivos teritorios se adelanten explotaciones petrolíferas, serán del cincuenta por ciento (50%) de las regalías, cánones o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones, para los tres primeros, y del diez por ciento (10%) para los últimos. Tales participaciones se considerarán como parte del patrimonio de aquellas entidades para los efectos del artículo 183 de la Constitución".

Decreto Nº 1246 de 1974.

Artículo 1º. "Las participaciones de los Departamentos y Municipios, en cuyos respectivos territorios se adelanten explotaciones petrolíferas por el sistema de concesión, serán del sesenta y cinco por ciento (65%) de las regalías, cánones o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones, para los primeros, y del quince por ciento (15%) para los últimos".

Parágrafo: "En las explotaciones a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, las regalías en favor de los Departamentos serán del nueve y medio por ciento (9½%) del valor bruto de la producción en la región occidental del país y del siete y medio por ciento (7½%) en la región oriental.

Artículo 2º "Los Municipios en cuyos territorios adelante explotaciones de hidrocarburos la Empresa Colombiana de Petróleos, tendrán derecho a recibir el dos por ciento (2%) del producto bruto de dichas explotaciones".

Artículo 6º "Las entidades beneficiarias destinarán el producto de las participaciones de que trata el presente Decreto, exclusivamente a gastos de inversión directamente relacionados con obras públicas, educación, salud, desarrollo agropecuario, defensa de los recursos forestales y recuperación ecológica, y en caso de que varíen la destinación, perderán por el año siguiente el derecho a tal producto, en beneficio de la Nación".

Artículo 7º "En los Departamentos o Municipios donde existan o llegaren a existir institutos o corporaciones, regionales o locales de fomento, de carácter oficial, el producto de las participaciones de que trata este Decreto, se podrá administrar e invertir por medio de dichas entidades cuando así lo disponga el Gobierno en cada caso".

"Igualmente, el Gobierno podrá disponer que tal producto sea invertido en el respectivo Departamento o Municipio, por medio de entidades descentralizadas de carácter nacional, de acuerdo con la naturaleza de sus funciones".

Artículo 8º "Los Ministerios de Minas y Energía, Obras Públicas, Educación, Salud Pública o Agricultura, vigilarán el cumplimiento de la destinación especial del valor de las participaciones señaladas en este Decreto y orientará y asesorarán a los Departamentos y Municipios o a las corporaciones e institutos regionales y locales, en la planeación y ejecución de las inversiones respectivas.

Artículo 9º "La inspección y vigilancia de las explotaciones, así como de los procesos de refinanciación de petróleos y tratamiento de gas, seguirán exclusivamente a cargo del Ministerio de Minas y Energía, sin perjuicio de las funciones propias de la Contraloría General de la República".

Artículo 10. "A excepción de las señaladas en el parágrafo del artículo primero, las nuevas participaciones, así como el mayor valor de las que modifican por el presente Decreto, se reconocerán a los Departamentos y Municipios a partir del 1º de enero de 1975.

Decreto 2310 de 1974, artículo 3º

"En las explotaciones a cargo de la Empresa Colombiana de Petróleos, las regalías en favor de los Departamentos, Intendencias y Comisarías serán el nueve y medio por ciento (9½%) del valor bruto de la producción y las de los Municipios del dos y medio por ciento (2½%) del mismo".

*Se consulta*:

a) En la actualidad los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios costaneros en los cuales se adelantan explotaciones petrolíferas en el mar territorial adyacente, tienen derecho a percibir participaciones por concepto de ellas y qué porcentaje les corresponde?

En otros términos, si el Decreto Nº 0999 de 1974 se encuentra vigente y al determinar zonas del mar territorial en que los Municipios tienen derecho a participaciones o regalías por concepto de explotaciones petroleras les estableció un derecho que las normas posteriores han respetado y que sólo variarían en el porcentaje de dichas participaciones.

*La Sala considera y responde*:

1. En el Decreto 1056 de 1953, Código Nacional de Petróleos, con sus modificaciones, aparecen dos situaciones:

1. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios que tienen derecho a las participaciones, regalías o beneficios de los pagados al Estado, por las explotaciones petrolíferas que se adelantaren en ellos, considerados como entidades territoriales y sin distinción por su ubicación geográfica en el territorio del Estado.

2. Los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios costaneros, que tienen régimen especial por su ubicación en cuanto al mar territorial, en las regalías, cánones o beneficios respecto de las explota-

ciones de petróleos. Para estos se dictó el Decreto 0999 de 1956 con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, adoptado como norma legal permanente por la Ley 10 de 1961, artículo 32. Dice en su Art. 2º:

"En las explotaciones de petróleos que se lleven a cabo en el mar territorial colombiano, tal como lo define el artículo 79 del Código de Petróleos, corresponderá al Departamento, Intendencia o Comisaría costaneros el 50 por ciento de las regalías, cánones o beneficios pagados al Estado por dichas explotaciones en el año anterior, y al Municipio costanero el 5 por ciento bajo las mismas condiciones indicadas en el artículo 14 del mencionado Código".

A su vez, el artículo 79 del citado Código de Petróleos expresa: "Para los efectos de este Código, se entiende por mar territorial una zona de doce (12) millas marinas en torno de las costas del dominio continental y del dominio insular de la República".

3. Visto lo anterior, se infiere que existe legislación especial y exclusiva, para las entidades territoriales costaneras, como goce de la explotación de la riqueza petrolera de su proximidad, factor este que permite pensar que pudo haber sido el criterio de equidad del explícito decreto transcrito, y como colaboración para el desarrollo de esas entidades costaneras.

Además, como estudiada la legislación petrolera no se encuentra norma posterior que en forma expresa sea derogatoria, ni contraria que haga afirmable la tácita, la Sala opina que está vigente el Decreto 0999 de 1956 para los Departamentos, Intendencias, Comisarías y Municipios costaneros, con las participaciones que indica, o con las actualizadas que les fueren más favorables.

En los anteriores términos se contesta la consulta del señor Ministro de Minas y Energía.

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION. LICITACION PUBLICA.*

*Deben celebrarse mediante licitación pública. Los artículos 5º literal e) y el 13 literal k) de la Ley 42 de 1985, son normas de excepción, por lo mismo de restrictiva interpretación, que no pueden tener aplicación sino en los casos y en las condiciones específicas a que se refieren dichas normas.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., veintiuno de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 052.

La Ministra de Comunicaciones, en oficio Nº 0542, formula a la Sala la consulta que se transcribe textualmente:

"El Instituto Nacional de Radio y Televisión (Inravisión), tiene por objeto fundamental la prestación del servicio público de televisión y radiodifusión oficial. En desarrollo de su objeto debe celebrar contratos con particulares para concederles espacios en las cadenas comerciales de televisión. Estos contratos se celebran mediante el procedimiento de licitación pública. Así lo disponen la Ley 42 de 1985 y el Decreto-Ley 222 de 1983.

La actual administración de Inravisión y el Gobierno Nacional han estimado prudente que sea el Gobierno entrante quien adelante los trámites preparatorios de la licitación para adjudicar los nuevos contratos de concesión de espacios de televisión, con el objeto de que pueda señalar, con toda libertad y sin ninguna premura, los criterios que a su entender deben guiar la prestación del servicio público de televisión.

La determinación de las condiciones de la nueva licitación, la adopción previa de un registro de proponentes, la adjudicación, la suscripción y perfeccionamiento de los contratos es un proceso complejo y dispendioso para ser agotado a 31 de diciembre del presente año.

Ahora bien, como el Decreto-Ley 222 de 1983 dispuso en un parágrafo transitorio del artículo 205 que "el plazo de los contratos (de concesión de espacios de televisión) que se liciten en el presente año (1983), se iniciará el 1º de enero de 1984 y culminará, sin lugar a prórrogas, el 31 de diciembre de 1986", y teniendo en cuenta que la gran mayoría de los contratos de concesión actualmente vigentes fueron suscritos en virtud de una licitación realizada precisamente en 1983, estos no podrán ser prorrogados.

Con el objeto de garantizar la continuidad de tan importante servicio público como el de la televisión, Inravisión ha pensado en celebrar unos contratos con carácter transitorio a partir del 1º de enero de 1987, vigentes hasta que los nuevos contratos de concesión de espacios alcancen su perfeccionamiento. Estos contratos, desde luego, no podrían ser precedidos por licitación pública.

Esta posibilidad la otorga, al parecer, la Ley 42 de 1985, cuando en su artículo 5º, literal d), señala como objeto de Inravisión el de "conceder por vía de excepción y transitoriamente, espacios a las empresas de televisión legalmente calificadas y clasificadas en el registro de empresas concesionarias sin el requisito previo de la licitación, en aquellos casos en que proceda legalmente la entrega de espacios ya adjudicados o la caducidad administrativa de los contratos de concesión".

Así mismo, el correspondiente artículo 13, literal k) de la misma Ley 42 asigna al Consejo Nacional de Televisión la función de "autorizar a empresas calificadas y clasificadas la concesión transitoria de espacios de televisión no adjudicados o que dejen de serlo cuando las necesidades del servicio así lo requieran, mientras se procede a la nueva adjudicación por licitación pública".

Por otro lado, el primer parágrafo del artículo 52 de la Ley 42 dice que "los términos y condiciones de las adjudicaciones de espacios de televisión actualmente vigentes, se mantendrán hasta su vencimiento, sin perjuicio de las facultades otorgadas por la presente ley al Consejo Nacional de Televisión para el caso de espacios no adjudicados, devueltos o afectados por declaratoria de caducidad".

Atendidas las anteriores consideraciones y con el objeto de obtener certeza sobre este asunto, elevamos ante usted la siguiente,

*Consulta*:

"¿Puede Inravisión celebrar contratos de concesión de espacios de televisión sin el procedimiento previo de licitación pública, con carácter transitorio y excepcional mientras se procede a la nueva licitación, cuando venza el término de los contratos actualmente vigentes, esto es, el 31 de diciembre de 1986?"

*Considera la Sala*:

Como todo contrato, el de concesión de espacios de televisión, forzosamente debe contener un plazo, y el artículo 205 del Decreto 222 de 1983 lo fija en cuatro años, sin posibilidad de prórroga; pero para contratos licitados ese año lo redujo a dos, del 1º de enero de 1984 al 31 de diciembre de 1986 (parágrafo transitorio).

No pudo, pues, ser contemplada como previsible en los pliegos de condiciones correspondientes a la licitación de dichos contratos, la modificación de su plazo, ni ordenarla, por tanto, puede ser procedente conforme al artículo 21, parágrafo 2º del Decreto en cita. Aún bajo el pretexto de suscribir contrato adicional, se descuenta la prórroga de un plazo no vencido y por lo mismo la adición con él relacionada. Porque, sencillamente, al límite fijado en el parágrafo transitorio no serían oponibles tales procedimientos.

Si el estatuto de contratación cierra, así, cualquier pretexto de prorrogar un término y sostiene, como excepción, el señalado para los contratos de concesión vistos, tampoco la Ley 42 de 1985 lo permite, por vía de excepción, antes de que aquel venza y mientras se inicie la ejecución de otros contratos por los concesionarios subsiguientes.

Ni el decreto ni la ley permiten contratación directa, sino "cuando se trate de inminente paralización, suspensión o daño de un servicio público, pero sólo hasta controlar tales circunstancias, previa calificación del Consejo de Ministros" o "cuando se trate de la adquisición de repuestos para los equipos de televisión del Instituto Nacional de Radio y Televisión —Inravisión— (Art. 43, numerales 22 y 25, Decreto 222). La urgencia evidente que no permita el tiempo necesario para la licitación o concurso, supone solamente necesidades actuales o previsibles de orden público, seguridad nacional o calamidad pública (Artículo 43 *ibídem,* numeral 16).

La autorización del artículo 5º, aparte d) de la Ley 42 de 1985 para que Inravisión prescinda del requisito previo de la licitación, está circunscrita a "aquellos casos en que proceda legalmente la entrega de espacios ya adjudicados o la caducidad administrativa de los contratos de concesión".

A las necesidades del servicio corresponde por otra parte, y en cuanto su satisfacción lo requiera, "la concesión transitoria de espacios de televisión no adjudicados o que dejen de serlo" por parte del Consejo Nacional de Televisión, "mientras se procede a la nueva adjudicación por licitación pública". (Art. 13, aparte k), Ley 42 de 1985).

Tratándose pues, de una atribución excepcional, la concesión de espacios, sin el requisito previo de la licitación, a empresas de televisión legalmente clasificadas y calificadas en el registro de empresas concesionarias, a Inravisión sólo corresponde otorgarla en aquellos casos en que proceda legalmente la devolución de los espacios ya adjudicados o la caducidad administrativa de los contratos de concesión.

Y la función del Primer Consejo Nacional de Televisión, señalada en el artículo 13, aparte k) de la Ley 42 de 1985, sancionada el 11 de febrero de dicho año, únicamente se refiere a la concesión de espacios de televisión no adjudicados o que dejen de serlo, mientras se procede a la nueva adjudicación por licitación pública.

Como los espacios a cuya posible concesión se refiere la consulta en estudio, no serían los adjudicables transitoriamente porque sea procedente su devolución, por caducidad del contrato o por necesidades del servicio, sino aquellos cuya concesión vence el 31 de diciembre próximo, ninguna duda cabe sobre la procedencia legal de su adjudicación mediante concurso público previo ni sobre la duración que corresponde al respectivo contrato. Ciertamente la continuidad del servicio se garantiza con la aplicación escueta del artículo 5º, aparte d) de la Ley 42 de 1985, a cuyo tenor corresponde a Inravisión "conceder contractualmente a personas naturales o jurídicas espacios en cadenas comerciales de televisión, mediante el procedimiento general de licitación pública, con las modalidades y excepciones previstas en la presente ley y en las normas concordantes".

Y constituye también garantía de continuidad del mismo servicio la previsión del artículo 205 del Decreto 222 expresada en los siguientes y clarísimos términos:

"Los contratos de concesión de espacios de televisión tendrán una duración de cuatro (4) años y en ningún caso podrán ser prorrogados".

Parágrafo. "Si antes del vencimiento del plazo de duración del contrato, éste terminare por cualquier motivo, la entidad contratante podrá optar entre abrir una nueva licitación, adjudicarlo dentro de los cinco (5) días siguientes al proponente calificado en segundo lugar, o realizar directamente su propia programación".

Parágrafo transitorio. "El plazo de los contratos que se liciten en el presente año, se iniciará el 1º de enero de 1984, y culminará, sin lugar a prórrogas, el 31 de diciembre de 1986".

Con exclusividad previó esta norma tres opciones cuyo origen radica en la terminación del contrato antes del vencimiento del plazo, y ninguna fundada en la complejidad del proceso de licitación, la insuficiencia de tiempo para adelantarla, o la necesidad de nueva calificación y clasificación de proponentes.

"La calificación y clasificación de los proponentes tendrá vigencia de veinticuatro (24) meses, transcurridos los cuales para poder licitar, concursar o contratar, según el caso, el interesado deberá presentar oportunamente los documentos que la respectiva entidad considere necesarios para conocer las calidades actuales del inscrito".

"Con base en esta revisión, pueden modificarse o cancelarse la calificación y clasificación". (Art. 45, Decreto 222 de 1983).

Si por circunstancias de tiempo, es al Gobierno entrante al que corresponde adelantar los trámites preparatorios de la licitación para adjudicar los nuevos contratos, al cumplimiento de esa exigencia se remite la garantía de continuidad del servicio, dentro del ordenamiento de su prestación. Pero no puede remitirse por fuera de dicho ordenamiento y sobre los límites de las excepciones que establece, a la celebración anticipada de contratos, adjudicables directamente por la entidad contratante, cuando estén vigentes los licitados en 1985, pues, "los términos y condiciones de las adjudicaciones de espacios de televisión actualmente vigentes, se mantendrán hasta su vencimiento, sin perjuicio de las facultades otorgadas al Consejo Nacional de Televisión para el caso de espacios no adjudicados, devueltos o afectados por declaratoria de caducidad de la concesión". (Art. 52, parágrafo 1º, Ley 42 de 1985).

En conclusión, la Sala estima que los contratos de adjudicación de espacios de televisión deben celebrarse mediante licitación pública, y que los artículos 5º, literal e), y 13 literal k) de la Ley 42 de 1985, son normas de excepción, por lo mismo de la restrictiva interpretación, que no pueden tener aplicación sino en los casos y en las condiciones específicas a que se refieren dichas normas.

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

Transcríbase en copia auténtica.

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*TRABAJADORES OFICIALES. CONDICIONES DE TRABAJO. DETERMINACION POR CONVENCION. FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES. REAJUSTE SALARIAL.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., ocho de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Eduardo Suescún Monroy.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 058.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, formula a la Sala la siguiente consulta:

"El personal al servicio del Fondo Nacional de Caminos Vecinales se clasifica en empleados públicos y trabajadores oficiales. Con éstos últimos, previo el lleno de todos los requisitos legales, se firmó en el mes de noviembre del pasado año la Convención Colectiva de Trabajo para las vigencias de 1986 y 1987, en la que se pactaron incrementos salariales así:

Entre julio 1º de 1985 y 31 de diciembre de 1985, el 10%

Entre enero 1º de 1986 y 31 de diciembre de 1986, el 12.3%

Entre enero 1º de 1987 y 31 de junio de 1987, el 15.5%.

De igual forma, en el artículo 48 de la misma Convención se estableció lo siguiente:

"Las disposiciones vigentes, o las que dictare posteriormente el Gobierno Nacional o el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, que sean más favorables a los trabajadores oficiales, se considerarán parte integrante de la presente Convención Colectiva de Trabajo".

Con base en esta norma, el Sindicato de Trabajadores Oficiales ha solicitado se reajusten los salarios pactados convencionalmente al 22% y 25% ordenado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 062 de 1986, para los empleados públicos.

Sobre el particular se han pronunciado tanto la Oficina Jurídica como la Sección de Negociación Colectiva del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La primera conceptúa que por su campo de aplicación, estos Decretos no son aplicables a los trabajadores oficiales: la segunda manifiesta que dichas disposiciones se extienden a los trabajadores de esta entidad".

*La Sala considera y responde*:

Según la consulta formulada, se trata de establecer si el Decreto 0062 de 1986, por el cual el Gobierno Nacional ordenó un reajuste de salarios en un 22 y 25 por ciento, resulta aplicable a los trabajadores oficiales del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, quienes pactaron reajustes salariales del 10 y del 12.3 por ciento para los años 85 y 86 respectivamente, en convención suscrita en diciembre de 1985.

Vistos los distintos artículos del Decreto 0062 de 1986, se encuentra que todos ellos se refieren a la función pública del orden nacional y que su objeto es determinar el nuevo valor de las remuneraciones mensuales en dicho sector a partir del primero de enero de 1986. Así se deduce claramente del artículo 1º del citado Decreto extraordinario: "El presente Decreto fija las escalas de remuneración de los empleos correspondientes a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales del Orden Nacional". Y de la propia ley de autorizaciones, Ley 1ª de 1986 "Por la cual se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para modificar las escalas de remuneración y el régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación de los empleados del sector público".

El Decreto 0062 de 1986 no excede el ámbito del sector laboral de los empleados públicos y, por lo tanto, *no puede aplicarse a un sector distinto, como es el constituido por los trabajadores oficiales,* cuyas relaciones de trabajo tienen un fundamento y un tratamiento jurídicos completamente diferentes. En efecto, dichas relaciones no se basan en el Derecho Público sino en la existencia de un contrato de trabajo y no se regulan exclusivamente por normas estatales sino que se regulan por normas estatales especiales (Ley 6ª de 1945 y decretos complementarios) y por normas convencionales o autónomas, derivadas de la voluntad colectiva de los empleadores y los trabajadores.

En efecto, los trabajadores oficiales a diferencia de los empleados públicos, tienen derecho a la contratación colectiva de manera que sus condiciones de trabajo, son susceptibles de ser determinadas convencionalmente. Así sucedió en el Fondo Nacional de Caminos Vecinales, donde se suscribió una convención colectiva y se previeron reajustes salariales para 1985 y 1986 con base en las circunstancias específicas del personal y del establecimiento.

En estas circunstancias, estos reajustes convencionales sólo pueden ser modificados por otra convención, o por una ley o decreto que expresamente ordene ajustes salariales para trabajadores oficiales.

No es este el caso del Decreto 0062 de 1986 el cual, como se ha anotado, para nada hizo referencia a los trabajadores oficiales.

Por esta misma razón debe advertirse finalmente que no se da la hipótesis de la cláusula 48 de la convención que también invoca la consulta. Dicha cláusula prevé que las disposiciones que dicte el Gobierno Nacional que sean más favorables *a los trabajadores oficiales,* se consi-

deran integradas. Aquí no se da tal integración por cuanto, como se ha repetido, el Decreto 0062 de 1986, se dictó para los empleados públicos nacionales y no para los trabajadores oficiales.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta formulada por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte. Transcríbase en copia auténtica.

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*DELITOS DE NARCOTRAFICO. COMPETENCIA*

*Los decretos legislativos dictados por el Gobierno Nacional en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, en relación con la competencia para el juzgamiento de los delitos relacionados con el narcotráfico, quedaron derogados por el Congreso Nacional, por la expedición de la Ley 30 de 1986, que permitió la competencia en los Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito, a partir de la fecha de la sanción, efectuada el 31 de enero de 1986, DECRETOS DE ESTADO DE SITIO. Modificación y derogación por el Congreso Nacional.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., ocho de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 059.

El Ministro de Defensa Nacional formula a la Sala la siguiente consulta:

"Si los Decretos dictados por el Gobierno, en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Carta, pueden ser derogados con la expedición de una nueva ley que reglamente toda una materia.

"Concretamente, si el Decreto Legislativo 2689 de 1985, que prorrogó la competencia a la Justicia Penal Militar, respecto de conductas definidas en el Decreto 1188 de 1974 sigue vigente mientras subsista el estado de sitio, o si por el contrario, fue derogado con la expedición de la Ley 30 de 1986".

*La Sala considera y responde*:

El Decreto Legislativo 2689 de 1985, dictado por el Gobierno Nacional con base en el artículo 121 de la Constitución Nacional, atribuyó el conocimiento de los delitos a que se refiere el Estatuto Nacional de Estupefacientes, Decreto 1188 de 1974, en primera instancia, en forma exclusiva, a los Jueces Penales y Promiscuos del Circuito (Art. 1º).

En el artículo 2º preceptuó: "Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, la Justicia Penal Militar, conforme se dispone en los Decretos 1042, 1071, 1209 y 1290 de 1984, conservará el conocimiento de los delitos a que se refieren los artículos 37, 38 inciso 1º, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 49, 50 y 51 del Decreto

1188 de 1974, cuya investigación se hubiere iniciado antes de entrar en vigencia el presente Decreto".

2. Luego se dictó la Ley 30 de 1986, "Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Estupefacientes y se dictan otras disposiciones", que contiene los principios generales; campañas de prevención y programas educativos; campañas de prevención contra el consumo de alcohol y del tabaco; control de importación; lubricación y distribución de sustancias que producen dependencias; *de los delitos;* de las contravenciones; procedimiento para la destrucción de plantaciones y sustancias incautadas; tratamiento y rehabilitación y Consejo Nacional de Estupefacientes.

En el artículo 46 reitera la competencia de conocimiento de los delitos así: "El conocimiento de los delitos de que trata la presente ley, corresponde en primera instancia a los jueces penales y promiscuos del circuito; para su investigación se utilizará de preferencia personal especializado de la Policía Judicial y Jueces de Instrucción Criminal, radicados o ambulantes".

A su vez, el artículo 101 dice: que "la presente ley rige a partir de la fecha y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

3. En consecuencia, la Ley 30 de 1986, nuevo Estatuto de Estupefacientes, que reguló de manera general toda la materia, derogó el Decreto 1188 de 1974, anterior Estatuto, y en cuanto a la competencia para el conocimiento de los delitos la reiteró en los jueces penales y promiscuos del circuito.

El Congreso Nacional no pierde su atribución de dictar leyes durante el estado de sitio, y bien puede modificar o derogar un decreto legislativo dictado por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades del artículo 121 de la Constitución Nacional. Por lo demás, la Ley 153 de 1887 en su artículo 3º preceptúa: "Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería".

4. Finalmente, el Tribunal Disciplinario en uso de sus facultades constitucionales (Art. 217 de la Constitución Nacional) y según la Ley 20 de 1972, al dirimir un conflicto de competencias suscitado por el Juzgado 7º Penal del Circuito de Barranquilla al Comando de la Segunda Brigada con sede en la misma, en providencia de julio 24 de 1986, expresa:

"Los decretos legislativos dictados por el Gobierno en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, en relación con la competencia para el juzgamiento de los delitos relacionados con el narcotráfico, quedaron derogados por el Congreso Nacional por la expedición de la Ley 30 de 1986, que determinó la competencia en los juzgados penales y promiscuos del circuito, a partir de

la fecha de la sanción efectuada el 31 de enero de 1986 y publicada en el Diario Oficial Nº 37335 de febrero 5 del mismo año".

En los anteriores términos se contesta la consulta del señor Ministro de Defensa Nacional.

Transcríbase en copia auténtica.

*Eduardo Suescún Monroy,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*CARRERA ADMINISTRATIVA.*

*La carrera administrativa que se estructura en el Decreto 2400 de 1968, a partir del artículo 40, se circunscribe al ámbito nacional, con exclusión de los aspectos departamental y municipal, según la expresa derogatoria prescrita en el artículo 65. si se pretendiere extender el servicio civil y la carrera administrativa nivel seccional, departamental y municipal, ello es competencia de nueva ley del Congreso Nacional, ya en forma directa, o por medio de legislador extraordinario.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., dieciséis de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 067.

El Ministro de Gobierno formula a la Sala de Consulta y Servicio Civil, la siguiente consulta:

*Fundamentos de la consulta:*

Las disposiciones legales que dan lugar a la consulta, son las siguientes:

El Decreto-Ley 1732 de 1960, expedido invocando las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 19 de 1958, constituyó un completo estatuto de la Carrera Administrativa tanto para el orden nacional, como para el orden departamental y municipal.

Al expedirse el Decreto-Ley 2400 de 1968, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 65 de 1967, se reguló de manera muy completa el régimen de personal de la administración pública e inclusive se desarrolló un estatuto de carrera administrativa. Considerando que dicho Decreto sustituía íntegramente el Decreto-Ley 1732 de 1960, se dispuso (Art. 65), que éste último quedaba derogado, excepto en sus artículos 178 y 179.

Luego de expedido el Decreto-Ley 2400 de 1968, se tuvo la opinión mayoritaria (que posteriormente adoptó el honorable Consejo de Estado), de que la ley de facultades extraordinarias que amparaba dicho Decreto, sólo habilitaba al Gobierno para regular el régimen de personal de orden nacional y que por lo tanto, ni él se había referido ni podía cobijar a los empleados de orden departamental y municipal.

La preocupación constitucional de corregir un posible exceso en el uso de las facultades extraordinarias, inspiró la norma del Decreto-Ley

3074 de 1968, que al modificar el artículo 65 del aludido Decreto 2400, salva de las derogaciones en él contenidas, todas las disposiciones del Decreto 1732 de 1960 "Que hace relación a los empleados del orden departamental y municipal".

Hay quienes, invocando el artículo 14 de la Ley 153 de 1887, consideran que el Decreto 3074 de 1968 no podía restablecer la vigencia de las normas del 1732 de 1960 en lo concerniente al orden departamental y municipal, pero es evidente, por otra parte, que el aludido 3074 no hace una mera referencia al 1732 ni constituye una simple mención por inadvertencia o descuido de un estatuto derogado, sino que expresa la inequívoca, clara y precisa voluntad política del legislador extraordinario de restablecer la vigencia de disposiciones que (en ese caso sí por inadvertencia), aparecían como derogadas en el Decreto 2400, sin gozar de facultades extraordinarias para ese efecto.

De lo expuesto se desprende además, que al aceptar la tesis según la cual el Decreto-Ley 3074 de 1968 no podía restablecer la vigencia de las normas equivocadamente derogadas por el 2400, en relación con los empleados del orden departamental y municipal, entonces se incurriría en una situación contradictoria, así: el Decreto-Ley 2400 de 1968 no podía aplicarse conforme al criterio mayoritario, aún en el Consejo de Estado, sino únicamente a los empleados del orden nacional, pero la derogatoria de normas sobre el orden departamental y municipal que por simple inadvertencia allí se dispuso si sería aplicable aún frente a normas posteriores y de igual jerarquía (Decreto 3074 de 1968), que expresan inequívocamente una voluntad legislativa en contrario. En síntesis, los departamentos y municipios se quedarían sin su régimen "sobre servicio civil y carrera administrativa" con base en una norma inconstitucional, no obstante la voluntad del legislador extraordinario de corregir el exceso en el uso de facultades en que había incurrido.

*Se consulta*:

¿Se encuentran vigentes las normas sobre servicio civil y carrera administrativa para los "empleados del orden departamental y municipal" contenidas en el Decreto-Ley 1732 de 1960?

*La Sala considera y responde*:

1. El Plebiscito de diciembre 1º de 1957 en sus artículos 5º y 7º hace reiteración de la carrera administrativa. En el artículo 5º expresa:

"El Presidente de la República, los Gobernadores, los Alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido".

2. La Constitución Nacional atribuye al Congreso Nacional en el artículo 76, numeral 10, dictar las normas correspondientes a la carrera administrativa.

3. La Ley 19 de 1958, en su artículo 6º dispuso, en consecuencia, que "se organizarán el servicio civil y la carrera administrativa", y en el artículo 26, invistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias, de acuerdo con el numeral 12 del artículo 76 de la Constitución, para expedir los decretos correspondientes.

En el artículo 7º se dice que se reformará el Código de Régimen Político y Municipal para:

"a) Determinar las entidades y servicios públicos nacionales, cuyos funcionarios quedan cobijados por los deberes y derechos que comprende el servicio civil".

"b) Clasificar y definir debidamente las distintas clases de servidores públicos, y entre éstas, la de los funcionarios de la carrera administrativa".

4. En desarrollo de la Ley 19 de 1958, se expidió el Decreto-Ley 1732 de 1960, que estructuró la carrera administrativa en los órdenes nacional, departamental, municipal, intendencial y comisarial, y de los municipios comprendidos en ellas. El texto del artículo 1º:

"Se consideran funcionarios o empleados de la rama ejecutiva del poder público, para los efectos previstos en los artículos 4º y 5º de la reforma constitucional que recibió su aprobación en el plebiscito del 1º de diciembre de 1957, todas las personas naturales que prestan de manera regular sus servicios en funciones o empleos permanentes no adscritos a rama distinta, creados o autorizados por la ley y remunerados por el Estado *en cualquiera de sus administraciones centrales o seccionales* y en los establecimientos públicos, bien que estos empleados estén frente a la administración en una situación estatutaria o vinculados a ella por un contrato de trabajo. Los empleados civiles de la rama ejecutiva integran el servicio civil de la República" (La subraya no es del texto). El artículo 4º hace también referencia a la carrera administrativa en su organización regional.

5. Posteriormente se dictó la Ley 65 de 1967 que invistió de facultades al Presidente de la República, artículo 76, numeral 12, entre otros efectos, en el artículo 1º, literal g), para "modificar las normas que regulan la clasificación de los empleados, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y régimen de nombramientos y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleo".

6. Con base en esta ley, se expidió el Decreto-Ley 2400 de 1968, septiembre 19, publicado en el Diario Oficial Nº 32625, de octubre 18 de 1968, "por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones", con excepción "del personal civil del ramo de defensa, el cual se regirá por normas especiales" (Art. 64). El Decreto, con la salvedad, comprende los servicios en los empleados de la rama ejecutiva del poder público, integrada, en lo nacional por la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos (Decreto-Ley 1050 de 1968, artículo 1º).

La carrera administrativa tiene por objeto mejorar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de opor-

tunidades para el acceso al servicio público, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera, conforme a las reglas que el presente título establece.

Para alcanzar estos objetivos, el ingreso, permanencia y ascenso en los empleados que no son de libre nombramiento y remoción, se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que en ellos la filiación política de una persona o consideraciones de otra índole, puedan tener influjo alguno (Decreto 2400 de 1968, artículo 4º).

La carrera administrativa que se estructura en el Decreto mencionado, a partir del artículo 40, *se circunscribe al ámbito nacional, con exclusión de los aspectos departamental y municipal,* según la expresa derogatoria prescrita en el artículo 65: "El presente Decreto deroga las disposiciones que le sean contrarias y en especial al Decreto número 1732 de 1960, con excepción de los artículos 178 y 179 del mismo", los cuales hacen relación a miembros de la Junta Directiva de la Caja Nacional de Previsión Social y el Consejo Superior de la Escuela Superior de Administración Pública.

7. Con base en la misma Ley 65 de 1967, se dictó el Decreto-Ley 3074 de 1968, diciembre 17, "por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968", publicado en el Diario Oficial Nº 32686 de enero 16 de 1969.

En cuanto al artículo 65 del Decreto 2400, dice que quedará así: "El presente Decreto deroga las disposiciones que le sean contrarias y en especial el Decreto número 1732 de 1960, salvo los artículos 178 y 179 y las disposiciones del mismo Decreto que hacen relación a los empleados del orden departamental y municipal".

8. De otra parte, el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 al dar reglas para la interpretación de la ley, prescribe que "una ley derogada *no revivirá por las solas referencias que a ella se hagan,* ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza *en la forma que aparezca reproducida en una ley nueva*" (La subraya es de la Sala).

9. De lo anterior puede deducirse:

A) El Decreto-Ley 1732 de 1960 fue expresamente derogado por el Decreto-Ley 2400 de 1968, con excepción de los artículos 178 y 179, quedando excluidos el Servicio Civil y la Carrera Administrativa a niveles departamental y municipal y comprendido sólo lo relativo al orden nacional.

B) El Decreto 3074 de 1968, dictado pocos meses después del 2400, con su similar naturaleza, pretendió revivir la carrera en los niveles departamental y municipal, pero hubo inobservancia del precepto de nuestro orden jurídico. Como se transcribió, en norma clara de interpretación, ni la norma derogada revivió por la sola referencia, por la simple mención, que respecto de los aspectos departamental y municipal se hizo en el Decreto-Ley 3074 de 1968, ni en éste se reprodujeron los textos derogados que se quiso recobraran fuerza legal. La pretensión del legislador no se ajustó a un expreso y nítido mandato legal.

C) Resulta por lo menos inadecuado, que se haya adoptado buscar revivir una norma expresamente derogada con menoscabo del conocido principio de hermenéutica. Pero, a la vez, la ausencia de ejecución de la carrera administrativa en los niveles departamental y municipal, a pesar de la norma que trató de revivirla, lleva a pensar que ocurrió por existir conciencia de la subsistencia de la derogatoria.

D) En consecuencia, si se pretendiere extender el servicio civil y la carrera administrativa a nivel seccional, departamental y municipal, ello es competencia de nueva ley del Congreso Nacional, ya en forma directa, o por medio de legislador extraordinario en uso de las facultades del artículo 76, numeral 12, de la Constitución Nacional.

En los anteriores términos, *se absuelve* la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

Transcríbase en copia auténtica.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*CONTRATOS COFINANCIADOS.*

*Se rigen específicamente por el artículo 1º, letra b, del Decreto-Ley 2033/68 y no por el Decreto-Ley 222 de 1983. En consecuencia, los artículos 25 y 252 de este Decreto no son aplicables a estos contratos. El Decreto-ley 2033/68, artículo 1º, letra b, y el Acuerdo 025/85, expedido por la Junta Directiva del Instituto de Crédito Territorial, determina algunos de los requisitos de los contratos cofinanciados, en todo lo demás éstos contratos se celebran como los contratos de los particulares. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Ejerce control numérico legal de dichos contratos de conformidad con la ley.*

*Consejo de Estado. —Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 043.

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

"1. El Gobierno Nacional, en desarrollo de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 65 de 1967, expidió el Decreto-Ley 2033 de 1968, el cual en el artículo 1º literal b) facultó a la Junta Directiva del Instituto de Crédito Territorial para "establecer los sistemas de colaboración del capital privado dentro de los planes del Instituto". Con base en la citada facultad, la Junta Directiva de dicho Instituto dictó los Acuerdos números 2 de 1974, 6 de 1976, 4 de 1977, 1º de 1979, 35 de 1982 y 25 de 1985. Tales acuerdos establecen normas para el estudio, tramitación y ejecución de programas cofinanciados.

"Los programas cofinanciados (contratos de cofinanciación P-3), que adelante el Instituto de Crédito Territorial consisten en una asociación entre el Instituto, un constructor y el adjudicatario de la vivienda, según la cual mediante aportes de las partes (en dinero, en terrenos, en interventorías, administración, elaboración de proyectos, honorarios, etc.), se construye un determinado número de viviendas.

"2. El Gobierno Nacional en desarrollo de las facultades que le confirió la Ley 19 de 1982, expidió el Decreto-Ley 222 de 1983, en el cual dispuso que su aplicación se extendería a los contratos en él previstos (artículo primero), y que los no indicados en él continuarían rigiéndose por las normas legales o especiales vigentes para los mismos (Art. 80 en concordancia con el Art. 16).

"3. El Gobierno Nacional, mediante el Decreto 1569 del 6 de junio de 1985, reglamentó el artículo 1º, literal b) del Decreto-Ley 2033 de 1968 y dispuso: que los contratos que celebre el Instituto de Crédito Territorial que tengan por fundamento los acuerdos de la Junta Directiva dictados con base en el referido literal, se someten en lo relacionado con la inhabilidad e incompatibilidad, prohibiciones, sujeción a la ley colombiana, capacidad y competencia, a las normas del Decreto-Ley 222 de 1983, en los demás aspectos se seguirán las normas generales del derecho privado. Igualmente establece que tales contratos deben cumplir los siguientes requisitos: a) paz y salvo del contratista por concepto de impuesto a las ventas, renta y complementarios; b) Registro presupuestal, y c) Pago del impuesto de timbre y publicación en el Diario Oficial por cuenta del contratista.

"4. La intervención de la Contraloría General de la República en el proceso de contratación administrativa está limitada a un control posterior que consiste en la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante el trámite de contratación, para verificar si éste se hizo de acuerdo con las normas, leyes y reglamentos establecidos (Art. 298, Decreto-Ley 222 de 1983).

"5. Sobre los contratos cofinanciados existen diversos conceptos que en resumen concluyen que son atípicos e innominados. Es decir, que no están sujetos a las normas generales de contratación administrativa (Leyes 4ª y 36 de 1966; Decreto 150 de 1976 y Decreto-Ley 222 de 1983).

"6. El Consejo de Estado, por su parte, ha sostenido que el contrato cofinanciado (P-3), es un contrato de mutuo (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección III. Sentencia del 17 de mayo de 1984. Consejero ponente doctor José Alejandro Bonivento Fernández), o que es una asociación o una sociedad de hecho (salvamento de voto en el mismo expediente, del doctor Jorge Valencia Arango).

"7. En lo que sí ha habido unanimidad, es en sostener que el contrato cofinanciado no es de obra pública.

"8. El artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, dice que salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o hayan perdido su fuerza ejecutoria.

"9. Es criterio de la Contraloría General de la República, que el Decreto 222 de 1983 se aplica también a los contratos que celebran los establecimientos públicos, y por lo tanto, independientemente de la clasificación que se de a los contratos cofinanciados, éstos deben someterse al requisito de licitación pública, según lo exige el artículo 25 del Decreto 222 de 1983. Igualmente considera la Contraloría, que le es aplicable a los establecimientos públicos, trátese de contratos de derecho público o de derecho privado, el artículo 252 del citado Decreto (aprobación del Ministerio respectivo y del Consejo de Ministros, así como revisión de legalidad del Consejo de Estado).

"10. El Instituto de Crédito Territorial, con fundamento en el Decreto 1569 de 1985, ha venido adelantando contratos cofinanciados, algunos de los cuales han sido objeto de observaciones por parte de la Contraloría General de la República, al considerar esta entidad fisca-

lizadora que tales contratos han debido estar precedidos de licitación pública, y cumplir con los requisitos de aprobación del Consejo de Ministros y revisión de legalidad del Consejo de Estado, dada su cuantía, en conformidad con lo dispuesto por el Decreto 222 de 1983, artículos 25 y 252. La Contraloría se ha abstenido de darle aplicación al Decreto reglamentario 1569 de 1985, con fundamento en la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad establecida en el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 y en los artículos 236 y 240 del Código de Régimen Político y Municipal".

Con fundamento en lo expuesto, se consulta:

"I. ¿Cuál es el régimen aplicable a los contratos cofinanciados (P-3) y en especial si le son aplicables los artículos 25 y 252 del Decreto 222 de 1983, o por el contrario se rigen por el Decreto 1569 de 1985?

"II. Se pregunta ¿qué debe hacerse con los contratos cofinanciados celebrados con fundamento en el Decreto 1569 de 1985 y que están siendo objeto de Aviso de Observaciones y apertura de Juicio de Cuentas por parte de la Contraloría General de la República argumentando los puntos expuestos en la consulta?"

*La Sala considera y responde*:

1º Como expuso la Sala en concepto del 11 de marzo de 1982, el Decreto-Ley 150 de 1976 no regulaba íntegramente la materia relativa a los contratos que celebran la Nación y otras entidades nacionales, lo que explica que el artículo 204 *ibídem* dispusiera que "deroga las disposiciones de carácter general o especial vigentes sobre los contratos de que trata, en las entidades a que el mismo se refiere".

2º Del mismo modo, el artículo 301 del Decreto-Ley 222 de 1983 "deroga las disposiciones de carácter general o particular vigentes sobre la materia que le sean contrarias, en especial el Decreto extraordinario 150 de 1986..."

Además, según los artículos 1º y 80 del Decreto-Ley 222 de 1983, este estatuto sólo regula los contratos que específicamente determina, celebrados por la Nación y los establecimientos públicos nacionales; excepcionalmente por las empresas industriales y comerciales correspondientes a la Nación. Por consiguiente, como sucedía con el Decreto-Ley 150 de 1976, el Decreto-Ley 222 de 1983 no regula íntegramente la materia y esto explica que el artículo 80, inciso 2º, *ibídem,* textualmente disponga que "los demás contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos". Entre estos últimos se cuentan los contratos de minas y petróleos, los laborales, civiles y comerciales que celebran las mencionadas entidades.

De donde se deduce, clara e inequívocamente, que los requisitos que prescribe el Decreto-Ley 222 de 1983 *sólo se aplican a los contratos que regula expresamente,* los demás se rigen, según el indicado artículo 80, inciso 2º, del mencionado estatuto, "por las normas generales o especiales vigentes para los mismos".

3º El artículo 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968 atribuyó a la junta directiva del Instituto de Crédito Territorial "establecer los

sistemas de colaboración del capital privado dentro de los planes del Instituto". Y el artículo 7º, letra i), de los estatutos de la entidad asigna a la mencionada junta directiva "establecer los sistemas de colaboración o participación del capital privado dentro de los planes de vivienda del Instituto". Nótese que este último concepto precisa que "la participación del capital privado", cuya colaboración o participación debe regular la junta directiva, se refiere específicamente a "los planes de vivienda del Instituto".

La Sala considera que los artículos 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968 y 7º, letra i), de los estatutos del Instituto de Crédito Territorial están vigentes porque ni el Decreto-Ley 1670 de 1975, ni el Decreto-Ley 150 de 1976, ni tampoco el Decreto-Ley 222 de 1983, posteriores al primero y relativos a los contratos de la Nación y de los establecimientos públicos nacionales, regularon *los contratos de construcción de vivienda* que celebra el Instituto de Crédito Territorial para el cumplimiento de su objeto, ni menos "los sistemas de colaboración del capital privado dentro de los planes del Instituto".

Esos estatutos legales contemplaron los contratos de obras públicas entendidos, según los define el artículo 81 del Decreto-Ley 222 de 1983, como "los que se celebren para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter público o directamente destinados a un servicio público". Pero, los contratos que celebra el Instituto de Crédito Territorial, con participación del capital privado, de conformidad con lo prescrito por el artículo 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968, tienen por objetivo específico la construcción de viviendas para adjudicarlas a las personas que carecen de ellas. Lo que significa que *el objeto de estos contratos es diferente del que tienen los de obras públicas,* según el transcrito artículo 81 del Decreto-Ley 222 de 1983, y que *por eso mismo tienen diferente régimen jurídico: mientras los contratos de obras públicas se rigen por el Decreto-Ley 222 de 1983, los que celebra el Instituto de Crédito Territorial para la construcción de viviendas, con "colaboración del capital privado", por el artículo 1º, letra b) del Decreto-Ley 2033 de 1968;* pues, como afirma la Corte, "no todas las obras de construcción adelantadas por entidades oficiales pueden calificarse como obras públicas" (Sala de Casación Laboral, sentencia del 31 de enero de 1985).

4º La Sala observa que mientras el Decreto-Ley 222 de 1983 regula específicamente los contratos que contempla, *el artículo 1º, letra b) del Decreto-Ley 2033 de 1968 se limita a autorizar al Instituto de Crédito Territorial para celebrar los contratos* a que se refiere, conforme a las regulaciones que al efecto prescriba la junta directiva. Es decir, en otros términos, *que la ley faculta al Instituto de Crédito Teritorial para celebrar esos contratos sin más requisitos que los que establezca su junta directiva.* Lo que significa que *el Decreto-Ley 222 de 1983 no es aplicable a estos contratos* y que esa entidad los puede celebrar, con las limitaciones indicadas, como los que se suscriben entre particulares. Sólo la ley podría disponer que se rijan por el Decreto-Ley 222 de 1983.

5º El Acuerdo 025 de 1985, expedido por la junta directiva del Instituto de Crédito Territorial, regula los programas cofinanciados, caracterizados según el artículo 1º *ibídem,* por ser "proyecto de construcción

de vivienda de interés social, que el Instituto de Crédito Territorial promueve y ejecuta con la participación del capital privado, aportado por personas naturales y jurídicas y consorcios en calidad de promotores, financiadores, constructores, etc.". La promoción consiste, según el artículo 2º *ibídem*, en "la invitación de la gerencia general a los cofinanciadores para que presenten proyectos" y puede ser pública o privada. Los contratos cofinanciados, según el artículo 3º del Acuerdo 025 de 1985, "se someterán a las normas del Decreto-Ley 222 de 1983 en lo relacionado con inhabilidades e incompatibilidades, prohibiciones, sujeción a la ley colombiana, capacidad y competencia" y en todo lo demás "se rige por las normas del derecho privado". En rigor jurídico, esta remisión a algunos preceptos del Decreto-Ley 222 de 1983 se fundamenta exclusivamente en la facultad que el artículo 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968 confiere a la junta directiva del Instituto de Crédito Territorial para determinar "los sistemas de colaboración del capital privado" para el cumplimiento de los planes de vivienda del Instituto. Recíprocamente, sin la facultad que el artículo 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968 confiere al Instituto de Crédito Territorial, la junta directiva no habría podido disponer válidamente que algunas de las disposiciones del Decreto-Ley 222 de 1983 se apliquen a los contratos cofinanciados. *Se trata, por consiguiente, de unas exigencias que hace la parte administrativa a los demás contratantes en ejercicio de una específica facultad legal.*

De manera que los contratos cofinanciados se fundan en el *principio de la promoción,* que implica invitación a los cofinanciadores a presentar sus proyectos que, sin pautas fijas predeterminadas por la ley, pueden originar diversas ofertas singulares. En esto se diferencian también de los contratos de obras públicas que requieren, cuando se adjudican mediante licitación pública, un previo pliego de condiciones que sirva de base al concurso: en este caso éste se surte con fundamento en todos y cada uno de los proyectos de los cofinanciadores invitados a presentar sus propuestas.

De manera que el régimen jurídico de los contratos cofinanciados, según el artículo 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968, *es de carácter privado, con las solas limitaciones y exigencias que establezca la junta directiva.* Esto implica que también puedan ser contratantes, según se deduce del artículo 7º del Acuerdo 025 de 1985, los compradores de viviendas; que el artículo 36 del mismo estatuto prescriba que en ellos se debe estipular la cláusula compromisoria, para dirimir las diferencias jurídicas o técnicas que surjan entre los contratantes, mediante árbitros "designados en la forma prevista en el Código de Comercio" y cuyo dictamen debe ser siempre en derecho, y que el artículo 45 *ibídem* disponga que los vacíos de los contratos se llenarán mediante la aplicación de "las normas contenidas en el capítulo VIII, Título XVI, del libro IV del Código Civil". En esta forma *la parte administrativa contratante, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968, define las condiciones del contrato de cofinanciación, sin que exista ninguna restricción impuesta por la ley.*

La Contraloría General de la República, según el artículo 59 de la Constitución, ejerce "la gestión fiscal de la Administración" y no puede tener "funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización".

Este precepto, según reiterada jurisprudencia, significa que la Contraloría ejerce exclusivamente el control numérico legal de la administración, a manera de un "poder de vigilancia de la gestión fiscal, que debe ejercer dentro de los límites que la propia Constitución y las leyes establecen..." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de septiembre de 1973). Del mismo modo, la jurisprudencia afirma que la Contraloría no puede, "so pretexto de fiscalizar, inmiscuirse en las labores administrativas" ni tampoco "juzgar sobre la legalidad o ilegalidad intrínseca de los actos" de la Administración, puesto que "ello es atribución que incumbe a los funcionarios jurisdiccionales, de acuerdo con la competencia que les atribuye el legislador" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de mayo de 1978).

La Sala estima que el artículo 298 del Decreto-Ley 222 de 1983 no es aplicable a los contratos cofinanciados porque, salvo en cuanto el Acuerdo 025 de 1985, expedido por la junta directiva del Instituto de Crédito Territorial, se remite a él, esos contratos no se rigen por el mencionado estatuto. A este respecto la Sala reitera que el Decreto-Ley 222 de 1983 sólo regula los contratos mencionados específicamente por el artículo 80 *ibídem* y como el artículo 298 hace relación a los mismos, entre los cuales no están comprendidos los contratos cofinanciados, es claro que este precepto no les es aplicable.

Sin embargo, según el artículo 59 de la Constitución, la Contraloría General de la República debe ejercer el control numérico legal de los contratos cofinanciados de conformidad con las disposiciones legales de carácter general, particularmente los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 20 de 1975, 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto-Ley 925 de 1976.

De todo lo expuesto, la Sala deduce las siguientes conclusiones:

1ª Los contratos cofinanciados se rigen específicamente por el artículo 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968 y no por el Decreto-Ley 222 de 1983. En consecuencia, los artículos 25 y 252 de este Decreto no son aplicables a estos contratos.

2ª De acuerdo con el artículo 1º, letra b), del Decreto-Ley 2033 de 1968, el Acuerdo 025 de 1985, expedido por la junta directiva del Instituto de Crédito Territorial, determina algunos de los requisitos de los contratos cofinanciados; en todo lo demás estos contratos se celebran como los contratos de los particulares.

3ª El artículo 298 del Decreto-Ley 222 de 1983 no es aplicable a los contratos cofinanciados; pero la Contraloría General de la República ejerce el control numérico legal de los mismos de conformidad con la ley, especialmente con los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la Ley 20 de 1975 y 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del Decreto-Ley 925 de 1976.

4ª Si a la Contraloría General de la República le incumbe ejercer el control numérico legal de la Administración, le está prohibido inmiscuirse en el ejercicio de sus funciones.

5ª Si los contratos cofinanciados, a que se refiere la consulta, se celebraron conforme a los principios jurídicos expuestos, ello significa-

ría que se encuentran de conformidad con la ley.

Transcríbanse, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Desarrollo Económico y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

*Eduardo Suescún Monroy*, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes*, Secretaria.

*INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE. FOMENTO DE LA CREACION DE ENTIDADES DE ECONOMIA MIXTA. (Decreto 770 de 1968).*

*El Instituto Nacional del Transporte está facultado, en forma expresa y general por el Decreto 770 de 1968, que tiene fuerza de ley, para fomentar la creación de Entidades de Economía Mixta para la mejor prestación del servicio.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Sevicio Civil.*— Bogotá, D. E., veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 063.

El Ministro de Obras Públicas y Transporte formula a la Sala la siguiente consulta:

*Fundamentos de la consulta*:

Las disposiciones legales que dan lugar a la consulta, son las siguientes:

—Decreto 3130 de 1968, artículo 4º. De las entidades descentralizadas indirectas.

"Las personas jurídicas en las cuales participe la Nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Decreto 1050 de 1968..."

—Decreto 1050 de 1968; artículo 29.

Establecía que esa autorización se daba por ley o por decreto de gobierno. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional parcialmente el citado artículo, en cuanto se refería a la autorización por decreto del Gobierno para crear sociedades por parte de los Establecimientos Públicos y las Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

—Decreto 130 de 1976, artículo 21. De la autorización para constituir asociaciones o sociedades.

"Las Entidades Públicas sólo podrán constituir las asociaciones o sociedades a que se refiere el presente Decreto cuando para ello se en-

cuentren debidamente autorizados. Si se trata de entidades nacionales, la autorización la confiere en forma expresa la ley o el Gobierno Nacional".

—El Instituto Nacional del Transporte, establecimiento público del orden nacional, creado por el Decreto Extraordinario Nº 770 de 1968, tiene entre otras funciones la de "Fomentar para la mejor prestación del servicio, la creación de Organismos de Economía Mixta con el fin de vincular el interés de entidades públicas a dicha actividad".

—En forma concordante, el Decreto 2623 de 1985 (Estatutos orgánicos del Instituto Nacional del Transporte), establece entre las funciones de la junta directiva, la de "Autorizar al Director General para adelantar las gestiones necesarias para la creación de Sociedades de Economía Mixta, de conformidad con las disposiciones legales".

*Se consulta*:

"Si la facultad que tiene el Instituto Nacional del Transporte de fomentar la creación de organismos de Economía Mixta, facultad otorgada en el Decreto 770 de 1968, que en sentido material es una ley por cuanto fue expedido con base en facultades extraordinarias, constituye esa autorización legal o si tal autorización requiere una ley específica".

*La Sala considera y responde*:

1. El Decreto-Ley 770 de 1968 'Por el cual se crea el Instituto Nacional del Transporte, dictado en desarrollo de las facultades concedidas por la Ley 65 de 1967, determinó la naturaleza de la Entidad como Establecimiento Público, adscrito al Ministerio de Obras Públicas (Art. 1º), y al definir las funciones, en el artículo 3º, numeral 3, preceptúa:

'Fomentar, para la mejor prestación del servicio, la creación de organismos de Economía Mixta con el fin de vincular el interés de las entidades públicas a dicha actividad'.

2. El Decreto Ejecutivo 2623 de 1985 aprueba el Acuerdo Nº 35 de 1985, que adopta los Estatutos Orgánicos del Instituto Nacional del Transporte, reitera como función en el artículo 6, numeral 15, "Fomentar, para la mejor prestación del servicio, la creación de Organismos de Economía Mixta con el fin de vincular el interés de las entidades públicas y privadas a dicha actividad".

3. El mismo Decreto Ejecutivo, al señalar las funciones de la junta directiva, en el artículo 1 dice: "Autorizar al Director General para adelantar las gestiones necesarias para la creación de Sociedades de Economía Mixta, de conformidad con las disposiciones legales".

4. De otra parte, el Decreto-Ley 130 de 1976 "Por el cual se dictan normas sobre Sociedades de Economía Mixta, 'con base en la Ley 28 de 1974, y en el artículo 21, establece que «las entidades públicas sólo podrán constituir las Asociaciones o Sociedades a que se refiere el presente Decreto cuando para ello se encuentren debidamente autorizados. Si se tratare de entidades nacionales, la autorización la confiere en forma expresa la ley o el Gobierno Nacional»' ".

5. De lo anterior se concluye que el Instituto Nacional del Transporte está facultado, en forma expresa y general, por el Decreto 770 de 1968, que tiene fuerza de ley, para fomentar la creación de Entidades de Economía Mixta para la mejor prestación del servicio. Dicho Decreto al consagrar con singular claridad la atribución, excluye la exigencia de una ley específica para cada creación, que de existir, haría inocua la facultad concedida.

6. Por lo demás, el servicio de transporte, en cuanto a la inmediatez de la exigencia de su buena y oportuna prestación, exige agilidad en la constitución de mecanismos, y más si se considera la atracción del interés de otras entidades públicas y privadas a dicha actividad.

Así puede decirse que el legislador extraordinario fue precavido en la materia de tanta influencia en el orden social y que, por lo general, requiere soluciones de concurso oficial y privado para producción de efectos rápidos que hasta impidan la alteración de la tranquilidad pública.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el Ministro de Obras Públicas y Transporte.

Transcríbase en copia auténtica.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR.*

*1º Características de naturaleza.*

*2º ¿Por quiénes son reguladas?*

*3º ¿En qué forma están organizadas?*

*4º ¿A qué reglas se sujetan?*

*5º Sistema de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades para los funcionarios de dichas Cajas y Asociaciones (Decreto 2463 de 1981).*

*6º Significado de la palabra "FUNCIONARIO" contenida en el Decreto 2463 de 1981.*

*7º Contratos que pueden celebrar sus funcionarios: Contrato laboral: Prohibiciones en ellas. (Art. 12* ibídem).

*8º PROHIBICIONES para algunos miembros (Arts. 6º y 7º* ibídem). *Excepciones.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 053.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social (E), formula a la Sala la siguiente consulta, en relación a la aplicación del régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades a que se encuentran sometidos los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar y de las Asociaciones de Cajas y los miembros de sus organismos de dirección, administración y fiscalización:

"Este Despacho desea obtener de la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, un pronunciamiento en relación con el alcance de algunas normas del Decreto-Ley 2463 de 1981, ya que han sido objeto de interpretaciones contrapuestas por parte de quienes tienen que ver en forma más directa con el sistema de Subsidio Familiar. Dicha situación ha generado dificultad en cuanto a la aplicación precisa del mencionado Decreto.

*Consulta*:

1. El Decreto-Ley 2463 de 1981, determina el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades a que están sometidos los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar y de las Asociacio-

nes de Cajas y los miembros de sus organismos de dirección, administración y fiscalización.

La primera duda surge frente al alcance de la expresión"... funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar y de las Asociaciones de Cajas...", pues el Decreto en mención se refiere a ellos en repetidas ocasiones pero no los define expresamente ni distingue cuáles empleados de dichas entidades deben considerarse como funcionarios de las mismas y cuáles no.

De conformidad con el artículo 28 del Código Civil, "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".

No existiendo en esta materia definición legal del término "FUNCIONARIO" podría acudirse a la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que los define como: "empleados de cierta categoría o importancia" (T. I, Vigésima Edición 1984, Madrid).

Con base en el sentido que usualmente se da a la palabra funcionario y que corresponde a la definición transcrita, puede entenderse que el Decreto 2463 de 1981 se refiere a aquellos empleados cuya actividad implica el ejercicio de determinadas prerrogativas o por el contrario debe entenderse respecto de todas las personas que prestan sus servicios en las Cajas de Compensación Familiar?

2. El artículo 6º del Decreto 2463 de 1981, prohibe a los miembros de los Consejos o Juntas Directivas, Revisores Fiscales y Funcionarios de las Cajas y Asociaciones de Cajas, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su cesación en las mismas, en relación con las entidades respectivas: "celebrar o ejecutar por sí o por interpuesta persona contrato o acto alguno", y en el artículo 7º hace extensiva la prohibición al cónyuge, los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil de los funcionarios anteriormente citados.

Considerando que de conformidad con el artículo 8º del mismo decreto, "constituye causal de nulidad la celebración de actos o contratos en contravención a los artículos 6º y 7º", puede entenderse que el contrato de trabajo queda incluido en tal prohibición si respecto de él no cabe la acción de nulidad, por cuanto en esta materia basta que concurran los elementos esenciales para que se configure la existencia del contrato?

3. El artículo 7º del Decreto 2463 de 1981 en su parte final, consagra la excepción para: "...las personas que contraten por obligación legal o en condiciones comunes al público", se solicita un pronunciamiento sobre el alcance de esta excepción a fin de establecer si se limita a las personas que menciona la misma norma o si se extiende a los miembros de los Consejos o Juntas Directivas, Revisores Fiscales y funcionarios de Cajas y Asociaciones de Cajas que cita el artículo 7º.

4. El artículo 12 del Decreto 2463 de 1981 dispone: "Las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes o Directores Administrativos no podrán designar para empleos, en las respectivas Cajas o Asociaciones de

Cajas o sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

Cabría interpretar que la prohibición consagrada en la norma se refiere a que los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y los Gerentes o Directores Administrativos no pueden nombrar a sus propios cónyuges o parientes; o que los miembros de las Juntas o Consejos Directivos además de lo anterior no podrían designar para empleos en las respectivas Cajas a los cónyuges o parientes de los Gerentes o Directores Administrativos y éstos a los de aquéllos.

La consulta se concreta a precisar cuál de las dos interpretaciones corresponde al espíritu de la norma.

De los honorables Consejeros, (Fdo.) *Germán Bula Escobar,* Ministro de Trabajo y Seguridad Social (E)".

*La Sala considera y responde:*

1º Sobre el primer interrogante, se tiene:

Las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas sin ánimo de lucro, creadas para atender funciones de seguridad social y se encuentran sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Subsidio Familiar. Están organizadas en forma de Corporaciones dirigidas por una Asamblea General de Afiliados y, como personas jurídicas privadas que son, están sujetas a las reglas de derecho privado (Art. 39 de la Ley 21 de 1982, Art. 1º del Decreto reglamentario 2337 del mismo año y Art. 4º de la Ley 25 de 1981).

En vista de la indudable importancia de la función de seguridad social que deben cumplir las Cajas de Compensación Familiar y las Asociaciones de Cajas, relativas al recaudo, manejo y distribución del subsidio familiar, la ley ha querido establecer un adecuado sistema de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades para los funcionarios de dichas Cajas y Asociaciones y para los miembros de sus organismos de dirección, administración y fiscalización, el cual contribuye a garantizar el ecuánime e intachable manejo de tales dineros. Dicho régimen fue establecido mediante el Decreto-Ley 2463 de 1981.

Pues bien, se pregunta en la consulta cómo debe entenderse la palabra "funcionario" que es utilizada en diversas disposiciones del Decreto-Ley acabado de mencionar, en el contexto que señala a personas vinculadas a las Cajas de Compensación y a sus Asociaciones.

El término "funcionario" ha sido frecuentemente acogido en nuestro derecho público como palabra sinónima de "empleado público" y es cierto también que suele ser utilizado en el lenguaje común para designar a "empleados de cierta categoría o importancia", pero en el Decreto-Ley 2463 de 1981 no tiene ninguno de esos significados, sino que está utilizado en la acepción amplia de "empleado", es decir, que designa a quien se ocupa de prestar un servicio personal en cualquiera de las entidades señaladas en el artículo 1º, a cambio de una remuneración y sometido a los reglamentos laborales correspondientes.

En efecto: El Decreto Nº 2463 de 1981 fue dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas mediante el artículo 20, numeral 4º de la Ley 25 del mismo año.

Y esta última norma había dispuesto:

"Artículo 20. Autorízase al Gobierno Nacional para que, dentro del término de ciento ochenta días contados a partir de la iniciación de la vigencia de la presente ley, proceda a...

"4º Determinar el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades de los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar o de las Asociaciones constituidas por éstas, y el aplicable a quienes forman parte de los correspondientes organismos de dirección, administración y fiscalización".

Nótese que la ley ya se refiere, por una parte, a los funcionarios en general, y por la otra a quienes forman parte de los organismos de dirección, administración y fiscalización.

El Decreto-Ley Nº 2463 de 1981, en su artículo 1º siguió la misma línea de pensamiento al disponer:

"Artículo 1. El presente Decreto determina el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades a que están sometidos los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar y de las Asociaciones constituidas por éstas y el de los miembros principales y suplentes que integran los correspondientes organismos de dirección, administración y fiscalización".

Es decir, que el Decreto-Ley también expresó claramente la voluntad del legislador, en el sentido de someter al régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades en él mismo establecido, tanto a los funcionarios en general como a quienes forman parte de los organismos de dirección, administración y fiscalización.

No podría decirse entonces, que al hablar el Decreto comentado de "funcionarios" se refiera sólo a "empleados de cierta categoría o importancia", tal como lo plantea hipotéticamente el señor Ministro de Trabajo, pues si así hubiere sido, ni la ley que confirió las facultades extraordinarias ni el Decreto que las desarrolló se hubieran referido a los funcionarios en general. Si hubiera sido su intención aludir sólo a ciertos funcionarios, las mencionadas normas podrían haber utilizado la expresión "funcionarios o empleados de nivel directivo" u otra similar. Además, si se restringiera el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades solamente a los "empleados de cierta categoría e importancia", se correría el riesgo de hacer inoperante dicho régimen dada la dificultad práctica de señalar una frontera entre los empleados que entraran en esa categoría y quienes no lo hicieran. Y al convertir en inoperante el sistema, se desconocería la voluntad del legislador. Es evidente, entonces que la ley ha querido referirse a todos aquellos que tengan el carácter de empleados.

En conclusión, el término "funcionario" utilizado por el Decreto-Ley 2463 de 1981, debe entenderse en el sentido amplio de "empleado", sin consideración a la clase de funciones que cada empleado en particular desempeñe.

Por lo tanto, cualquier persona que se encuentre vinculada mediante relación laboral a las Cajas de Compensación Familiar o a las Asociaciones de Cajas, o sea miembro principal o suplente de un organismo de dirección, administración y fiscalización de dichas entidades, se encuentra sometido al régimen legal de inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades previstos en el Decreto 2463 de 1981.

En la forma anterior queda respondida la primera pregunta planteada en la consulta.

2º En cuanto a la segunda cuestión, la Sala encuentra:

La prohibición contenida en el artículo 6º del Decreto-ley 2463 de 1981, en virtud de la cual los miembros de los Consejos o Juntas Directivas, Revisores Fiscales y funcionarios de las Cajas y Asociaciones de Cajas, no podrán durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a su cesación en las mismas, en relación con las entidades respectivas, celebrar o ejecutar por sí o por interpuesta persona contrato o acto alguno ni gestionar negocios propios o ajenos, ni prestar servicios profesionales, ni intervenir por ningún motivo y en ningún tiempo en negocios que hubieren conocido o adelantado durante su vinculación (prohibición que se extiende a las personas enumeradas en el artículo 7º del mismo Decreto), no se refiere a los contratos de carácter laboral.

En efecto: en relación a esta categoría especial de contratos, los laborales, el artículo 12 del Decreto-Ley 2463 de 1981, que se está comentando, dispone que las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores administrativos no podrán designar para empleos en las respectivas cajas o asociaciones de cajas a sus cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. Es decir, que respecto de los contratos de trabajo existe norma especial, de contenido más restringido que prima sobre las disposiciones generales contenidas en los artículos 6º y 7º.

Por lo tanto, la prohibición de emplear al cónguye o a los parientes de los funcionarios, no se aplica a todos los empleados indiscriminadamente. El artículo 12 ya citado, es claro al establecer dicha prohibición solamente para aquellos funcionarios que tienen capacidad decisoria en la designación del empleado.

3º En relación al tercer interrogante, se tiene:

El artículo 7º del Decreto-Ley 2463 de 1981 establece, en la parte final una excepción al régimen de incompatibilidades respecto de las personas que contraten por obligación legal o en condiciones comunes al público. Pregunta el señor Ministro si dicha excepción se aplica solamente a las personas mencionadas en el artículo 7º o si se extiende también a aquellas de que habla el artículo 6º del mismo Decreto.

Se observa que los artículos 6º y 7º del Decreto-Ley 2463 de 1981, constituyen en realidad una sola disposición con la cual se persigue la finalidad de proteger los dineros del subsidio familiar, cuyo recaudo y distribución ha sido encomendado a las cajas de compensación familiar y a sus asociaciones. Los dos artículos contienen la prohibición para los miembros de los consejos o juntas directivas, revisores fiscales y para los funcionarios, sus cónyuges, sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil y para sus aso-

ciados de participar en la realización de actos y contratos con las entidades en las cuales tales funcionarios presten sus servicios. Tanto es así, que el artículo 8º sanciona el incumplimiento del mandato contenido en los artículos 6º y 7º antes mencionados, erigiéndolo en causal de nulidad absoluta del acto o contrato celebrado en tales condiciones.

La excepción prevista en la parte final del artículo 7º es, en consecuencia, aplicable a las personas referidas tanto en el artículo 7º como en el 6º, por cuanto que, como antes se dijo, estos dos artículos contienen una sola disposición, y por cuanto se trata precisamente de casos en que se contrata por obligación legal o en condiciones comunes al público, esto es, cuando los factores considerados para imponer la incompatibilidad o inhabilidad resultan irrelevantes frente a la obligación legal de contratar o a las condiciones comunes al público que reviste la contratación.

4º Finalmente, en cuanto concierne al último punto de la consulta, relacionado con la prohibición contenida en el artículo 12 del Decreto-Ley 2463 de 1981, tantas veces mencionado, considera la Sala que los miembros de las juntas o consejos directivos y los gerentes o directores administrativos están impedidos para designar para empleos en las respectivas cajas o asociaciones de cajas a los cónyuges o parientes de cualquiera de ellos, dentro del grado que la misma norma indica, bien sea que lo hagan en forma directa o en forma indirecta, pues en cualquiera de los dos eventos se estaría contraviniendo la finalidad de la norma que es la de impedir que se presente nepotismo en las cajas de compensación familiar y en sus asociaciones.

En los anteriores términos se deja respondida la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Transcríbase en copia auténtica.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*CANALES REGIONALES DE TELEVISION.*

*Se rigen tanto por el Decreto 3100 de 1984 como por la Ley 42 de 1985 y están obligados a cumplir una función preferentemente cultural. NATURALEZA JURIDICA. Debe ceñirse a lo establecido por la ley para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION. Es a dicho consejo a quien compete calificar si un canal regional que se proyecte establecer se ajusta o no a la exigencia legal consagrada en el Decreto 3100 de 1984 (Carácter preferencialmente cultural y educativo). FACULTAD DE REGULAR SU PROPIA ACTIVIDAD. Los canales regionales tienen la facultad de regular su propia actividad en relación a las cuestiones expresamente señaladas en sus respectivas actas de autorización y que se relacionan con el aspecto organizativo y funcional del servicio público a su cargo.*

*CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 049.

La señora Ministra de Comunicaciones formula a la Sala una consulta cuyo contenido es el siguiente:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 57 y 141 de la Constitución Nacional y el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, me permito formular a los honorables Magistrados del Consejo de Estado, la siguiente consulta:

*Antecedentes*:

El legislador expidió la Ley 42 de 1985 con el ánimo y bajo la filosofía de reconocer y exigir una activa participación de sectores significativos de la comunidad, en el manejo y control del más importante medio de comunicación de masas en la actualidad, cual es el de la televisión, pero dado el poder que éste tiene, con el firme propósito de mantener su dirección en manos del Estado.

La Ley 42 de 1985, estatuto vigente sobre televisión, dispone lo siguiente sobre los canales regionales de televisión:

"INRAVISION podrá establecer o autorizar bajo su control, canales de televisión cuyas transmisiones se efectuarán en regiones determinadas del territorio nacional (Literal -c-, artículo 5º)".

"Al consejo le corresponde 'reglamentar lo relativo a la puesta en marcha y funcionamiento de los canales regionales dentro de los objetivos de la presente ley' (Literal -c-, artículo 13)".

"No obstante, la misma norma orgánica señala sobre los canales de televisión de carácter educativo y cultural, que el Gobierno Nacional, tiene la facultad de determinar sus características de contenido y operación: 'la programación, modalidades, origen y promoción de los servicios de la Radio Nacional y los canales de carácter educativo-cultural, serán determinados por el Gobierno Nacional' (parágrafo del Art. 5º)".

En la actualidad, los dos canales de televisión, de ámbito regional que están autorizados, tienen carácter educativo y cultural, por disposición del Decreto 3101 del 20 de diciembre de 1985, (sic), dictado antes de que entrara en vigencia la Ley 42 de 1985 y por acuerdo 004 del Consejo Nacional de Televisión del 15 de abril de 1986, disposiciones que respectivamente autorizaron la creación de TELEANTIOQUIA y TELECARIBE como empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional.

A pesar de que las posibilidades de los canales regionales de televisión ya autorizados obedecen a principios constitucionales de la descentralización administrativa, es deber del Estado, a través de su gobierno, fijar el marco general en que los mencionados canales deben prestar el servicio público de televisión en lo que atañe a éste como tal.

En consideración a que bajo el amparo de la vigencia de la ley 42 de 1985 parecen presentarse algunas confusiones,

*Se consulta*:

1º Tratándose de canales regionales de televisión de carácter educativo y cultural, es el Gobierno Nacional en virtud del parágrafo del artículo 5º de la Ley 42 de 1985 transcrito, al que corresponde determinar el contenido de la programación, la forma de originar la transmisión, las modalidades que tome la difusión y la promoción de su existencia?

2º Cuando se trate de canales regionales de carácter educativo y cultural, le corresponde al Consejo Nacional de Televisión reglamentar únicamente los aspectos que se refieren a la naturaleza jurídica que tendrían los canales regionales, a la estructura administrativa de los mismos y a los trámites y requisitos que deben cumplirse?

3º A quién le corresponde determinar el carácter (educativo, cultural u otros) de un canal regional de televisión que se vaya a establecer?

4º Los canales regionales de televisión que se han autorizado, tienen facultad propia para reglamentarse?

De los honorables Consejeros, *Noemí Sanín Posada* (Fdo.) Ministra de Comunicaciones".

*La Sala considera y responde*:

1º Sobre la primera cuestión se tiene lo siguiente:

El artículo 5º de la Ley 42 de 1985, señala las funciones que en desarrollo de su objeto —esto es, la prestación de los servicios públicos de televisión y radiodifusión oficial—, corresponden al Instituto Nacional de Radio y Televisión, INRAVISION.

Y el parágrafo del mencionado artículo 5º, al cual se refiere la consulta, dispone:

"La programación, modalidades, origen y promoción de los servicios de la Radio Nacional y los canales de carácter educativo-cultural, serán determinados por el Gobierno Nacional".

Según se desprende de esta norma, es clara la voluntad del legislador en el sentido de —en reconocimiento a la importancia que para la sociedad colombiana tiene la televisión educativa y cultural— atribuir al Gobierno Nacional la facultad y la obligación de determinar la programación, modalidades, el origen y la promoción de los canales de tal índole. El parágrafo analizado no diferencia entre el ámbito nacional o regional del canal para conferir al Gobierno Nacional la facultad de determinar los aspectos que el mismo parágrafo indica; así que basta que las transmisiones sean de naturaleza cultural y educativa, para que queden sometidas a tal control.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta que los canales radioeléctricos que Colombia utiliza o puede utilizar en el ramo de telecomunicaciones, son de propiedad exclusiva del Estado (Ley 42 de 1985, parágrafo del artículo 4º).

Ahora bien, los canales regionales de televisión para los diversos departamentos y regiones del territorio colombiano, cuya creación fue autorizada por el Decreto 3100 de 1984, con el objeto de cumplir una función preferentemente cultural, son sociedades que pertenecen al orden nacional, están sometidas al control de Inravisión y deben regirse por las disposiciones establecidas por la ley para las empresas industriales y comerciales del Estado. En miras a su establecimiento se facultó a Inravisión para asociarse con entidades descentralizadas de los órdenes nacional, departamental, municipal, comisarial e intendencial.

Debe resaltarse el hecho de que el Decreto 3100 de 1984, tanto en sus consideraciones como en su parte resolutiva, fue muy claro al establecer que las cadenas o canales regionales de televisión que se constituyan, deberán cumplir una función preferencialmente cultural.

Así que en aplicación del Decreto 3100 de 1984, el control de los canales regionales, dado su carácter preferencialmente educativo y cultural, le corresponde al Gobierno Nacional.

Con posterioridad a la expedición de la norma acabada de mencionar, se dictó la Ley 42 de 1985, la cual, en su artículo 5º, literal c), atribuyó a Inravisión la función de "establecer o autorizar bajo su control canales de televisión cuyas transmisiones se efectuarán en regiones determinadas del territorio nacional".

Por su parte, el artículo 13, literal c) de la misma Ley dio al Consejo Nacional de Televisión la función de "reglamentar lo relativo a la puesta en marcha y funcionamiento de los canales regionales dentro de los objetivos de la presente Ley".

En relación a dichos objetivos, el artículo 6º expresó: "Las transmisiones de televisión realizadas bajo cualquier modalidad, tendrán por objeto difundir la verdad y elevar el nivel cultural y la salud de la población; preservar o enaltecer las tradiciones nacionales, favorecer la cohesión social y la paz nacional, la democracia y la cooperación internacional y los derechos de los informadores y de los informados".

Es evidente entonces, que los objetivos buscados por la Ley 42 de 1985, en relación a las transmisiones de televisión armonizan perfectamente con el carácter preferentemente cultural que el Decreto 3100 de 1984 quiso dar a los canales regionales. Y debe hacerse notar también que este último decreto continúa vigente en todos aquellos aspectos no regulados por la Ley 42.

Así pues, los canales regionales de televisión (tanto los ya constituidos —Teleantioquia y Telecaribe— como los que en adelante se constituyan), se rigen tanto por el Decreto 3100 de 1984 como por la Ley 42 de 1985, y están obligados a cumplir una función preferentemente cultural. Inclusive, la autorización para constituir un canal regional está supeditada a la condición de que se le de un carácter esencialmente educativo y cultural.

De modo que, aunque en su reglamentación se permita la transmisión de algunos programas de carácter informativo y recreativo, la función primordial de los canales regionales es la de difundir la cultura, con sujeción en su orientación, coordinación y control, en los términos de las leyes y estatutos que los rijan, al Gobierno Nacional, a través de Inravisión.

2º Sobre el segundo interrogante de la consulta, la Sala encuentra:

La naturaleza jurídica de los canales regionales o mejor, de los organismos encargados del cumplimiento de la actividad de prestar el servicio de televisión a nivel regional, se determina conforme a las normas básicas de la administración nacional.

El Decreto 3100 de 1984 expresó al respecto en su artículo 5º: "Las sociedades cuya constitución se autoriza, pertenecerán al orden nacional y...se regirán por las disposiciones establecidas para las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional, por sus estatutos y reglamentos".

Por lo tanto, todo lo relativo a la naturaleza jurídica de los canales regionales, a su estructura administrativa, etc., debe ceñirse a lo establecido por la ley para las empresas industriales y comerciales del Estado. Y como al Consejo Nacional de Televisión le corresponde, de conformidad con el artículo 13, literal c) de la Ley 42 de 1985, la facultad de autorizar el establecimiento de tales canales, necesariamente para dar esa autorización deberá ocuparse de que la entidad correspondiente se ciña a las normas vigentes para las empresas industriales y comerciales del Estado. Pero no es este el único aspecto de los canales regio-

nales sometido al control del Consejo Nacional de Televisión, sino que la ley le da también a este organismo precisas funciones a las cuales se refiere la respuesta siguiente.

3º En cuanto al tercer interrogante, se considera:

Es inequívoca la Ley 42 de 1985, en su voluntad de asignar al Consejo Nacional de Televisión la facultad de establecer o autorizar bajo su control los canales regionales de televisión, lo mismo que la de reglamentar lo relativo a su puesta en marcha y funcionamiento, dentro de los objetivos que la misma ley señala (Art. 5º, literal c) y Art. 13, literal c).

Y como de acuerdo a lo ya expresado, el carácter de los canales regionales fue definido por el Decreto 3100 de 1984, hasta el punto de que no sería posible autorizar la creación y funcionamiento de uno de ellos que no tuviera carácter preferencialmente cultural y educativo, es al Consejo Nacional de Televisión a quien compete calificar si un canal regional que se proyecte establecer, se ajusta o no a esa exigencia legal.

4º Por último, en cuanto a la cuarta cuestión planteada, la Sala considera:

Establecer si los canales regionales de televisión tienen autonomía para reglamentarse, exige distinguir dos aspectos: uno referente a la utilización de las frecuencias correspondientes, y otro atinente a la organización de la prestación del servicio.

La determinación y reglamentación del contenido de la programación, modalidades, origen y promoción del servicio de televisión a nivel regional, en tanto que esto supone utilización de ondas o señales que son de propiedad del Estado, y que le son asignadas por éste al canal regional, le corresponde exclusivamente al Gobierno Nacional, a través de Inravisión, y específicamente a través del Consejo Nacional de Televisión; pero la organización interna de las modalidades que se especifican en el acto de autorización de funcionamiento del canal, corresponden a la entidad constituída para manejarlo; así que a ésta compete la reglamentación de la forma como se realizarán los programas de carácter educativo, cultural, informativo y recreativo que pueden transmitir; para tal fin podrá adquirirlos, producirlos por sí misma o contratar su producción con personas naturales o jurídicas, etc., todo ello con sujeción a los objetivos que la ley le señala.

En consecuencia de lo anterior, puede afirmarse que los canales regionales de televisión tienen la facultad de regular su propia actividad en relación a las cuestiones expresamente señaladas en sus respectivos actos de autorización y que se relacionen específicamente con el aspecto organizativo y funcional del servicio público a su cargo.

En los anteriores términos queda absuelta la consulta de la señora Ministra de Comunicaciones.

Transcríbase en copia auténtica.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo* (ausente con excusa), *Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*ALCALDES MUNICIPALES*

*1. El alcalde como jefe de policír en el municipio, PUEDE REVOCAR LAS DECISIONES TOMADAS POR SUS SUBORDINADOS LOS COMANDANTES DE ESTACION O SUBESTACION, en relación a las contravenciones de amonestación en privado (Código Nacional de Policía 201), reprensión en audiencia pública (202* ibídem) *promesa de buena conducta (203), imposición de presentación periódica (206* ibídem), *retención transitoria (207* ibídem), *y cierre temporal de establecimientos abiertos al público (Art. 208* ibídem). *MEDIDAS CORRECCIONALES. REVOCACION DIRECTA. Para cuando no existen recursos por vía gubernativa (Ley 58 de 1982).*

*2. DELEGACION DEL ALCALDE A LOS INSPECTORES DE POLICIA DE LA COMPETENCIA QUE TIENEN PARA CONOCER Y DECIDIR LOS PROCESOS POLICIVOS SOBRE LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO DE QUE TRATAN LA LEY 57 DE 1905 Y EL DECRETO 992 DE 1930.*

*ALCALDES MUNICIPALES. Delegación a los inspectores de Policía en lanzamiento por ocupación de hecho.*

*MEDIDAS CORRECCIONALES.*

*LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO.*

---

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia. Radicación Nº 066.

Consulta relacionada con facultades del alcalde municipal como Jefe de Policía.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno ha formulado a la Sala, en los siguientes términos:

"I. El Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970, modificado por el Decreto 522 de 1971), contempla diferentes contravenciones cuya competencia corresponde a los Comandantes de Estación. El artículo 39 inciso segundo, del citado Código, establece que los alcaldes como agentes del Gobernador, son jefes de policía en el municipio, norma que fue repetida en la Ley 11 de 1986 en el artículo 13, con el siguiente texto:

"Artículo 13. Los alcaldes son jefes de policía en el municipio. La Policía Nacional en los municipios estará operativamente a disposición del alcalde, que dará sus órdenes por intermedio del respectivo Comandante de Policía o de quien lo reemplace. Dichas órdenes son de carácter obligatorio y deberán ser atendidas con prontitud y diligencia".

A su vez, el artículo transcrito fue codificado en el Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1968), en el artículo 130 último inciso".

"Se consulta:

De conformidad con las normas citadas en relación con las contravenciones de competencia de los Comandantes de Policía, como es el caso de aquellas que dan lugar al cierre temporal del establecimiento, puede el alcalde revocar la sanción impuesta por los referidos Comandantes y su orden de reapertura debe ser cumplida con prontitud y diligencia como lo establece el artículo 130 del Decreto 1333 ya citado?"

"II. La Ley 11 de 1986, cuyos artículos fueron incluidos dentro del Código de Régimen Municipal, (Arts. 320 a 323), reguló las Inspecciones de Policía estableciéndoles competencia para conocer de las contravenciones especiales a que se refiere el Decreto 522 de 1971 y de las comunes ordinarias a que hace alusión el Decreto 1355 de 1970, excepción hecha de las que corresponden a la Policía Nacional".

"Se consulta:

Podrían los alcaldes con fundamento en el artículo 320 literal d) del Código de Régimen Municipal, delegar en las Inspecciones de Policía la competencia que tienen para conocer y decidir los procesos policivos sobre lanzamiento por ocupación de hecho de que tratan la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930?

Del señor Presidente y de los honorables Consejeros, con sentimientos de consideración y aprecio. (Fdo.) *Fernando Cepeda Ulloa,* Ministro de Gobierno".

*La Sala considera y responde*:

I. Ante la primera cuestión planteada, se tiene:

La pregunta se refiere a las diversas contravenciones cuyo conocimiento corresponde a los Comandantes de Estación según lo dispuesto en el Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970, modificado por el Decreto 522 de 1971).

El artículo 219 del mencionado Código Nacional de Policía dispone: "Compete a los Comandantes de Estación o Subestación de Policía conocer las faltas para las que sean aplicables las medidas correccionales de amonestación en privado, reprensión en audiencia pública, promesa de buena conducta, presentación periódica, retención y cierre de establecimientos".

Las mencionadas medidas correccionales están previstas en los artículos 201 (amonestación en privado), 202 (represión en audiencia pública), 203 (promesa de buena conducta), 206 (imposición de presen-

tación periódica), 207 (retención transitoria) y 208 (cierre temporal de establecimientos abiertos al público).

Pregunta el señor Ministro de Gobierno si, en vista de la norma contenida en el artículo 13 de la Ley 11 de 1986, transcrita en el Código de Régimen Municipal, artículo 130, último inciso, a cuyo tenor los alcaldes son los jefes de policía del municipio, puede el alcalde revocar la sanción impuesta por los referidos comandantes y si su orden en tal sentido debe ser cumplida con prontitud y diligencia.

Veamos: El artículo 227 del Código Nacional de Policía, que hace parte del título referente al "procedimiento", establece:

"La medida a cargo de los comandantes de estación o subestación no requiere de resolución escrita, pero deberá levantarse acta en la que se consignen sucintamente los hechos, se identifique al contraventor y se indique la medida correctiva aplicada. Cuando se trate simplemente de amonestación en privado, reprensión en audiencia pública y expulsión, bastará con hacer las anotaciones respectivas en el libro que al efecto se lleve en el comando.

La anotación deberá llevar la firma del comandante y del contraventor".

Y por su parte, el artículo 229 del mismo Código, dispone:

"Contra las medidas correctivas impuestas por los comandantes de estación o subestación no habrá ningún recurso. Contra las impuestas por los alcaldes e inspectores, procede el de reposición".

Es decir, que el Código Nacional de Policía atribuye a los comandantes de estación y subestación de policía el conocimiento de las contravenciones anteriormente enumeradas, en única instancia, y dispone que contra la decisión que se tome en tales casos no habrá recurso alguno. Obedece esta disposición a la naturaleza de los hechos que dan lugar a las mencionadas contravenciones, los cuales exigen una inmediata intervención y solución por parte de las autoridades policivas.

Pero el hecho de que no proceda recurso alguno contra las decisiones tomadas por los comandantes de estación o subestación, no significa que tales decisiones no puedan ser objeto de revocación directa por parte del alcalde.

En efecto: El artículo 128 del Código de Régimen Municipal, en concordancia con el artículo 200 de la Constitución Nacional (cuyo texto actual fue adoptado mediante el Acto Legislativo Nº 1 de 1986), dispone que el alcalde será el jefe de la administración municipal; y el artículo 130 del mismo código establece que dicho funcionario es al mismo tiempo jefe de la administración pública y jefe de policía en el municipio; es decir, que todos los funcionarios de policía y para el caso, los comandantes de estación y subestación, son subordinados del alcalde en el ámbito municipal; de ahí la disposición del artículo 130 en el sentido de que las órdenes del alcalde a la policía, las cuales deberán ser dadas por intermedio del respectivo comandante, son de carácter obligatorio y deberán ser atendidas con prontitud y diligencia. Es de hacer notar que lo anterior está en consonancia con el espíritu del Acto Legislativo Nº 1 de 1986 y de la Ley 11 del mismo año, que buscaron fortalecer la administración municipal.

Pues bien, el alcalde, como jefe de policía en el municipio, puede revocar las decisiones tomadas por sus subordinados los comandantes de estación o subestación, en relación a las contravenciones de las cuales se ha venido hablando, cuando tales decisiones sean violatorias de la legalidad; debe tenerse en cuenta que cuando contra una decisión no proceden recursos, ésta puede ser revocada directamente por el mismo funcionario que la dictó o por su superior, de oficio o a petición de parte; además, aunque el artículo 9º de la Ley 58 de 1982 sólo contempla el recurso de revocación directa para cuando no se ha hecho uso de los recursos de la vía gubernativa, ello no obsta para que se lo admita cuando, como en este caso, no existe ningún recurso por la vía gubernativa.

De modo que si el alcalde revoca la decisión del comandante de estación o subestación de policía, tal orden será obligatoria y deberá ser atendida con prontitud y diligencia.

II. En relación a la segunda pregunta formulada en la consulta, la Sala encuentra:

Se refiere la cuestión a que se defina si los alcaldes, con fundamento en el artículo 320, literal d), del Código de Régimen Municipal, pueden delegar en los inspectores de policía la competencia que tienen para conocer y decidir los procesos policivos sobre lanzamiento por ocupación de hecho de que tratan la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930.

El Código de Régimen Municipal, en su artículo 320 establece que las Inspecciones Municipales de Policía dependen del respectivo alcalde; señala las funciones que corresponden a los inspectores y, en su ordinal d) prevé como una de ellas la de "ejercer las demás funciones que les deleguen los alcaldes".

El artículo 128 del Código de Régimen Municipal, dispone, al igual que el artículo 200 de la Constitución, que en todo municipio habrá un alcalde que será el jefe de la administración municipal; y los artículos 130 y siguientes del mismo código establecen cuáles son las atribuciones del mencionado funcionario.

A las funciones allí enumeradas, debe agregarse la prevista en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905, y en el Decreto 992 de 1930.

El mencionado artículo 15 de la Ley 57 de 1905 establece: Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el jefe de policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso alguno ni a diligencia que pueda demorar la desocupación de la finca.

Parágrafo. El jefe de policía moroso en el cumplimiento del deber que le impone el inciso anterior, será responsable en la misma forma y términos de que trata el artículo 12.

El Decreto 992 de 1930 reglamenta el artículo anterior y, entre otras disposiciones, establece que la competencia para conocer de dichos procesos policivos de lanzamiento por ocupación de hecho, corresponde

Al alcalde municipal, cuyas decisiones son apelables para ante el inmediato superior.

Pues bien, como antes se expresó, el artículo 320, ordinal d) del Código de Régimen Municipal, prevé la posibilidad de que el alcalde delegue funciones a los inspectores municipales de policía y no establece restricción a esa facultad de delegar.

Por lo tanto, no observa la Sala obstáculo legal alguno para que el alcalde, jefe de la administración municipal, pueda delegar a sus subordinados los inspectores municipales de policía la función que le confieren la Ley 57 de 1905, artículo 15, y el Decreto 992 de 1930; tal delegación sería una simple aplicación del principio de la desconcentración de la administración, que busca que ésta sea más eficiente y esté más cerca de los administrados.

En esta forma queda respondida la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

Transcríbase en copia auténtica.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas,* Ausente con excusa; *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*DIPUTADOS.*

*1. Período. ¿Cuándo se inicia?*

*2. Los diputados no pueden ser designados por el Gobernador durante el período legal que principia el 1º de octubre siguiente a las elecciones, para ningún empleo del departamento, salvo el de Secretario de Gobierno y el de Alcalde, éste basta cuando se realicen las elecciones populares de alcaldes, conforme al acto legislativo número 1 de 1986. En todos estos casos, de excepción, como también cuando sean empleados oficiales en entidades distintas del Departamento, según el artículo 23 de la Ley 3ª de 1986, "se produce vacante transitoria en la Asamblea".*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., siete de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 068.

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

"El artículo 49 del Decreto-Ley 1222 de 1986 estatuye:

"Los Diputados principales y suplentes no podrán ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo Departamento, a menos que fuere en los cargos de Secretario de Gobernación o Alcalde. En estos casos se produce vacante transitoria en la Asamblea. También se produce vacancia cuando se desempeñen como empleados oficiales".

"A su vez el artículo 48 del referido decreto preceptúa que:

"Las incompatibilidades establecidas por la Constitución y las leyes para los Senadores, Representantes y Diputados, tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, las incompatibilidades se mantendrán por un año después de su aceptación, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período (Art. 112 de la Constitución Política)".

"Con fundamento en los artículos transcritos, se consulta:

"1. Se puede nombrar en los cargos de Gobernador, Gerente o Director de Entidades Descentralizadas o Jefes de Departamento Administrativo a los diputados principales o suplentes, del respectivo departamento?

"2. Como las incompatibilidades para los diputados tienen vigencia durante el período constitucional respectivo y no existe norma que determine la fecha de iniciación de éste, se podría concluir que el mismo comienza el 1º de octubre siguiente a la fecha de la elección, en atención a que esa oportunidad, de acuerdo al artículo 29 del Decreto 1222 ya citado, se instalan las Asambleas Departamentales e inician su nuevo período de sesiones?

"3. Si se acepta la tesis de que el período de los diputados comienza el 1º de octubre siguiente a la fecha de la elección, se podría hacer nombramiento antes del 1º de octubre de este año en cargos diferentes de los de Secretarías de Gobernación y Alcaldes, a los diputados electos en marzo de 1986?"

*La Sala considera y responde*:

1º El artículo 272 de la Ley 4ª de 1913 prescribía que el período de los diputados principia el 1º de marzo siguiente a la elección. Pero el artículo 1º de la Ley 6ª de 1958 varió esta fecha al prescribir que las asambleas se reunirán, en sesiones ordinarias, el 1º de octubre de cada año, por un período de dos meses que se extiende hasta el 30 de noviembre siguiente, inclusive. Esta disposición actualmente corresponde a los artículos 29 y 30 del Decreto-Ley 1222 de 1986.

Por consiguiente, el período de dos años de los diputados, también se inicia el 1º de octubre del año en que se efectúen las elecciones, fecha en la cual deben tomar posesión de sus respectivos cargos.

2º Los artículos 27 de la Ley 96 de 1920 y 9º de la Ley 77 de 1931 prescribieron, por una parte, que las personas elegidas diputados, pierden los empleos que desempeñen al tomar posesión del cargo de diputados y, por otra parte, que los mismos, desde la posesión de sus cargos, quedan inhabilitados durante el resto del *período* para desempeñar empleos conferidos por el Gobernador, salvo el de Secretario de Gobierno del Departamento, cuya aceptación implica vacante transitoria durante el tiempo que dure el empleo. Así también entendió la Sección Primera del Consejo, en sentencia del 6 de julio de 1982.

El artículo 23 de la Ley 3ª de 1986 modificó las disposiciones antes referidas en cuanto dispuso que "los diputados principales y suplentes no podrán ser nombrados empleados o trabajadores del respectivo Departamento, a menos que fuere de Secretario de Gobernación o de Alcalde" y que en estos casos, como cuando los diputados "se desempeñen como empleados oficiales", se produce "vacante transitoria en la Asamblea". De manera que el transcrito precepto reitera la prohibición y la excepción antes existentes, las extiende también a los suplentes y además permite designar a los diputados, principales y suplentes, como alcaldes, pero sólo hasta cuando se deban efectuar elecciones populares de alcaldes, de conformidad con el Acto Legislativo número 1º de 1986 que prevalece sobre el artículo 23 de la Ley 3ª de 1986.

3º La posibilidad que prescribe el artículo 23 de la Ley 3ª de 1986, 49 del Decreto-Ley 1222 de 1986, como sucedía con las disposiciones que modificó, rige para los diputados, principales y suplentes, durante el período de dos años, contados desde el 1º de octubre siguiente a la fecha en que se efectúen las elecciones.

4º Sin embargo, las prohibiciones que prescribe el artículo 51 del Decreto-Ley 1222 de 1986, para los senadores, representantes, diputados, consejeros intendenciales y comisariales, en relación con la correspondiente entidad, deberán ser observadas, según dispone específicamente, "desde el momento de su elección".

De lo expuesto se concluye que los diputados no pueden ser designados por el gobernador, durante el período legal que principia el 1º de octubre siguiente a las elecciones, para ningún empleo del Departamento, salvo el de Secretario de Gobierno y el de Alcalde, éste basta cuando se realicen las elecciones populares de alcaldes, conforme al Acto Legislativo número 1 de 1986. En todos estos casos de excepción, como también cuando sean empleados oficiales en entidades distintas del Departamento, según el artículo 23 de la Ley 3ª de 1986, "se produce vacante transitoria en la Asamblea".

Transcríbase al señor Ministro de Gobierno y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República, en sendas copias auténticas.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas,* Ausente con excusa legal; *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*VIGILANCIA JUDICIAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS.*

*Antes, como ahora, (Ley 25 de 1974) los FISCALES ejercen la vigilancia de los funcionarios y empleados de los juzgados y tribunales ante los cuales actúan; que ellos pueden pedir que se adelanten las investigaciones disciplinarias que consideren necesarias; que los FUNCIONARIOS JUDICIALES son investigados por la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION y son juzgados disciplinariamente, según el artículo 160, inciso 2º de la Constitución, por sus superiores jerárquicos y los empleados judiciales conforme a los artículos 131 y 152 del Decreto-Ley 2400 de 1986. Ni la Constitución ni la ley contemplan la posibilidad de comisionar a los fiscales de los tribunales y juzgados para que adelanten procesos disciplinarios contra los funcionarios y empleados de esas entidades: les incumbe su vigilancia y pueden pedir que se investiguen los delitos o las fallas en que, a su juicio, pudieren incurrir.*

*EMPLEADOS PUBLICOS. Vigilancia judicial.*

*EMPLEADOS JUDICIALES. Vigilancia judicial e investigación disciplinaria. ¿A quién corresponde?*

*FUNCIONARIOS JUDICIALES. Investigación. ¿A quién corresponde?*

*FISCALES DE LOS TRIBUNALES Y DE LOS JUZGADOS. Comisión para adelantar procesos disciplinarios contra los funcionarios y empleados de esas entidades. No pueden comisionarse. FISCALES DE LOS TRIBUNALES Y DE LOS JUZGADOS. Funciones ante ellos.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 056.

Se absuelve la consulta que el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República hace a la Sala, por solicitud del señor Fiscal 10º del Circuito de Bogotá, sobre si es o no posible abstenerse de aplicar, por excepción de inconstitucionalidad, el artículo 27 de la Ley 25 de 1974 en cuanto permite que funcionarios investigadores de la Procuraduría comisionen a los Fiscales *para adelantar* investigaciones disciplinarias contra los jueces ante los cuales actúan como partes, con los obvios inconvenientes que ello implica; esto no obstante

que en el ejercicio de sus funciones como agentes del ministerio público. vigilan, en diversas formas, la conducta de los jueces.

*La Sala considera y responde*:

La Sala estima, en relación con la materia consultada, que jurídicamente no es el caso de aplicar la excepción de inconstitucionalidad al artículo 27 de la Ley 25 de 1974, por los siguientes motivos:

El artículo 143 de la Constitución, dispone que "corresponde a los funcionarios del ministerio público... supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos" y el artículo 27 de la Ley 25 de 1974, que sustituyó el artículo 89 del Decreto-Ley 250 de 1970, específicamente les atribuye "la vigilancia judicial".

El precepto asigna esta competencia a los funcionarios que integran el Ministerio Público. De este modo dispone que "en los tribunales, juzgados y demás autoridades que desempeñen funciones jurisdiccionales (la vigilancia) la ejercerá el respectivo agente del Ministerio Público, sin perjuicio de las funciones que corresponden al Procurador General, a los Procuradores Delegados, a los Procuradores Regionales y a los Jefes de Oficinas Seccionales..."

De donde se infiere que el artículo 27 de la Ley 25 de 1974 atribuye a los fiscales de los juzgados, como agentes del Ministerio Público, la vigilancia de las entidades ante las cuales actúan. Pero esta disposición no faculta a ningún funcionario de la Procuraduría para comisionar a los fiscales a fin de que adelanten procesos disciplinarios contra los jueces ante los cuales actúan; los fiscales, que ejercen funciones paralelas a los jueces, *no tienen más atribuciones que las que les asignan la Constitución y las leyes.* Además, aunque hacen parte del Ministerio Público, *la Constitución y las leyes asimilan su status, con la consiguiente autonomía, al que tienen sus pares de la Rama Jurisdiccional* también regida, exclusivamente, en virtud del principio del centralismo político, por la Constitución y las leyes.

Por consiguiente, si conforme al artículo 102 del Código de Procedimiento Penal "el Ministerio Público, como representante de la sociedad, debe procurar la sanción de los infractores de la ley, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción", por disposición del artículo 27 de la Ley 25 de 1974 le corresponde, *como atribución autónoma y directa,* vigilar la conducta de los empleados y funcionarios judiciales ante los cuales actúa como fiscal y, si fuere del caso, pedir que se adelante *la correspondiente investigación disciplinaria.* Es decir, en otros términos, que el artículo 27 de la Ley 25 de 1974, sólo atribuye a los fiscales ejercer la vigilancia de los jueces ante los cuales actúan; pero no autoriza comisionarlos con el objeto de adelantar contra ellos investigaciones disciplinarias, lo que lleva a concluir que no es contrario a la Constitución. El señor Fiscal 10º del circuito interpretó, según parece, el mencionado precepto legal en el sentido de que autoriza comisionar a los fiscales para adelantar las referidas investigaciones disciplinarias pero, en rigor jurídico, no tiene ese sentido y sólo permite vigilar la conducta de los empleados y funcionarios judiciales y pedir, si fuere del caso,

que el funcionario competente adelante la correspondiente investigación disciplinaria.

El artículo 119 del Decreto-Ley 2400 de 1986 se remite a la legislación anterior al disponer que "el régimen disciplinario de los funcionarios judiciales continuará regulándose por las disposiciones pertinentes sobre la materia" y, respecto de los empleados, el artículo 131 *ibídem* dispone, en forma clara e inequívoca, que "la investigación disciplinaria podrá ser adelantada por la autoridad nominadora del empleado judicial o por funcionario o empleado delegado por ella, evento en el cual el investigador deberá ser de igual o superior categoría al investigado". Por consiguiente, este precepto regula la investigación de las faltas disciplinarias de los empleados judiciales en forma igual o semejante a la prescrita para los empleados administrativos por la Ley 13 de 1984 y determina, sin dejar ninguna duda, los empleados que deben realizar la investigación. El artículo 152 del Decreto-Ley 2400 de 1986 complementariamente dispone que "la autoridad nominadora del empleado investigado procederá a calificar la falta, conforme a los criterios señalados en este decreto, y a determinar la sanción que deba imponerse".

De donde se concluye que antes como ahora los fiscales ejercen la vigilancia de los funcionarios y empleados de los juzgados y tribunales ante los cuales actúan; que ellos pueden pedir que se adelanten las investigaciones disciplinarias que consideren necesarias; que los funcionarios judiciales son investigados por la Procuraduría General de la Nación y juzgados disciplinariamente, según el artículo 160, inciso 2º, de la Constitución, por sus superiores jerárquicos y los empleados judiciales conforme a los artículos 131 y 152 del Decreto-Ley 2400 de 1986. Ni la Constitución ni la ley contemplan la posibilidad de comisionar a los fiscales de los tribunales y juzgados para que adelanten procesos disciplinarios contra los funcionarios y empleados de esas entidades: les incumbe su vigilancia y pueden pedir que se investiguen los delitos o las faltas en que, a su juicio, pudieren incurrir.

De todo lo expuesto, la Sala concluye que no se debe inaplicar, mediante excepción de inconstitucionalidad, el artículo 27 de la Ley 25 de 1974 porque no es contrario a la Constitución; se limita a prescribir que a los fiscales corresponde la vigilancia de la conducta de funcionarios ante los cuales actúen, con la posibilidad de pedir que se adelante la correspondiente investigación penal o disciplinaria. Ni la disposición que se comenta ni ninguna otra de carácter legal faculta para comisionar a los fiscales a fin de que adelanten investigaciones disciplinarias contra los jueces ante los cuales actúan como agentes del Ministerio Público.

Transcríbase en sendas copias auténticas, al señor Jefe del Departamento Administrativo y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.*

*No puede ejercer funciones administrativas de ninguna especie en relación a las entidades cuyo control fiscal le está atribuido, implica que el artículo 26 del Decreto-Ley 911/32 que daba facultad al Contralor para pedir "la remoción" del empleado moroso en la rendición de cuentas, o en la corrección de errores, no tiene actualmente vigencia por ser contrario a esas disposiciones constitucionales y legales. (Art. 59, C. N., Ley 20 de 1975).*

*MORA EN LA RENDICION DE CUENTAS. Puede constituir una falta disciplinaria del empleado que debe rendirlas, o en tal caso el jefe del organismo o de la dependencia regional correspondiente o la misma Procuraduría General de la Nación (mas no la Contraloría), están facultadas para iniciar un proceso disciplinario.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., diez de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Consulta sobre la vigencia del artículo 26 del Decreto-Ley 911 de 1932. Radicación Nº 070.

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, formula a la Sala una consulta sobre la vigencia del artículo 26 del Decreto-Ley 911 de 1932.

Luego de transcribir la norma acabada de mencionar (la cual, en síntesis, faculta al Contralor General de la República para aplicar multas a quienes no rindieran oportunamente las cuentas o informes que les correspondiera presentar y para, en caso de demora repetida e injustificada en el envío de tales cuentas e informes, "solicitar la remoción del empleado responsable"), el señor Ministro hace un recuento de las normas constitucionales y legales dictadas en relación a la Contraloría desde 1945 en adelante y termina formulando las siguientes preguntas:

"1º Se encuentra vigente el artículo 26 del Decreto-Ley 911 de 1932 o debe considerarse subrogado por el artículo 64 de la Ley 20 de 1975?"

"2º Como la Contraloría General de la República tuvo consagración constitucional con la expedición del Acto legislativo Nº 1 de 1945, y el artículo 9º de la Ley 153 de 1887 dispone, bajo el carácter de regla general sobre la validez y aplicación de las leyes, que la Constitución es reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente, por lo cual toda norma legal anterior que sea contraria a su letra o espíritu se

desechará como insubsistente, está vigente el artículo 26 del Decreto 911 de 1932 frente al inciso 2º del artículo 59 de la Constitución Política?"

"3º La figura de la 'remoción' del empleado moroso en la rendición de cuentas a que tal norma (artículo 26 del Decreto-Ley 911 de 1932) se refiere, es un fenómeno propio y exclusivo del control fiscal, y en tal virtud regido por las reglamentaciones que expida la Contraloría General, o es una sanción disciplinaria y en tal caso cuál es el procedimiento legal vigente para su imposición?"

*La Sala considera y responde*:

El Decreto-Ley 911 de 1932, dispone en su artículo 26, lo siguiente:

"Artículo 26. Si no se rinden, sin causa justificativa, las cuentas o informes dentro del término y en la forma exigidos por la ley o por los reglamentos de la Contraloría General, incurre el empleado culpable en una multa de veinticinco pesos ($ 25.oo), la que se descontará del sueldo de dicho empleado, si así lo dispone el Contralor General, sin perjuicio de cualquier otra pena civil o correccional que su omisión pueda acarrearle. Las demoras repetidas e injustificadas en el envío de cuentas o informes, o la repetición de errores y diferencias en las que mande, serán causa suficiente para que el Contralor General solicite por escrito la remoción del empleado responsable de esas demoras, diferencias y errores, tal solicitud será atendida por la autoridad facultada para nombrar al sucesor de dicho empleado.

El sueldo o remuneración que reciba dicho empleado dejará de devengarse dos semanas después del día en que se hiciere la anterior solicitud, si antes no ha sido removido el empleado.

Cuando el empleado renuente a rendir cuentas estuviere separado de su cargo por dimisión u otra causa, será castigado con una multa no mayor de tres mil pesos ($ 3.000.oo), o por arresto por un término no mayor de dos años".

¿Está o no vigente la norma acabada de transcribir?

*Veamos*:

La Contraloría General de la República tiene su origen en la Ley 42 de 1923, la cual creó el "Departamento de Contraloría" y le asignó detalladas funciones referentes a la competencia exclusiva sobre el "examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación" ...sobre el "examen y revisión de todas las deudas y reclamaciones, de cualquier naturaleza, a cargo o a favor de la República, derivados de la administración activa y pasiva del Tesoro Nacional", y sobre "todos los asuntos relacionados con los métodos de contabilidad y con la manera de llevar las cuentas de la Nación, la conservación de comprobantes y el examen e inspección de libros, registros y documentos referentes a dichas cuentas".

Posteriormente, el Presidente de la República, en uso de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas mediante las Leyes 99 y 119 de 1931, dictó el Decreto-ley 911 de 1932, a cuyo artículo 26 se

refiere la consulta; dicho decreto reformó las normas relativas a la contabilidad oficial de la Nación y al Departamento de Contraloría.

Hasta 1945 la Contraloría tuvo soporte meramente legal. Pero en la reforma constitucional de aquel año vino a dársele consagración constitucional. En efecto, el Acto Legislativo Nº 1 de 1945, en su artículo 93, dispuso lo siguiente:

"El artículo 209 de la Constitución quedará así:

"Artículo 209. La vigilancia de la gestión fiscal de la administración corresponde a la Contraloría General de la República".

"La Contraloría será una oficina de contabilidad y de vigilancia fiscal, y no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes al desarrollo de su propia organización".

"......"

Como se observa, fue voluntad del constituyente que la Contraloría fuera "una oficina de contabilidad y vigilancia fiscal" y no tuviera funciones administrativas.

Más tarde, el Acto Legislativo Nº 1 de 1968 dio una nueva forma a la disposición anterior y la adoptó en el que actualmente es el artículo 59 de la Constitución; dicho artículo dice:

"Artículo 59. La vigilancia de la gestión fiscal de la Administración corresponde a la Contraloría General de la República y se ejercerá conforme a la ley.

"La Contraloría no ejercerá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización".

"....."

De modo que en virtud del mandato constitucional acabado de transcribir, el cual es de claridad meridiana, la Contraloría General de la República tiene solamente funciones de control fiscal de la administración (las cuales han de ejercerse conforme lo disponga la ley), y le está expresamente vedado el ejercicio de cualesquiera funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización. En otras palabras, la Contraloría no puede ejercer función administrativa alguna en relación a las entidades sometidas a su control fiscal.

El Consejo de Estado (tanto en la Sala de Consulta y Servicio Civil como en la Sala de lo Contencioso Administrativo) se ha pronunciado en repetidas oportunidades en el sentido de dejar claramente sentado el anterior principio.

Por ejemplo, recientemente, en concepto del 14 de agosto de 1986 (radicación Nº 043), dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil, lo siguiente: "La Contraloría General de la República, según el artículo 59 de la Constitución, ejerce la vigilancia de la 'gestión fiscal de la administración' y no puede tener 'funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización'. Este concepto, según reiterada jurisprudencia, significa que la Contraloría ejerce exclusivamente el control numérico legal de la administración, a manera de un 'poder de vigilancia de la gestión fiscal, que debe ejercer dentro de los límites que la pro-

pia Constitución y que las leyes establecen' (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 26 de septiembre de 1973). Del mismo modo, la jurisprudencia afirma que la Contraloría no puede, 'so pretexto de fiscalizar, inmiscuirse en las labores administrativas' ni tampoco 'juzgar sobre la legalidad o ilegalidad intrínseca de los actos' de la Administración, puesto que 'ello es atribución que incumbe a los funcionarios jurisdiccionales, de acuerdo con la competencia que le atribuye el legislador' (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 15 de mayo de 1978)".

Ahora bien, la Ley 20 de 1975, por la cual se fijaron los "sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal" por parte de la Contraloría, dispuso lo siguiente en su artículo 1º:

"Además de lo ordenado por las disposiciones vigentes en cuanto no resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente ley, la vigilancia de la Contraloría General de la República sobre la gestión fiscal de la administración se ejercerá de conformidad con las normas, sistemas y directrices que se señalan en esta ley".

Es decir, que esta norma en desarrollo del precepto del artículo 59 de la Constitución, establece también que la función de la Contraloría es la de ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y prevé que tal vigilancia se realizará de conformidad con las previsiones que la misma ley contiene.

Pues bien, el inequívoco mandato del artículo 59 de la Constitución y de la Ley 20 de 1975 de acuerdo al cual la Contraloría General de la República no puede ejercer funciones administrativas de ninguna especie en relación a las entidades cuyo control fiscal le está atribuido, implica que el artículo 26 del Decreto-Ley 911 de 1932 que daba facultad al Contralor para pedir "la remoción" del empleado moroso en la rendición de cuentas, o en la corrección de errores, no tiene actualmente vigencia por ser contrario a esas disposiciones constitucionales y legales.

En efecto, el hecho de que se pudiera solicitar la "remoción" de un empleado, y que dicha solicitud debiera ser acatada obligatoriamente por el nominador, significaría el ejercicio de una función claramente administrativa que colocaría en manos de la Contraloría la capacidad de desvincular a un empleado de la administración pública, y tal posibilidad es contraria al mandato del inciso 2º del artículo 59 de la Constitución Nacional, pues la desvinculación de un empleado, como su nombramiento, es un acto administrativo.

La Ley 20 de 1975, en su artículo 64, estableció cuál es la facultad precisa que tiene el Contralor frente al caso de retardo en la presentación de las cuentas que le deban ser rendidas: la de imponer multas hasta por el valor de un mes de remuneración del cuentadante, para cada período en el cual éste no presente oportunamente las cuentas de su manejo. Esta disposición que sí guarda armonía con el principio de que la Contraloría sólo tiene una función de vigilancia de la gestión fiscal de la administración, es la norma vigente en la actualidad.

Conviene observar que el artículo 26 del Decreto-Ley 911 de 1932 tenía dos partes: la que facultaba al Contralor para imponer multas

al empleado moroso y la que le atribuia la función de pedir su "remoción"; la primera, compatible con el principio hace un instante traído a colación, fue sobrogada por el artículo 64 de la Ley 20 de 1985; y la segunda —como ya se ha dejado analizado—, perdió vigencia ante la reforma constitucional de 1945, la cual introdujo el postulado contenido en el que, luego de la reforma constitucional de 1968, es el actual artículo 59 de la Carta.

Ahora bien, la mora en la rendición de las cuentas puede constituir una falta de disciplina del empleado que deba rendirlas, de conformidad con el Decreto-Ley 2400 de 1968 y la Ley 13 de 1984, pues puede entrañar el incumplimiento de sus deberes, y en tal caso el jefe del organismo o de la dependencia regional correspondiente o la misma Procuraduría General de la Nación (mas no la Contraloría), están facultados para iniciar un proceso disciplinario, el cual es susceptible de terminar con imposición de alguna de las sanciones que la misma Ley 13 señala en su artículo 15. Ello no obsta para que la Contraloría General de la República pueda pedir que se inicie una investigación administrativa contra el funcionario cuya conducta crea que deba ser investigada.

La destitución de un empleado de la administración es una sanción disciplinaria, prevista para el caso de que se cometan faltas graves, se incurra en concurso formal o material de faltas, o se reincida en la comisión de faltas leves; su imposición está regida por las normas generales sobre régimen disciplinario contenidas en el Decreto-Ley 2400 de 1968, en la Ley 13 de 1984 y en sus decretos reglamentarios, y para ciertos funcionarios, por disposición expresa del parágrafo del artículo 1º de la Ley 13, acabada de citar, en leyes y decretos especiales.

Además, la destitución es la más fuerte sanción disciplinaria; a su imposición solamente puede llegarse como culminación de un proceso disciplinario adelantado con todas las formalidades legales.

Finalmente, la Ley 13 de 1984 establece claramente en su artículo 16, que la facultad de imponer la sanción de destitución corresponde a la autoridad nominadora, previo el cumplimiento de los trámites que la misma ley prevé, entre los cuales están, obviamente, la plena observancia de las normas relativas al derecho de defensa y la intervención potestativa de la Procuraduría General de la Nación.

En estos términos deja la Sala respondida la consulta.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas,* Ausente con excusa; *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*ACTIVIDAD DE EXPLOTACION MINERA.*

*VER: Sociedad Ordinaria de Minas y Empresas para el aprovechamiento o explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza. Regulación.*

*SOCIEDAD ORDINARIA DE MINAS Y EMPRESAS PARA EL APROVECHAMIENTO O EXPLOTACION MERCANTIL DE LAS FUERZAS O RECURSOS DE LA NATURALEZA. REGULACION.*

*1º El Código de Minas, clasifica en su capítulo XVI las sociedades para la elaboración de minas, regula su funcionamiento y la forma de resolver los litigios entre los socios.*

*2º El Código de Comercio, al regular la actividad comercial en su artículo 20, numeral 16, establece como mercantil para efectos legales las empresas enunciadas. ACTIVIDAD DE EXPLOTACION MINERA. Actividad mercantil.*

*3º El Código de Comercio no pudo derogar las normas del Código de Minas, referentes a la Sociedad ordinaria de minas, por cuanto ésta es de naturaleza especial. - Minas.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 075.

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

*Fundamentos de la consulta*:

Las disposiciones que dan lugar a la consulta, son las siguientes:

Frente a la vigencia del Decreto 10 de 1971, actual Código de Comercio, y especialmente de su artículo 20, numeral 16 que establece que son mercantiles para todos los efectos legales las empresas para el aprovechamiento y explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza, ¿puede considerarse que el capítulo XVI de la Ley 153 de 1887, que regula las sociedades ordinarias de minas a la luz de la disposición antes mencionada se halla vigente?

*La Sala considera y responde*:

1. El llamado Código de Minas, incorporado en la legislación nacional por la Ley 38 de 1887, clasifica en su capítulo XVI las sociedades

para la elaboración de las minas en colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias; esta última viene a ser una sociedad de tipo especial, adicional a las tradicionales. En efecto, el código regula en forma amplia su funcionamiento y la forma de resolver los litigios y problemas entre los socios. En realidad esta fórmula societaria la establece el código para regular el laboreo de las minas con una manera sencilla y simple de asociación en la cual no existen solemnidades de ninguna especie. Desde que dos o más personas convengan en laborar una mina, el código en su artículo 283 solamente exige el nombramiento de Presidente o Director de ellas. Es pues una forma especial, sui géneris, adoptada en el antiguo Código de Minas en el Estado Soberano de Antioquia con el fin de facilitar el laboreo de minas por los mineros cuando la mina perteneciere a varias personas. La jurisprudencia de la Corte tradicionalmente ha considerado a las sociedades ordinarias como comunidades sui géneris, diferentes de la comunidad civil (Casación de 24 de octubre de 1938, *Gaceta Judicial* Nº 1964-1965, p. 386), lo que resalta su carácter de sociedad especial. En realidad, es esta una forma simple de organización para facilitar el laboreo de minas por pequeños mineros, que no explotan empresarialmente la mina.

2. Cuando la explotación de una mina y su laboreo se hagan en forma de actividad empresarial, con carácter comercial y no podrá apartarse de los cuatro tipos tradicionales establecidos por el Código de Comercio, cuales son: anónima, limitada, comanditas y colectivas.

En efecto, el Código de Comercio al regular la actividad comercial en su artículo 20, numeral 16, establece como mercantil para los efectos legales "Las empresas para el aprovechamiento o explotación mercantil de las Fuerzas o Recursos de la Naturaleza". Queda en esta norma comprendida la actividad de explotación minera siempre que ella sea ejercida como actividad empresarial. Pero distinto es el caso de quienes laboran o explotan una mina sin ánimo comercial y con el fin de poner en circulación el producto de su trabajo; tales personas no realizan ningún acto de comercio.

Así las cosas, el Código de Comercio no pudo derogar las normas del Código de Minas referente a la sociedad ordinaria de minas, por cuanto ésta es de naturaleza especial regulada exclusivamente en tal Código, al paso que el de Comercio, finalmente expedido mediante Decreto-Ley 410 de 1971, regula exclusivamente actividades de carácter mercantil; de allí que las normas expresamente derogadas de acuerdo con el artículo 2033 del Código, sólo se refiere al Código de Comercio Terrestre y al Código de Comercio Marítimo adoptados por la Ley 57 de 1887, con todas las leyes y decretos complementarios o reformatorios que versen sobre las mismas materias.

Mal podía la derogatoria incluir normas de otros códigos que como el de Minas son ajenos a la actividad de los comerciantes. De otra parte, las precisas facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 16 de 1968, en el numeral 15 de su artículo 20, lo fueron para expedir y poner en vigencia el proyecto de ley que sobre Código de Comercio se hallaba a consideración del Congreso, el cual no incluía la reforma o derogatoria de las normas que prevén la existencia de la Sociedad ordinaria de Minas.

En los anteriores términos, *se absuelve* la consulta formulada por el señor Ministro de Minas y Energía.

Transcríbase en copia auténtica.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* Ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

*ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL, DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, MUNICIPAL, INTENDENCIAL Y COMISARIAL.*

*1º Normación.*

*2º Creación.*

*3º Empleados.*

*4º Actividades.*

*EMPRESAS VARIAS MUNICIPALES DE MEDELLIN. El Municipio de Medellín optó por prestar los servicios comprendidos en las Empresas Varias Municipales de Medellín por el procedimiento de servicio público, propio del establecimiento público, no por el derecho privado. Tal régimen jurídico subsiste mientras esté vigente el acto que lo creó.*

*EMPRESAS VARIAS MUNICIPALES DE MEDELLIN. Servicio público. Régimen jurídico.*

*Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.*— Bogotá, D. E., veintiuno de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Consulta. Radicación Nº 076.

Se absuelve la consulta que el señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República hace a la Sala, en relación con el Acuerdo Nº 56, expedido el 19 de septiembre de 1964 por el Consejo Municipal de Medellín, sobre los siguientes puntos, que se transcriben textualmente:

"1. ¿La calificación que el Acuerdo de creación de las Empresas Varias Municipales de Medellín le da a esta entidad descentralizada, de establecimiento público, debe considerarse vigente al no haber sido modificado por las autoridades competentes para hacerlo de conformidad con la ley, o puede considerarse modificado por las reformas constitucional y administrativa de 1968, que señalaron nuevas categorías en la descentralización por servicios?

"2. En el evento de que se responda al interrogante anterior en el sentido de que las reformas del año 1968 han modificado el Acuerdo de creación de las Empresas Varias Municipales de Medellín, se puede concluir del análisis de la naturaleza de los servicios públicos que presta que su categoría corresponde a la de un establecimiento público, o a la de una empresa industrial o comercial del Estado.

"3. Finalmente, puede considerarse que habiendo establecido las reformas del año de 1968 varias categorías de descentralización por servicios correspondiéndole a cada una de ellas un régimen jurídico diferente, es atribución de las autoridades competentes para crearlas, modificarlas, fusionarlas o suprimirlas, determinar, como consecuencia de un juicio de conveniencia administrativa, la forma o categoría legal bajo la cual se estructurará y funcionará el ente descentralizado, e igual potestad puede predicarse respecto de la decisión de modificar su naturaleza o de abstenerse de hacerlo, poniendo de presente en este último evento, la ausencia de mandato legal en contrario".

*La Sala considera y responde*:

1º El Acto Legislativo Nº 1 de 1968 contempla, como parte de la estructura fundamental del país, la existencia de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta del Estado, los departamentos y los municipios, (Arts. 76, ordinal 10º, 120, ordinales 1º y 5º; 187, ordinal 6º, y 197, ordinal 4º, de la Constitución). La ley extiende este régimen, con fundamento en el artículo 6º de la Constitución, a las intendencias y comisarías, (Art. 6º, letra -f-, del Decreto-ley 467 de 1986).

De este modo se definió claramente que es posible crear las mencionadas entidades.

2º Los Decretos-Leyes 1050, 3130 y 3135 de 1968, 130 de 1976, 1042 y 1045 de 1978 regulan actualmente los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, como también las sociedades de economía mixta constituídas o integradas con su participación.

El artículo 5º del Decreto-ley 1050 de 1968 define los establecimientos públicos nacionales como los "organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público", y que tienen, además, personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

El artículo 6º del Decreto-ley 1050 de 1968 define las empresas industriales y comerciales del Estado como los "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", y que tienen, además, personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

El artículo 5º del Decreto-ley 3135 de 1968 prescribe que las personas que trabajan en los establecimientos públicos nacionales —como los que lo hacen en las dependencias del Estado— son empleados, salvo las que realicen actividades de construcción o mantenimiento de obras públicas, determinadas en los estatutos, que tienen el carácter de trabajadores oficiales vinculados, real o supuestamente, por contratos de trabajo.

En las empresas industriales y comerciales del Estado rige lo contrario. Por regla general todas las personas que trabajan en ellas son

trabajadores oficiales, excepto las que cumplen actividades de dirección o confianza, que se definen como empleados.

Además, mientras los establecimientos públicos están adscritos a la Administración Nacional, las empresas industriales y comerciales del Estado sólo están vinculadas a ella (arts. 1º del Decreto-ley 1050 y 8º del Decreto-ley 3130 de 1968).

3º No obstante que la Constitución defiere a la ley determinar las normas conforme a las cuales se puedan crear establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta departamentales y municipales (arts. 187, ord. 6º, y 197, ord. 4º, de la Constitución), sólo las expidió al principiar el año en curso, al cabo de algo más de 18 años de vigencia del Acto Legislativo número 1 de 1968 que efectuó la reforma.

En efecto, los artículos 5º de la Ley 3ª y 26 de la Ley II de 1986 prescriben que las entidades descentralizadas departamentales y municipales "se someten a las normas que contenga la ley" y a las disposiciones de carácter local que, respectivamente, expidan las asambleas y los concejos "en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, régimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales".

En idéntica forma el artículo 30 del Decreto-ley 467 de 1986 hace igual prescripción para las entidades descentralizadas de intendencias y comisarías; sólo difieren en que en este caso los órganos que pueden crearlas son, respectivamente, los consejos intendenciales o comisariales.

4º Pero, como las disposiciones legales citadas en el acápite anterior nada prescriben directamente sobre las entidades descentralizadas de carácter local, sino que se remiten "a las normas que contenga la ley", es claro que los vacíos legislativos pueden llenarse analógicamente, mediante la aplicación de las disposiciones relativas a las entidades descentralizadas de carácter nacional. La jurisprudencia había prohijado este criterio que, según lo explicado, aún tiene actualidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección Segunda, sentencia del 28 de octubre de 1985, ponente doctor José Eduardo Gnecco). Y si el Decreto-ley 3130 de 1968 reguló en el Capítulo X, "las empresas descentralizadas" del Distrito Especial de Bogotá, cuya creación corresponde al Concejo Municipal (arts. 187, ord. 4º, de la Constitución y 13, ord. 4º, del Decreto-ley 3133 de 1968), los artículos 73 a 77 inclusive, que se referían a ellas, fueron declarados inconstitucionales (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 1º de octubre de 1969, G. J. tomo CXXXVII, pág. 396).

5º Los artículos 5º y 6º del Decreto-ley 1050 de 1968, antes transcritos, *definen* los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, *pero no predeterminan las actividades que correspondan a aquéllos o a éstas:* porque la ley *puede escoger entre ellos el más conveniente* para la actividad que se trate de realizar, *sin más límite que el que se deriva de la estructura constitucional del país;* porque, con esta misma limitación, *no existen actividades que por sí*

*mismas, por su propia naturaleza sean, necesariamente, administrativas o comerciales* y que, en su orden, exclusivamente deban cumplirse por establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado; porque, por el contrario, cada una de esas entidades puede ser creada *por ley especial que señale su objeto o finalidad y prescriba las funciones que deba cumplir;* y porque *la misma ley que crea la entidad define la índole o naturaleza de la actividad que le incumbe:* Si establecimiento público nacional, *la actividad prevaleciente será administrativa;* si es empresa industrial o comercial del Estado, *ella será de derecho privado.*

De donde se deduce que para el cumplimiento de una determinada actividad, dentro de los límites constitucionales, *la ley puede optar entre el establecimiento público y la empresa industrial y comercial del Estado, según se proponga realizarla, en su orden, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado.*

Lo propio sucede en los departamentos y municipios. La asamblea departamental o el concejo municipal, por iniciativa del gobernador o del alcalde, según el caso, dentro de los límites constitucionales, puede crear un establecimiento público o una empresa industrial y comercial, *según busque realizar una determinada actividad, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado: si la primera será administrativa, si la segunda civil o comercial.*

6º En el caso objeto de la consulta, del acuerdo número 59 de 1964 se deduce claramente que las Empresas Varias Municipales de Medellín son un establecimiento público: porque se trata de una entidad municipal con patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica; porque tiene por objeto la gestión de varios servicios públicos del municipio de Medellín; porque su patrimonio es de carácter municipal y de sus rentas debe contribuir, con un determinado porcentaje, al mismo municipio; porque su Junta Directiva integrada, entre otros, por el alcalde y dos concejales, tiene funciones administrativas; porque está sujeto al control número legal de la Contraloría Municipal, mediante un auditor designado por el contralor y porque todas las personas que presten servicios a la entidad, con la sola excepción de los dedicados a la construcción y mantenimiento de obras públicas, que son trabajadores oficiales, tienen el carácter de empleados; así dispuso la Resolución número 685, de 26 de julio de 1982, expedida por la Junta Directiva de la mencionada entidad, declara válida mediante sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de noviembre de 1985. Además, según lo expuesto, ninguna disposición, ni ningún acto relativo a las Empresas Varias Municipales de Medellín prescribe que deba ejercer actividades industriales o comerciales; y si el artículo 2º del Acuerdo número 059 de 1964 dispone que será "un organismo técnico" y "autocosteable", la disposición agrega que estará *"regido con criterio de eficacia administrativa"* (la Sala subraya), con la finalidad de prestar varios servicios públicos a cargo del municipio de Medellín.

De todo lo expuesto se concluye que el municipio de Medellín *optó por prestar los servicios comprendidos en las Empresas Varias Municipales de Medellín por el procedimiento de derecho público, propio del establecimiento público, no por el de derecho privado. Tal régimen jurídico subsiste mientras esté vigente el acto que lo creó.*

Sin embargo, si se *estimare conveniente* darles a las Empresas Varias Municipales de Medellín el carácter de empresa industrial y comercial de ese mismo municipio, el concejo municipal podría efectuar la conversión, mediante el procedimiento prescrito por la Constitución y la ley.

Transcríbase a los señores Jefe del Departamento Administrativo y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro R.,* Secretaria.

*CONTRALOR INTERINO.*

*Artículo 16 Ley 03 de 1986. Artículo 246 Decreto-ley 1222 de 1986.*

*Son contralores en propiedad y como tales ejercen a plenitud las funciones que les corresponden sin limitación alguna, por cuanto el término interino usado por la Ley sólo quiere significar la brevedad de su período, en razón a haber cambiado la Ley 03 de 1986 el día a partir del cual ha de contarse el período bienal de los Contralores Departamentales.*

*Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil.* — Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Gobierno, sobre la interpretación del parágrafo transitorio del artículo 246 del Código de Régimen Departamental. Radicación: Nº 083.

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

*Fundamentos de la consulta:*

Se solicita el concepto de dicha Sala, referente a la interpretación que debe darse al parágrafo transitorio del artículo 246 del Código de Régimen Departamental, cuyo texto dice:

"Artículo 246. ..... ..... ..... ..... ..... ..... ...
Parágrafo transitorio. Si en el momento de empezar a regir la Ley 3ª de 1986, se hubieren elegido Contralores para el período que conforme a disposiciones anteriores vence el 30 de junio de 1987, durante las sesiones de 1986 las Asambleas elegirán Contralores interinos que sólo durarán en funciones hasta el 31 de diciembre de 1988. Si no hubiere hecho elección o se presentaren vacantes absolutas en las Contralorías, las designaciones que efectúen las Asambleas únicamente producirán efectos hasta el 31 de diciembre de 1986".

El cargo de Contralor Departamental, siempre ha tenido un período fijo y jamás se ha considerado que el mismo sea de libre nombramiento y remoción por parte de la Asamblea.

En el parágrafo del artículo transcrito se habla de la elección de Contralores "interinos" que sólo durarán en el ejercicio de sus funciones

hasta el 31 de diciembre de 1988. Y agrega que si no se realizó elección del Contralor cuyo período termina el 30 de junio de 1987, o se presentare vacante del cargo, la designación que haga la Asamblea únicamente producirá efectos hasta el 31 de diciembre de 1986.

El Consejo de Estado en sentencia del 16 de noviembre de 1965, expresó respecto del empleado o funcionario interino:

"Empleados - Funcionarios interinos.

La elección o designación de un cargo interino conlleva el carácter de provisional, en tanto se provee con el titular o en propiedad. La misma definición así lo indica: 'que sirve por algún tiempo supliendo la falta de otra persona o cosa. Aplícase más comúnmente al que ejerce un cargo o empleo por ausencia o falta de otro'. (Diccionario de la Academia de la Lengua). En tal situación no puede hablarse de 'período fijo', si el nombramiento no ha sido hecho en propiedad. De donde se deduce, de manera incuestionable, que no pueden alegarse 'derechos adquiridos', ni por violación de 'una situación subjetiva y particular' 'traducible en la designación para un cargo público', fundamental en la designación provisional de un cargo, de cuya interinidad se había dejado constancia.

(Sentencia de 16 de noviembre de 1965, tomado del Diccionario Jurídico Tomo II pág. 271)".

Por otra parte, el artículo 250 del Código de Régimen Departamental, que a continuación se transcribe, establece para los Contralores en propiedad, el derecho a permanecer en su cargo durante su período legal, salvo que por sentencia judicial o a petición de la Procuraduría se solicite su remoción:

> "Artículo 250. Los Contralores que ejerzan el cargo en propiedad sólo podrán ser removidos antes del vencimiento de su período por sentencia judicial o decisión de la Procuraduría General de la Nación".

De conformidad con las consideraciones expuestas, se consulta:

1. ¿Qué debe entenderse por Contralores interinos para la aplicación del parágrafo del artículo 246, transcrito?

2. ¿Si las Asambleas Departamentales eligen en las sesiones de noviembre de este año Contralores interinos para ejercer el cargo hasta el 31 de diciembre de 1988, podrían ser removidos por las asambleas antes de la citada fecha, sin que se presenten las causales contempladas en el artículo 250 ya citado, teniendo en cuenta que son funcionarios interinos y no en propiedad?

3. ¿Los Contralores interinos pueden ejercer todas las funciones asignadas a los Contralores en propiedad, sin ninguna limitación, pudiendo incluso revocar nombramientos efectuados en propiedad?

*La Sala considera y responde:*

En primer lugar es necesario dejar en claro cuál es la finalidad perseguida por el artículo 16 de la Ley 03 de 1986 y su parágrafo transitorio, en orden a despejar cualquier interpretación distinta a aquella

que naturalmente le corresponde, debido a su redacción aparentemente confusa. Se hace necesaria su transcripción, aclarando desde ahora que esta norma es la misma que aparece consagrada en el artículo 246 del Decreto-ley 1222 de 1986.

"Ley 03 de 1986. Artículo 16. El período de dos (2) años señalados para los Contralores Departamentales en la Constitución, comenzará a contarse el primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Parágrafo transitorio. Si en el momento de empezar a regir la presente ley, se hubieren elegido Contralores para el período que conforme a disposiciones anteriores, vence el 30 de junio de 1987, durante las sesiones de 1986, las Asambleas elegirán Contralores interinos que sólo durarán en funciones hasta el 31 de diciembre de 1988. Si no se hubiere hecho elección o se presentaren vacantes absolutas en las Contralorías, las designaciones que efectúen las Asambleas únicamente producirán efectos hasta el 31 de diciembre de 1986".

De la norma transcrita se infiere:

A. Si al momento de entrar en vigor la Ley 03 de 1986, es decir el 10 de enero de 1986 de conformidad con lo establecido en su artículo 39, las Asambleas Departamentales ya hubieren elegido Contralores del departamento cuyo período finalice el 30 de junio de 1987, con el objeto de no causar traumatismos en cuanto a la fecha a partir de la cual ha de contarse el bienio de que trata el artículo 16, el parágrafo transitorio autoriza a las asambleas para que en las sesiones de 1986 procedan a nombrar Contralores interinos, que asumirán sus funciones el 1º de julio de 1987 y las ejercerán hasta el 31 de diciembre de 1988.

B. Si al 10 de enero de 1986, fecha en que entró a regir la Ley 03 de 1986, no se hubieren hecho elecciones de contralores departamentales o si quienes hubieren sido elegidos conforme a la hipótesis A, se presentaren vacancias absolutas antes del 31 de diciembre de 1986, las Asambleas sólo están autorizadas para elegir un funcionario cuyas funciones cesarán el 31 de diciembre de 1986. Esto con el fin de que en los eventos aquí señalados, las asambleas puedan proceder a nombrar Contralor, quien iniciará su período el 1º de enero de 1987.

Se tiene entonces que la finalidad expresamente perseguida por la norma, es la de acomodar en forma precisa y exacta, que el período de dos años señalado para los Contralores Departamentales comenzará a correr en 1º de enero de 1987 y para el caso contemplado en la hipótesis A, la figura del Contralor interino permitirá contar el bienio en forma correcta a partir del 1º de enero de 1989 con el objeto de respetar el período a quienes lo terminan a mediados de 1987.

Ahora bien, si la finalidad de la norma es lograr encuadrar en forma precisa dentro del período por ella establecido aquellos casos que en una u otra forma no logran coincidir con el día a partir del

cual ha de contarse, la figura del Contralor interino allí utilizada presenta características *sui géneris*, sólo predicables respecto de aquellos funcionarios que serán elegidos. En efecto, el Contralor interino de que trata la hipótesis A, no es nombrado para el resto de un período; lo es para servir un período de transición y como tal goza de todas las atribuciones de que goza un Contralor en propiedad. El calificativo de interino dado por la norma quiere significar que el funcionario en mención no está sirviendo un período completo; al fin y al cabo su situación viene a ser de excepción por cuanto sus funciones sólo serán ejercidas durante un lapso que permitirá encuadrar el período legal dentro de los términos señalados por el legislador, pero su interinidad no se produce como resultado de la suplencia o reemplazo del ausente nombrado en propiedad, ya por vacancia temporal o absoluta. El Contralor interino de que trata el parágrafo transcrito del artículo 16 de la Ley 03 de 1986 y el artículo 246 del Decreto-ley 1222 de 1986, es un Contralor nombrado para ejercer sus funciones durante un período que podríamos llamar de transición, con el objeto de cuadrar el antiguo período, con el nuevo sistema bienal señalado en las normas citadas; sus funciones van a ser desempeñadas durante un lapso corto e inferior en duración al establecido por la ley, pero, sin lugar a dudas el elemento principal de la interinidad cual es reemplazar la vacancia temporal o absoluta del principal, no se presenta en este caso.

A pesar de la ley darles la denominación de contralor interino, lo cierto es que desempeñan sus funciones con total y absoluta autonomía y no pueden ser removidos por las Asambleas, sino mediante la forma establecida en el artículo 20 de la Ley 03 de 1986, 250 del Decreto-ley 1222 de 1986. El Contralor interino a que se ha venido haciendo referencia es un contralor en propiedad, con la diferencia, ya repetidas veces señalada, que su período es de transición con el objeto de permitir el paso del sistema antiguo al nuevo señalado en la Ley 03 de 1986.

Con base en las anteriores consideraciones se responde:

1. El Contralor interino de que trata el artículo 16 de la Ley 03 de 1986, y el artículo 246 del Decreto-ley 1222 de 1986, es un Contralor en propiedad designado por la Asamblea con el objeto de ejercer sus funciones plenas durante el período de transición de que tratan las normas antes citadas.

2. Como verdaderos Contralores en propiedad, los Contralores interinos a que se viene haciendo mención, sólo pueden ser removidos por las Asambleas mediante la forma establecida en el artículo 20 de la Ley 03 de 1986 y artículo 250 del Decreto 1222 de 1986.

3. Los Contralores interinos a que hace referencia la consulta, como se dejó expuesto en la parte motiva, son Contralores en propiedad, y como tales ejercen a plenitud las funciones que les corresponden sin limitación alguna, por cuanto el término interino usado por la ley sólo quiere significar la brevedad de su período, en razón a haber cambiado la Ley 03 de 1986 el día a partir del cual ha de contarse el período bienal de los Contralores Departamentales.

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

Transcríbase en copia auténtica.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria de Sala.

*SERVICIO PUBLICO, LEGISLACION SOBRE MEDIDAS CONDUCENTES A LA NORMAL PRESTACION DEL SERVICIO.*

*Es potestad exclusiva del legislador.*

*SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION Y DE RADIODIFUSION OFICIAL. TELEVISION POR SUSCRIPCION.*

*SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD. EFECTOS.*

*1º Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.*

*2º La declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo opera hacia el futuro y las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la sentencia, conservan su validez.*

*3º Las facultades contenidas en una norma declarada inconstitucional son también inconstitucionales y no tienen validez para el futuro.*

*4º Contratos celebrados bajo la vigencia de una Ley que luego es declarada inexequible. Consecuencias. ¿Qué puede decirse de aquellos contratos que habiendo sido ya suscritos al dictarse la sentencia de inconstitucionalidad, se encontraban en vía de perfeccionamiento? CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION. EFECTOS. Jurisprudencia del Consejo de Estado.*

*SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION Y DE RADIODIFUSION OFICIAL. TELEVISION POR SUSCRIPCION.*

*1º La potestad de legislar sobre las medidas que sean conducentes a la normal prestación del servicio público, ES PRIVATIVA DEL LEGISLADOR y de ella sólo puede este desprenderse confiriendo facultades extraordinarias al Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución Nacional.*

*2º Situación de la Ley 42 de 1985. Decreto 129 de 1976, artículo 2º literal a). Decreto 1050 de 1968.*

*MEDIOS DE COMUNICACION. Servicio Público de Televisión y de Radiodifusión oficial.*

*Consejo de Estado. — Sala de Consulta y Servicio Civil.* — Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gonzalo Suárez Castañeda.*

Referencia: Radicación Nº 078. Consulta del Ministerio de Comunicaciones sobre las consecuencias de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 42 de 1985.

El señor Ministro de Comunicaciones ha formulado a la Sala la siguiente consulta:

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 57 y 141 de la Constitución Nacional y el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo me permito formular a los Honorables Magistrados del Consejo de Estado, la siguiente consulta:

*Antecedentes:*

La Ley 42 de 1985 en su artículo 51 facultó al Ministerio de Comunicaciones para dictar las normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción y celebrar los contratos con los particulares para la prestación de este servicio.

En desarrollo de la mencionada facultad se expidió el Decreto 666 de marzo 6 de 1985 dictándose la reglamentación bajo la cual el Ministerio de Comunicaciones celebraría los contratos, y en general determinándose las normas que regularían la prestación del servicio. Durante la vigencia tanto del artículo 51 de la Ley 42 de 1985 como del Decreto 666 del mismo año, el Ministerio de Comunicaciones procedió a otorgar las concesiones y a celebrar los contratos con los particulares que para las diversas ciudades habían presentado propuestas, encontrándose que en la actualidad existen: Contratos perfeccionados en vía de ejecución, contratos celebrados pero no perfeccionados y simples resoluciones otorgando la concesión para la prestación del servicio ordenando la celebración del respectivo contrato.

Como es de conocimiento público la Honorable Corte Suprema de Justicia mediante providencia de fecha 18 de septiembre de 1986, Magistrado ponente Doctor Fabio Morón Díaz, la cual me permito acompañarles con las normas que se han venido citando, declaró inexequible en su integridad el artículo 51 de la Ley 42 de 1985 quedando sin normatividad alguna el servicio de televisión por suscripción.

En consideración a los anteriores antecedentes:

*Se consulta:*

1º ¿Cuál es la situación jurídica concreta de las personas con las cuales el Ministerio ha celebrado contratos de concesión para la prestación del servicio de televisión por suscripción, teniendo en cuenta que tanto las resoluciones por medio de las cuales se otorgaron las respectivas concesiones, como la celebración de los contratos se realizaron bajo la vigencia de las normas hoy declaradas inexequibles?

2º ¿Cuál es la situación de las personas que si bien no han celebrado contrato alguno, se les ha otorgado mediante resolución la concesión respectiva ordenándose la celebración del correspondiente contrato de concesión, resoluciones expedidas durante la vigencia de la norma declarada inexequible?

3º ¿Existe o no la obligación para la administración de respetar las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la normatividad declarada inexequible y si existe de acuerdo con qué normas se deben confeccionar y ejecutar los contratos celebrados?

4º ¿Cuáles son los efectos concretos de un fallo por medio del cual la Corte Suprema de Justicia declara la inexequibilidad de una norma en relación con las situaciones cumplidas y consolidadas bajo el imperio y vigencia de la misma, y cuáles especialmente en las diversas situaciones que se han planteado a través de la presente consulta?

5º ¿Es el servicio de televisión por suscripción un servicio público y como tal, es atribución privativa del legislador regularlo y sólo por virtud de facultades extraordinarias concedidas de conformidad con el artículo 76, numeral 12 de la Constitución Nacional podría el Presidente de la República dictar las medidas conducentes a su prestación?

6º ¿Sea o no servicio público el servicio de televisión por suscripción las normas que se dicten tendientes a la implantación del mismo deben ser expedidas por el legislador o por el Presidente previas facultades conferidas de conformidad con el artículo 76, numeral 12 de la Constitución Nacional? ¿O puede acaso el Presidente de acuerdo con el Ministerio de Comunicaciones en uso de las facultades establecidas en el numeral a) del artículo 2 del Decreto-ley 129 de 1976 dictar las normas que van a reglamentar el servicio?

En los anteriores términos, señores Magistrados, me permito poner a consideración de ustedes la presente consulta. Cordialmente. *Edmundo López Gómez* (Fdo.). Ministro de Comunicaciones".

*La Sala considera y responde:*

I. La Ley 42 de 1985, por la cual se transformó el Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— es una entidad asociativa de carácter especial y se dictaron otras disposiciones, dispuso en su artículo 51 lo siguiente:

*"Innovaciones tecnológicas*

Artículo 51. El Ministerio de Comunicaciones queda expresamente facultado para dictar las normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción, bien sea prestado por cable o por cualquier otro sistema. En consecuencia podrá celebrar contratos con particulares para la prestación de este servicio.

*Parágrafo.* Los recursos económicos que produzcan estos contratos serán destinados a la financiación de la programación educativa y cultural que preste el Estado".

La anterior norma (exceptuando su parágrafo) fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad y la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 18 de septiembre de 1986, la declaró inexequible.

Para fundamentar su decisión dijo al respecto la Corte en tal sentencia:

"6) Pero en cambio, resulta evidente para la Corte que la facultad que consagra el artículo 51 para el Ministerio de Comunicaciones es inconstitucional toda vez que lo habilita para 'dictar las normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción' y para 'celebrar contratos con particulares para la pres-

tación de ese servicio', disposiciones de las cuales se deriva la infracción de preceptos de la Carta como pasa a explicarse":

"a) La potestad de legislar para regular el servicio público, esto es para dictar las medidas que sean conducentes a su normal prestación, es atribución privativa del legislador y de ella no puede desprenderse sino mediante expresa autorización del constituyente, con acatamiento de formalidades especiales tal como lo prevé el artículo 76-12 de la Constitución Nacional";

"b) Pero además, la facultad para celebrar contratos está reservada por el constituyente al Presidente de la República y debe ejercer con arreglo a las leyes; por ello, si el legislador se la confiere al Ministerio de Comunicaciones, como lo estatuye la precitada norma de la Ley 42 de 1985, infringe el ordinal 11 del artículo 76 en concordancia con el 120-13 de la Carta ya que, auque (sic) la celebración de contratos para la prestación de un servicio es una función de naturaleza administrativa y puede ser delegada a los Ministros en virtud de lo dispuesto en el artículo 135 del estatuto superior, tal delegación no puede ser obra de la ley, por cuanto a ésta sólo le compete señalar la función que puede ser delegada pero no designar directamente al delegatario de la misma. Esta determinación le incumbe en forma exclusiva al Presidente de la República".

"Es obligada inferencia de lo que se viene considerando, que el artículo 51 mencionado no se aviene a los mandatos constitucionales que se mencionan infringidos, y por lo tanto se impone la declaración de inconstitucionalidad".

Por otra parte, es necesario tener en cuenta que el Presidente de la República había dictado con anterioridad a la sentencia acabada de relacionar, el Decreto número 666 de marzo de 1985, proferido —según se expresó en la parte motiva— en ejercicio de facultades conferidas por el artículo 51 de la Ley 42 de 1985; y que mediante tal Decreto se establecieron los parámetros para la celebración de los contratos de prestación del servicio de televisión por suscripción, entre el Ministerio de Comunicaciones y las personas naturales o jurídicas interesadas en prestarlo.

El señor Ministro de Comunicaciones informa que antes de que fuera declarada la inexequibilidad, se alcanzaron a perfeccionar varios contratos de tal naturaleza, los cuales están "en vía de ejecución"; que, además, se celebraron otros que no se perfeccionaron, y que finalmente, en algunos casos, se alcanzó a dictar la resolución mediante la cual se otorgaba la concesión para la prestación del servicio y se ordenaba la celebración del contrato correspondiente, aunque éste no llegó a celebrarse. Y pregunta el señor Ministro cómo afecta la declaración de inconstitucionalidad antes mencionada a éstas diversas situaciones.

II. La cuestión fundamental a esclarecer en este caso es la de definir cuáles son los efectos de la declaración de inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 42 de 1985, hecha por la Corte Suprema de Justicia.

Sin lugar a dudas, la mencionada declaración significa que la norma en cuestión es inaplicable, que se ha extinguido, que ha dejado de regir por ser contraria a la Constitución Nacional. Pero, ¿corre la mis-

ma suerte el Decreto 666 de 1985, que fue dictado por el Presidente de la República invocando facultades supuestamente conferidas por el artículo 51 de la Ley 42 de 1985? ¿Y qué ocurre con los contratos de prestación del servicio de televisión por suscripción celebrados por el Ministerio de Comunicaciones en aplicación de la norma inconstitucional y del decreto proferido con base en ella, antes de que ésta fuera declarada inexequible por la Corte?

El tema de los efectos producidos por una sentencia que declare la inexequibilidad de una norma ha sido sumamente debatido y la jurisprudencia, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, se ha inclinado por considerar (si bien con algunos salvamentos de voto muy respetables) que las sentencias de inexequibilidad sólo producen efectos hacia el futuro, que no tienen efectos retroactivos y que, por lo tanto, las situaciones jurídicas consolidadas en ejecución de la norma declarada inexequible antes de producirse la sentencia, conservan su validez.

En sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado, el 14 de julio de 1984, la cual resumió gran parte de la jurisprudencia anterior (Anales, Segundo Semestre de ese año, Tomo CVII Nos. 483-4, páginas 329 y ss.), se dijo lo siguiente:

"La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 14 de noviembre de 1969 expresó: 'Desde la sentencia que declara la inexequibilidad de una ley, ésta deja de aplicarse, sus efectos cesan. Los hechos cumplidos por aplicación de la ley, con anterioridad a la sentencia que la declara inexequible, subsisten, porque el fallo no tiene efecto retroactivo, salvo 'cuando se trate de derechos civiles adquiridos y lesionados con la ley que se declara inexequible', pues, en este caso, sí puede tener efecto para el pasado la inexequibilidad, como lo admitió la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de febrero de 1927".

"Esta Sección en sentencia del 22 de mayo de 1974 al analizar los efectos de la sentencia de inexequibilidad entre otras cosas dijo lo siguiente:

"De esta suerte los efectos de inexequibilidad y de la derogatoria ofrecen diferencias sustanciales que no permiten ninguna equiparación: la norma derogada puede y debe ser aplicada con posterioridad a su derogación, en relación con situaciones creadas bajo su vigencia. En cambio, hacia el futuro el efecto de la inexequibilidad es más amplio que el de la derogatoria porque desvirtuado en la sentencia el crédito general de conformidad con la Constitución y por consiguiente, extinguida la fuerza jurídica que la norma superior le comunica a la inferior, debe considerársela para lo sucesivo, como si no hubiese existido. Hacia el pasado y, por la razón antes apuntada, de la validez que le comunica la norma superior a la inferior, todo lo ejecutado en función de aquella también tiene plena validez, lo mismo que las situaciones jurídicas constituidas, y, en mayor medida, las decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, por razón de los efectos de la 'cosa juzgada' (Anales 439-440, primer semestre, página 301)".

"La Sección Segunda del Consejo de Estado en fallo de 21 de marzo de 1980 obró en igual sentido expresando que, 'la sentencia de inexequibilidad sólo produce efectos para el futuro, o sea, que no tiene efecto retroactivo. Como lo sintetiza el profesor Luis Carlos Sáchica en su obra «Constitucionalismo Colombiano» (3ª edición, página 104)', 'tal sentencia sólo tiene efectos profuturo, o sea, que no tiene efecto retroactivo. Se respetan los efectos que ya surtió la ley y las situaciones jurídicas establecidas dentro de su vigencia'.

"Así mismo la Sala de Consulta y Servicio Civil en pronunciamiento del 26 de abril de 1973, reiterado el 18 de septiembre de 1980 y acogido nuevamente el 24 de mayo de 1983 consignó lo siguiente al señalar los efectos de la sentencia de inexequibilidad:

" 'Está definido que no tiene efecto retroactivo, sino hacia el futuro, y de consiguiente, que se reconocen los hechos o situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley, antes del pronunciamiento de la sentencia. El mundo de las relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando fueren concretadas bajo la fórmula que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad a los actos jurídicos, y también general armonía social, porque evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados en razón de la ley jurídicamente existente'.

"Resulta entonces claro, '.....' 'que de acuerdo con lo que se ha visto, la declaratoria de inexequibilidad, no desconoce la realidad de la vigencia anterior de la norma inexequible, dado el presupuesto fundamental de la unidad del orden jurídico conforme al cual, la norma superior permite la vigencia condicional de la norma «antinormativa», lo que da margen a deducir, que la sentencia de inexequibilidad no implica el desconocimiento de aquellas situaciones jurídicas que se habían constituido y consolidado con anterioridad" (Hasta aquí la sentencia citada).

De manera que debe partirse de la base de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo opera hacia el futuro y de que las situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad a la sentencia, conservan su validez.

Pues bien, observa la Sala que el artículo 51 de la Ley 42 de 1985 contenía dos disposiciones: la de facultar al Ministerio de Comunicaciones "para dictar normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción", y la de "celebrar contratos con particulares para la prestación de este servicio". El Presidente de la República creyendo que en la primera parte se le habían conferido unas facultades especiales profirió el Decreto número 666 de 1985, por el cual se dictó la reglamentación para la prestación del mencionado servicio. Y con base en la segunda parte y en las propias disposiciones del decreto acabado de mencionar, el Ministerio de Comunicaciones procedió a celebrar varios contratos para la prestación del servicio de televisión por suscripción, y cuando se produjo la sentencia de inexequibilidad, estaba adelantando los trámites tendientes a la celebración o al perfeccionamiento de otros de la misma índole.

Para la Sala, las propias consideraciones hechas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de inexequibilidad, conducen necesa-

riamente a tener como contrario a la Constitución y por ende, sin validez, al Decreto 666 de 1985. En efecto; según la Corte la facultad dada por el artículo 51 de la Ley 42 de 1985 al Ministerio de Comunicaciones para dictar "las normas tendientes a la implantación en el país del servicio de televisión por suscripción" es inconstitucional pues la potestad de legislar para regular el servicio público, es privativa del legislador y de ella no puede éste desprenderse sino mediante el mecanismo de conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República, conforme a lo establecido en el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución, lo cual no se hizo en este caso.

De modo que el Decreto 666 de 1985, dictado por el Presidente invocando facultades supuestamente contenidas en la norma declarada inconstitucional, es también inconstitucional y no tiene validez para el futuro; el mencionado decreto viene a ser afectado por la sentencia de inexequibilidad de la norma en la cual se fundamentaba, en virtud del elemental principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, ya que es simplemente una norma de carácter general dictada para desarrollar la disposición inconstitucional y supeditada a ésta, y, además, por cuanto es un decreto dictado por el Jefe del Estado sin que este funcionario hubiera tenido facultad para proferirlo.

En cuanto a los contratos suscritos por el Ministerio para la prestación del servicio de televisión por suscripción hasta cuando se dictó la sentencia de inexequibilidad, que hayan quedado completamente perfeccionados antes de proferirse dicha providencia, se tiene que ellos constituyen situaciones jurídicas consolidadas mientras las normas sobre las cuales se basaban estaban vigentes, son hechos cumplidos en aquel tiempo, creadores de obligaciones tanto para la administración como para los particulares y, por lo tanto, después de declarada la inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 42 de 1985 conservan su validez y deben cumplirse, con sometimiento a las normas vigentes en el momento de su celebración.

Lo mismo puede decirse de aquellos contratos que habiendo sido ya suscritos al dictarse la sentencia, se encontraban en vía de perfeccionamiento.

Por otra parte, en aquellos casos en los cuales hubiera quedado en firme, antes de declararse la inexequibilidad, una resolución mediante la cual se otorgaba la concesión para prestar el servicio de televisión por suscripción y se ordenaba la celebración del contrato correspondiente, también se consolidó una situación jurídica individual y concreta mediante un acto administrativo perfectamente válido en aquel momento, el cual, en aplicación del principio de que la sentencia que declara la inexequibilidad no tiene efectos retroactivos, conserva su validez, obliga a la administración y se rige por las normas vigentes en el momento de su expedición; de manera que en tales casos deberá suscribirse el contrato que en la mencionada resolución se ordena celebrar; tal celebración viene a ser simplemente la ejecución de lo dispuesto en la resolución.

El anterior criterio encuentra respaldo en lo dicho por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejo de Estado, en sentencia del 16 de enero de 1975, expediente número 1503, Consejero ponente Doctor Gabriel Rojas Arbeláez, en la cual se expresó:

"Los efectos de la adjudicación son bien conocidos, como que se ha afirmado constantemente que, desde que ella se comunica, surge entre adjudicatario y adjudicante una situación contentiva de mutuos derechos y obligaciones, y de la que 'el Contrato' no viene a ser sino la forma instrumental o el acto formal. La adjudicación comunicada traba la relación jurídica, siendo por esto por lo que se dice de ella que desde ese momento se hace ejecutoria. Ello sucede especialmente donde la ley no somete el proceso de la licitación a un acto ulterior, como sería la aprobación del contrato por otro órgano administrativo. El Pliego de Condiciones compromete a la Administración, por cuanto él contiene las bases de la relación contractual".

También es pertinente lo expresado por la misma Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 4 de febrero de 1982, con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se dijo: "La etapa de licitación contractual culmina ordinariamente o bien con el acto de adjudicación o bien con el que la declara desierta y a ella sigue en el primer evento la contractual propiamente dicha.

"Pero, en ninguna de las dos posibilidades puede hablarse de un acto de trámite, ya que en la una o en la otra se define una actuación administrativa o se cierra la etapa precontractual.

"El acto de adjudicación cierra, así, la etapa indicada y abre la contractual. Pero en ninguna parte permite la ley que hecha la adjudicación pueda revocarse y menos declararse desierta la licitación" (Anales Primer Semestre 1982, Nos. 473-474, Tomo CII, página 486).

Y además, el propio Decreto-ley 222 de 1983, en su artículo 35 dispone que, ejecutoriada la resolución de adjudicación, esta es irrevocable y obliga por lo mismo a la Entidad y al adjudicatario. Por consiguiente, es claro que dictada la resolución de adjudicación, se crea una situación jurídica concreta.

En cuanto a los casos de las solicitudes presentadas al Ministerio respecto de las cuales no hubiera alcanzado a dictarse resolución, no se consolidó situación jurídica alguna; existió solamente una mera expectativa, truncada al sobrevenir la declaratoria de inexequibilidad y esa mera expectativa, fallida ahora, no creó obligación alguna para la administración ni derecho alguno para el solicitante.

Con lo anterior quedan respondidos los primeros cuatro interrogantes de la consulta.

En relación a los dos últimos, se tiene:

No hay duda alguna de que la ley considera como servicios públicos a la televisión y a la radiodifusión oficial; así lo expresa claramente el artículo 1º de la Ley 42 de 1985, norma que dicho sea de paso, fue declarada exequible en la misma sentencia que dio lugar a esta consulta; y tal calificación de la televisión como servicio público, reiterada a través de las diversas disposiciones de la Ley 42, es también aplicable al servicio de televisión por suscripción. Por otra parte debe tenerse en cuenta que la Corte dijo en aquella providencia que la potestad de legislar sobre las medidas que sean conducentes a la normal prestación del servicio público, es privativa del legislador y de ella

sólo puede éste desprenderse confiriendo facultades extraordinarias al Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución.

Finalmente, considera la Sala que la función atribuida al Ministerio de Comunicaciones por el literal "a" del artículo 2º del Decreto 129 de 1976, reorgánico de dicho Ministerio, en concordancia con el artículo 3º del Decreto-ley 1050 de 1968, en el sentido de facultarlo para que, de acuerdo con el Presidente de la República, adopte la política de comunicaciones del país entre otros campos, en el de la televisión debe ser ejercida dentro de los límites de lo dispuesto por la ley; invocando dicha función no podría el Presidente de la República ante el vacío legislativo que se ha producido en razón de la declaratoria de inexequibilidad comentada, dictar, mediante un simple decreto reglamentario las normas que hayan de regular en el futuro el servicio de televisión por suscripción, pues tal como lo dijo la Corte la regulación del servicio público está reservada al legislador; puede eso sí, el ejecutivo, a través del Ministerio de Comunicaciones presentar al Congreso el proyecto de ley que estime conveniente sobre la materia, en el cual plasme la política que quiera trazar en este campo de las telecomunicaciones. Posteriormente, en relación a la ley que se dicte al respecto podrá el Gobierno ejercer la facultad reglamentaria.

En estos términos se deja absuelta la consulta.

Transcríbase en copia auténtica.

*Gonzalo Suárez Castañeda,* Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* ausente con excusa; *Jaime Paredes Tamayo.*

*Elizabeth Castro Reyes,* Secretaria.

# CAPITULO II

## CREDITOS ADICIONALES

*CREDITOS SUPLEMENTALES Y ADICIONALES EXTRAORDINARIOS.*

*1. Requisitos de orden constitucional.*

*2. Requisitos de orden legal y reglamentario.*

*3. Proceso de tramitación.*

*4. La ley prohibe abrir créditos adicionales para fines que el Congreso hubiese negado durante el trámite de la ley de apropiaciones o al decidir sobre un crédito adicional.*

*5. Si por reconocimiento de las rentas debe entenderse liquidación de lo que deba recibirse por concepto de impuestos o de cualquier otra renta o recurso de capital, es claro que en este caso y con relación a los recursos provenientes del mayor valor de IMPUESTOS AD VALOREM A LA GASOLINA Y AL ACPM la norma aplicable es el artículo 103, inciso 2º y no la del artículo 101, numeral 2º, pues en este caso el ingreso ya se ha causado.*

*FONDO VIAL NACIONAL. Normación.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena.*— Bogotá, D. E., dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente Nº C-027. Consulta del Gobierno sobre proyecto de decreto, por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto por la vigencia fiscal de 1986 (Ministerio de Desarrollo Económico y Obras Públicas y Transporte).

El Gobierno Nacional, por conducto del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, presenta a consideración del Consejo de Estado un proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales al mismo, para la vigencia fiscal de 1986, a efecto de que la Corporación emita el concepto que prevé el artículo 212 de la Constitución Política.

El monto de las adiciones es de $ 6.047.492.374, suma que provendrá de recursos del impuesto *ad valorem* a la gasolina y al ACPM, por mayor valor del inicialmente calculado.

Documentos remitidos al Consejo de Estado.

El señor Ministro adjunta a la solicitud los siguientes documentos:

1. Dos ejemplares del proyecto de decreto "por el cual se adiciona el presupuesto de renta y recurso de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de gastos de la vigencia fiscal de 1986 (Ministerio de Desarrollo Económico y Obras Públicas y Transporte) por valor de $ 6.047.492.374".

2. Una fotocopia del oficio S.C.M. número 1299 suscrito por el señor secretario del H. Consejo de Ministros, en el cual se afirma que ese organismo en sesión del 24 de junio de 1986 aprobó el proyecto de decreto antes mencionado, y que los gastos a que él se refiere fueron calificados por el Gobierno Nacional como imprescindibles; la mencionada fotocopia viene autenticada por el señor subdirector de Ejecución Presupuestal de la Dirección General del Presupuesto.

3. Certificación del señor subdirector de Ejecuciones Presupuestales de la Dirección General del Presupuesto, según la cual el total de apropiación en el rubro de sentencias a cargo de la nación de la vigencia fiscal de 1986 es de $ 447 millones; el total de acuerdos de ordenación de gastos autorizados por el Consejo de Ministros, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ascendía a la fecha del 25 de junio a $ 327.4 millones, quedando un saldo de apropiación sin acordar por $ 119.0 millones; y que con cargo a éste saldo de apropiación por acordar se han registrado compromisos de sentencias hasta esa misma fecha por $ 18.0 millones, con lo cual existe disponibilidad para ese rubro por $ 101.5 millones y que de dos proyectos de adición presupuestal por $ 30.349.1 y $ 4.593.3 millones, se apropian para el rubro de sentencias a cargo de la Nación la suma de $ 200.000.000 y $ 127.000.000, respectivamente.

4. Certificación del señor subdirector de Ejecución Presupuestal (E) de la Dirección General del Presupuesto en la cual se establece:

—Que el valor total del presupuesto nacional básico de la vigencia de 1986 es de $ 655.294.1 millones;

—Que el 25% de la suma anterior son $ 163.823.5 millones;

—Que el Gobierno Nacional ya ha utilizado de ese porcentaje la cantidad de $ 51.905.972.82;

—Que existe cupo disponible para cursar adiciones al Presupuesto Nacional, sin exceder el 25%, por valor de $ 6.047.492.374.00.

5. Constancia expedida el 12 de junio de 1986 por el señor Secretario General de la Cámara de Representantes según la cual las Comisiones conjuntas de Presupuesto de Senado y Cámara, y el Congreso Nacional, con ocasión del trámite del proyecto de Presupuesto para 1986, en ningún momento negaron el proyecto de créditos adicionales por la suma de $ 6.047.492.374 y que el Congreso se halla en receso.

6. Fotocopia, autenticada por el señor Sub-Director de Ejecución de Presupuesto de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, del certificado de disponibilidad número 16, en el cual el señor Contralor General de la República, asevera que la suma de $ 7.697.492.374, que serán generados por el aumento del "gravamen por galón a VEINTISEIS PESOS CON CUARENTA

Y NUEVE CENTAVOS ($ 26.49) moneda legal, constituye recurso fiscal no incorporado al presupuesto", y por tanto, "puede servir de base para la apertura de créditos adicionales...";

Certifica, asimismo el señor Contralor General de la República, que el cómputo incluido dentro de las Rentas e Ingresos por gastos de acuerdo con la Ley número III de diciembre 13 y el Decreto de Liquidación número 3742 de diciembre 19 de 1985, fue de $ 655.294.149.884.80, cuyo veinticinco por ciento (25%) es la suma de $ 163.823.537.471.20, por lo cual queda un saldo de $ 113.834.757.079.73, el cual, al restársele el valor del certificado que se menciona, arroja la suma de $ 106.137.264.705.73.

7. Fotocopia del oficio UIP-17-449-86 del 26 de mayo de 1986, suscrito por el señor Jefe de la Unidad de Inversiones Públicas del Departamento Nacional de Planeación, en el cual se lee que "El Departamento Nacional de Planeación conceptúa favorablemente sobre las siguientes adiciones al Presupuesto de Gastos de Inversión del Fondo Vial Nacional, Fondo Nacional de Caminos Vecinales y Ferrocarriles Nacionales", adiciones que discrimina en relación con el capítulo 21, programa 3801, 3802, 3805, 4101, capítulo 22, programa 1202, programa 3803, 4101, capítulo 61, programa 3804.

8. Fotocopia del oficio PP 05794, suscrito por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, dirigido al señor Director General de Presupuesto, en el cual le solicita la tramitación de dos certificados de disponibilidad por parte de la Contraloría General de la República, uno por $ 1.650.000 para el adicional, con destino a la realización de obras en la zona afectada por la actividad volcánica del Nevado del Ruiz, por conducto del Fondo Vial Nacional y del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, y otro por $ 6.047.492.374 para el adicional con destino a los organismos previstos en la Ley 30 de 1982.

Los requisitos Constitucionales y legales para la apertura de créditos adicionales:

A fin de examinar la sujeción del trámite seguido para la adición presupuestal solicitada, a las normas jurídicas del Estado, es necesario referirlas a continuación, así sea sucintamente, para establecer la legalidad del crédito que se pretende abrir.

a) Requisitos de orden constitucional.

Dispone el artículo 212 de la Constitución Política que cuando haya necesidad de hacer un gasto imprescindible a juicio del gobierno, estando en receso las Cámaras, y no habiendo partida votada o siendo ésta insuficiente, podrá abrirse un crédito suplemental o extraordinario por el Consejo de Ministros, instruyendo para ello expediente, previo dictamen favorable del Consejo de Estado.

La disposición anterior ha dado lugar a diferentes opiniones respecto del alcance de la intervención que corresponde al Consejo de Estado en esta materia.

La Corporación considera que, atendidas las circunstancias, la finalidad, y el texto mismo del texto constitucional, a ella le compete examinar todos los antecedentes de la solicitud del crédito adicional,

sea suplemental o extraordinario. Puesto que su intervención ocurre en defecto del Congreso, en alguna medida debe sustituirlo en cuanto al aspecto del control referente a la necesidad y a la urgencia del gasto, así como respecto de los requisitos consagrados en la Carta, la ley y el reglamento, máxime cuando el examen de la cuestión propuesta ha querido la Constitución que ocurra luego de que el Gobierno haya dado cumplimiento al requisito de calificación sobre necesidad o imprescindibilidad del gasto adicional que se pretende, y a las certificaciones de distintas instancias, cuya exactitud, legalidad y justeza no podrían quedar exentas del examen de la Corporación.

Consecuencialmente, la Corporación extenderá el examen del texto del proyecto de derecho a los aspectos de legalidad y de necesidad imprescindible de los gastos a cuyo cubrimiento se destinen los créditos adicionales.

b) Requisitos de orden legal y reglamentario.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación y los decretos reglamentarios del mismo, desarrollan el procedimiento que el Gobierno debe seguir para abrir los créditos adicionales, y contienen la indicación de los documentos, informaciones, conceptos previos y demás requisitos del caso.

1. El proceso de tramitación se inicia con la solicitud que el Ministro o Jefe del Departamento Administrativo interesado debe dirigir al Jefe del Departamento Nacional de Planeación, para que éste emita concepto previo favorable a la apertura del crédito (art. 106 EOPGN).

Esa exigencia tiene su razón de ser en la tendencia derivada de la Constitución Política (art. 80, 76, ord. 4º, 118, ord. 3º y 4º, entre otros), a someter la actividad del sector público a planes generales de desarrollo económico y social y, cuando menos, a control del gasto público.

Cuando se trata de gastos adicionales suplementales para inversión pública, en la solicitud inicial se debe indicar:

—Monto votado en el presupuesto en curso para la apropiación que se propone adicionar;

—Monto de lo comprometido por cuenta de esa apropiación;

—Saldo no comprometido de la apropiación en la fecha de formulación de la solicitud;

—Necesidad para atender el servicio en lo que resta del año;

—Valor de la adición solicitada;

—Recursos que se pretenden utilizar para respaldar el crédito solicitado;

—Concepto previo y favorable del DANP, y si se trata de obras cuya ejecución esté comprendida en los Territorios Nacionales, concepto favorable del Departamento Administrativo Nacional de Intendencias y Comisarías.

2. Cuando se trate de gastos adicionales extraordinarios, la solicitud debe contener indicación sobre:

—La ley que autoriza el gasto, o sentencia que reconoce el crédito;

—La cantidad requerida para el gasto;

—Las razones de urgencia o conveniencia que hagan aconsejable la apertura del crédito;

—Las razones para que no se hubiere previsto el gasto incluido en el anteproyecto del presupuesto respectivo;

—Concepto previo y favorable del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, y en iguales condiciones, el de DAINCO, cuando se trate de gastos para inversión, en las Intendencias y Comisarías respectivamente, con indicación del carácter del aporte (ayuda financiera, préstamo o aporte de capital);

—Si se trata de ejecución de obras deberá precisarse si la partida prevista que se solicita es suficiente para cumplir los fines propuestos;

—Los recursos que se pretenden utilizar, y si se originan en cancelación de reservas del Balance del Tesoro, ha de indicarse la razón por la cual no fue cubierto el pasivo correspondiente (Art. 2º y 1º del D. R. 1529 de 1978).

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte solicitó —según se infiere del documento suscrito por el Jefe de la Unidad de Inversiones Públicas del D. A. Nacional de Planeación (fol. 20)—, el concepto a que se refiere el artículo 106 del D.O.P.G.N., que se emitió el 26 de mayo de 1986, en sentido favorable.

En el expediente aparecieron inicialmente las informaciones referentes al valor de la adición solicitada, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación, en cuanto a los créditos adicionales suplementales; y, en cuanto a los extraordinarios, obra la información relativa a la cantidad requerida para el gasto, el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación, aunque sin especificar la naturaleza del aporte.

El Departamento Administrativo Nacional de Planeación, remitió el 8 de los corrientes, a instancia del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, documentos adicionales que, a juicio del conductor del proceso, se requerían de acuerdo con el E.O.P.G.N., y el D. R. 1529, y con los cuales se ameritan, además de las circunstancias atrás indicadas, el monto de la partida inicialmente votada, el de lo comprometido y saldo no utilizado, la necesidad de gastos, a juicio del Gobierno, el valor de la adición solicitada y ley que autorizó el gasto, en tratándose de los créditos extraordinarios. Sin embargo, no remitió el concepto previo y favorable de DAINCO ni el oficio 15921 del MOPT, ni la solicitud inicial de los créditos adicionales, los cuales se solicitaron posteriormente por el Consejero Ponente en auto de 10 de julio pasado.

2. Cumplido lo anterior, el Ministro del Ramo o el Jefe del Departamento Administrativo Nacional correspondiente, por conducto del Director General de Presupuesto, someterá a consideración del Ministro de Hacienda y Crédito Público, la petición, para que éste a su vez informe de ella al Presidente de la República para que, a juicio del Gobierno decida si hay o no necesidad urgente e imprescindible del gasto.

A folio 20 del expediente enviado al Consejo de Estado por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público el señor Secretario del Consejo de Ministros afirma que los gastos a que se refiere el proyecto de decreto sobre el cual versa este concepto, fueron calificados por el Gobierno Nacional de imprescindibles.

Desde luego que con los documentos remitidos, ha debido enviarse, igualmente, la exposición razonada del Gobierno que acogió la petición del señor Ministro de Obras Públicas y Transporte acerca de la necesidad, imprescindibilidad y urgencia de adicionar suplementaria y extraordinariamente el presupuesto de rentas y recursos de capital y de gastos de la vigencia en curso.

3. Una vez que el Gobierno Nacional ha emitido su concepto sobre la conveniencia de la apertura del crédito, se deberá pedir y obtener el certificado de disponibilidad de la Contraloría General de la República, cumplido lo cual el señor Ministro de Hacienda someterá el expediente del crédito a la aprobación del Consejo de Ministros.

A folio 25, obra el certificado mencionado, suscrito por el señor Contralor General de la República, según el cual afirma que hay disponibles "siete mil seiscientos veintisiete millones, cuatrocientos noventa y dos mil trescientos setenta y cuatro pesos", recurso fiscal no incorporado al presupuesto, y por "tanto puede servir de base para la apertura de créditos adicionales".

Esta Certificación, expedida al tenor del ordinal 2º del artículo 101, del Decreto orgánico 294 de 1973, satisface formalmente la exigencia prevista en el artículo 108 *ibídem*.

4. La ley prohibe abrir créditos adicionales para fines que el Congreso hubiere negado durante el trámite de la ley de apropiaciones o al decidir sobre un crédito adicional (art. 111. *ibídem*).

Esta exigencia queda satisfecha, a juicio de la Corporación, con el documento que en fotocopia autenticada, obra a folio 24 del expediente, suscrito por el señor Secretario General de la Cámara de Representantes, según el cual, ni "las Comisiones conjuntas de Senado y Cámara ni el Congreso, en sus sesiones ordinarias de discusión y aprobación del Presupuesto Nacional de la vigencia fiscal de 1986, en ningún momento negaron el proyecto de créditos adicionales por la suma de $ 6.047.374..."

5. No podrán abrirse créditos adicionales ni efectuarse traslados presupuestales después del 15 de diciembre de cada año (art. 117, Estatuto Orgánico Administrativo); por la fecha en que se solicitó el crédito adicional aparece que este requisito se halla satisfecho.

6. Una vez obtenido el certificado de disponibilidad mencionado en el numeral 3 anterior, el Ministro de Hacienda (art. 109, E. O.) someterá el expediente a la aprobación del Consejo de Ministros.

Este requisito se halla igualmente satisfecho, según se infiere de lo atestado por el señor Secretario de ese organismo, quien afirma (fl. 20 del expediente) que en sesión del 24 del mes de junio, se obtuvo la referida aprobación.

7. El mayor valor del reconocimiento de rentas sobre el promedio de cómputos presupuestados no podrá servir de recurso para la apertura de créditos adicionales. Con todo, "si después del mes de mayo el reconocimiento de rentas globalmente consideradas permite establecer que éste excederá el calculado" inicialmente, el mayor valor resultante calculado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá ser certificado como un excedente en el Presupuesto de Rentas por el Contralor General de la República y servir, hasta en un ochenta por ciento (80%) para la apertura de créditos adicionales; si hubiere déficit en la vigencia fiscal anterior, el mayor producto de Rentas se destinará en primer lugar, a cancelarlo (art. 103 E. O.).

Con relación a este requisito, si bien obra a folio 36 el cálculo hecho por el Ministro de Obras Públicas y Transporte de fecha 26 de febrero de 1986, oficio 0579 dirigido al señor Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según el cual el aumento del volumen de consumo de gasolina y ACPM, y el aumento del gravamen al mismo, determinarán un ingreso adicional total de $ 7.697.374; no obra en el expediente de los antecedentes al cálculo que legalmente le corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por otra parte, se trata en este caso de utilizar un cálculo hecho con posterioridad al mes de mayo, momento que no es una caprichosa condición, sino que es el tiempo a partir del cual se puede calcular con mayores posibilidades de acierto el exceso posible con relación al estimativo inicial, y determinarse el monto de las rentas reconocibles para el resto de la vigencia.

Podría pensarse, como lo pretende el Ministro de Hacienda y Crédito Público con base en el certificado de disponibilidad dado por la Contraloría General de la República, que el recurso que se pretende utilizar se halla normado por el numeral 2º del artículo 101 del Estatuto Normativo del Presupuesto General de la Nación, y que por este aspecto el monto total de los mayores ingresos calculados podrán aplicarse sin la restricción a que se refiere el inciso segundo del artículo 103 *ibídem*.

Sin embargo la Corporación entiende que la hipótesis contemplada en el numeral 2º, artículo 101 supone que los recursos existen, siendo en consecuencia disponibles inmediatamente, sin necesidad de cálculo ni reconocimiento alguno, en tanto que la hipótesis contemplada en el inciso 2º del artículo 103 se refiere a recursos que se captarán durante el lapso correspondiente a los meses de junio y diciembre de la vigencia fiscal en curso, sujetos a cálculo, reconocimiento y restricciones acordes con la naturaleza probable, pero en todo caso eventual del recurso utilizable.

Si por reconocimiento de las rentas debe entenderse la liquidación de lo que deba recibirse por concepto de impuesto o de cualquiera otra renta o recurso de capital, es claro que en este caso y con relación a los recursos provenientes del mayor valor del impuesto *ad valorem* a la gasolina y al ACPM la norma aplicable es el artículo 103, inciso 2º y no la del artículo 101, numeral 2º, pues en este caso el ingreso ya se ha causado.

Así las cosas, el requisito contemplado en el artículo 103, inciso 2º del Decreto Orgánico número 294 de 1973 no se halla satisfecho.

8. La ley no autoriza, tampoco, la apertura de créditos adicionales si éstos exceden el veinticinco por ciento (25%) del monto de la ley de apropiaciones aprobada inicialmente.

Según el certificado de la Contraloría General de la República, visible al folio 26, ese 25% alcanza a la suma de $ 163.823.537.471.20.

De la relación de créditos adicionales sobre los que el Consejo de Estado ha emitido concepto favorable, según informe del señor Secretario General de la Corporación visible al folio 39, más el monto del crédito adicional propuesto en este caso, el monto total de los mismos sería de $ 97.705.258.901.97, monto que no supera el límite legal establecido del 25% ya indicado.

9. De acuerdo con las disposiciones del artículo 3º de la Ley 30 de 1982, la distribución que se pretende hacer del mayor valor calculado del impuesto *ad valorem* a la gasolina y al ACPM, se ajustaría a la ley, si el total del crédito pudiera utilizarse de acuerdo con el artículo 101.2. Pero, como se dijo, esa aplicación del total es improcedente visto el origen de los mismos fondos, cuya utilización y cálculo han de sujetarse a la normatividad contenida en el artículo 103, en armonía con el artículo 118 del Estatuto Orgánico número 294 de 1973.

*Conclusiones:*

En concepto de la Corporación, el proyecto de decreto sobre adición al presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones, en cuantía de $ 6.047.492.374, que ha presentado el señor Ministro de Hacienda, adolece de los defectos siguientes:

*De fondo.*

Se pretende utilizar para abrir créditos adicionales la totalidad de los recursos disponibles provenientes del cálculo de mayores ingresos derivados del impuesto *ad valorem* a la gasolina y al ACPM.

La utilización de esos recursos se halla regulada por el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional que sólo autoriza utilizar hasta el 80% de los mismos cuando no existe déficit fiscal.

Según el informe financiero de la Contraloría General de la República, el ejercicio de 1985 se cerró con déficit fiscal superior a los $ 51 mil millones.

Por lo anterior, el proyecto de decreto no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 103 del D. O. 294 de 1973.

*De forma.*

En los antecedentes remitidos por el señor Ministro de Hacienda no aparecen los siguientes documentos, que deben ser examinados por la Corporación para poder establecer o complementar, en la tramitación de los créditos adicionales, según la Constitución, la ley y el Reglamento:

—La solicitud inicial de apertura de los créditos adicionales, contenida en el oficio número 15921 del MOPT.

—A pesar de que en la adición se prevé la destinación para inversión en los Territorios Nacionales, no aparece el concepto previo y favorable del Departamento Administrativo Nacional de Intendencias y Comisarías (D. R. 1529 de 1978, art. 1º y 2º), pues no hay duda que el oficio sin número de 11 de julio de 1986 en el cual el jefe de DAINCO ratifica al jefe de la Oficina de Planeación del Ministerio de Obras Públicas y Transporte "que tal como se había coordinado con ese organismo", conceptúa favorablemente sobre la apertura de los créditos adicionales, esa manifestación no tiene el carácter previo que exige el Reglamento y por tanto a juicio del Consejo de Estado, ese requisito no se halla satisfecho.

—Tampoco aparece la actuación del Ministro de Hacienda que contenga la estimación del reconocimiento de rentas en suma superior a la inicialmente calculada, y a que se refiere el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte (fl. 36 del expediente) y la Contraloría General de la República (fls. 25 y 26), documentos que tratan, precisamente, del cálculo del mayor valor de los ingresos inicialmente previstos, y que se alcanzará en el "transcurso del presente año".

Las anteriores consideraciones son suficientes para que la Sala Plena del Consejo de Estado, sin necesidad de adentrarse en el examen de la urgencia e imprescindibilidad de los créditos adicionales solicitados, emita concepto desfavorable con relación al proyecto de decreto por el cual se adiciona el Presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones por la vigencia de 1986, en cuantía de $ 6.047.492.374.

Comuníquese.

Se deja constancia que la anterior consulta fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha quince (15) de julio de mil novecientos ochenta y seis.

*Samuel Buitrago Hurtado,* Presidente; *Aydée Anzola Linares, Hernán Guillermo Aldana Duque, Guillermo Benavides Melo, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Jaime Betancur Cuartas, Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Abella Zárate,* ausente; *Gaspar Caballero Sierra, Enrique Low Murtra, Antonio José de Irisarri R., Humberto Mora Osejo, Carmelo Martínez Conn, Jaime Paredes Tamayo, Simón Rodríguez Rodríguez, Eduardo Suescún Monroy, Julio César Uribe Acosta, Joaquín Vanín Tello, Miguel Betancourt Rey, Jorge Valencia Arango.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS.* (*Salvamento de Voto*).

*1. Teniendo en cuenta el texto mismo de la Ley 30 de 1982, sería ilegal destinar el producido del impuesto de gasolina a subsanar el déficit fiscal cuando la ley es perfectamente clara al ordenar que el producido del impuesto de gasolina sólo puede destinarse a los fines que establece la misma ley; construcción de carreteras (Fondo Vial), Caminos Vecinales y Ferrocarriles Nacionales.*

*2. Es inadecuado transpasar el juicio de imprescindibilidad del ejecutivo al Consejo de Estado.*

*Salvamento de voto.* — *Enrique Low Murtra.* — Bogotá, D. E., agosto doce de mil novecientos ochenta y seis.

Ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Expediente Nº C-027. Consulta.

Con mucho respeto, pero al mismo tiempo con profunda convicción me permito expresar las razones de mi discrepancia con la providencia que antecede de la cual me aparto radicalmente por considerarla equivocada.

a) No se trata de una situación a la cual pueda aplicarse el artículo 103 del mismo estatuto orgánico de presupuesto. En primer lugar aquí no se trata de una simple variación de la base misma de la liquidación, cumplida por un reajuste en el precio de la gasolina. En segundo lugar, teniendo en cuenta el texto mismo de la Ley 30 de 1982, sería ilegal destinar el producido del impuesto de gasolina a subsanar el déficit fiscal cuando la ley es perfectamente clara al ordenar que el producido del impuesto de gasolina sólo puede destinarse a los fines que establece la misma ley: construcción de carreteras (Fondo Vial), Caminos Vecinales y Ferrocarriles Nacionales. El verdadero sentido de los recursos estudiados está dentro del marco del numeral 2º del artículo 101 del decreto 294 de 1973, vale decir, pueden con ellos abrirse créditos adicionales dirigidos única y exclusivamente a la construcción de carreteras (Fondo Vial), Caminos Vecinales o Ferrocarriles Nacionales.

b) En materia de créditos adicionales no cabe aplicar criterios de exagerado formalismo. Debe desterrarse de nuestro país ese "farragoso" formalismo que empantana y atrasa decisiones de vital importancia como las que se incorporan en este proyecto de crédito adicional. Aquí no se trata de un "proceso" donde está en juego el derecho de

defensa sino de una instancia formal para el desarrollo de gastos imprescindibles.

c) La urgencia e imprescindibilidad de las adiciones sometidas a consideración de la Sala salta a la vista. A mi juicio la negativa del Consejo va a implicar demora en obras esenciales al momento histórico que atraviesa el país. Baste señalar algunas de las obras fundamentales que han tenido que pararse en su ejecución por falta de los recursos que se pretendían apropiar en el proyecto a consideración del Consejo: K12 - Llano Mateo - Bilbao; Yacopí - Cundinamarca; Aguas Claras - Santana Ramos - Algeciras - Huila; Uré - Versalles - Montelíbano - Córdoba; San Vicente del Caguán - Lozada - Llanos del Yarí - Caquetá; La Cuchilla - Río Humos - San Sebastián - Cauca; todas ellas carreteras fundamentales en los planes de rehabilitación. Hay otras muchas que aparecen ampliamente justificadas en el expediente: quizá la más importante la que comunica Santa Fe de Antioquia con Chigorodó.

d) Finalmente quiero decir que estoy de acuerdo con la siguiente expresión del ilustre colega Jaime Betancur en cuanto que creo inadecuado traspasar el juicio de imprescindibilidad del ejecutivo al Consejo de Estado. Ello no es ni el espíritu de la norma constitucional, ni su alcance, ni su sentido natural y lógico. En ello quiero corregir un aserto suscrito por mí en providencia reciente de la que fue ponente el doctor Carlos Betancur Jaramillo.

Atentamente,

*Enrique Low Murtra.*

*CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS (Salvamento de Voto).*

*El crédito adicional (sub exámine) está regulado por el artículo 101, numeral 2º del Decreto 294 de 1973 y no por el artículo 103 ibídem cual se sostiene expresamente en el dictamen del cual me aparto.*

*Salvamento de voto del Doctor Simón Rodríguez R.* — Bogotá, D. E., septiembre cinco de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Expediente Nº C-027. Consulta.

Disiento respetuosamente de la opinión mayoritaria del Consejo de Estado que conceptuó desfavorablemente a la petición de dictamen presentada ante el mismo por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en desarrollo de lo ordenado en el artículo 109 del Decreto 294 de 1973, y respecto del proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto de Gastos de la vigencia fiscal de 1986 (Ministerio de Desarrollo Económico y Obras Públicas y Transporte) por valor de $ 6.047.492.374.

Son razones para ello las siguientes:

1. Considero que el crédito adicional está regulado por el artículo 101, numeral 2 del Decreto 294 de 1973 y no por el artículo 103 *ibídem* cual se sostiene expresamente en el dictamen del cual me aparto.

En efecto: los recursos ordinarios que se van a utilizar para financiar tales créditos corresponden a ingresos *efectivos o reales* según lo atestigua el certificado de disponibilidad expedido por la Tesorería General de la República. Esos ingresos surgen de la aplicación de las nuevas tarifas a los combustibles decretadas en diciembre de 1985 y con destino al Fondo Vial, Fondo Nacional de Caminos Vecinales y los Ferrocarriles Nacionales.

No se trata en cambio de recursos ordinarios por *reaforos de rentas* y por ello es impropio acudir al artículo 103 mencionado que en su inciso 2º contempla la excepción de que aquellos puedan servir para la apertura de créditos adicionales siempre y cuando se cumplieren las exigencias allí indicadas, esto es, "...si después del mes de mayo de cada año el reconocimiento de las rentas globalmente consideradas permite establecer que éste excederá al calculado en el Presupuesto inicial, ese mayor valor, estimado por el Ministerio de Hacienda y Cré-

dito Público, podrá ser certificado como un excedente en el Presupuesto de Rentas por el Contralor General de la República y servir, hasta en un ochenta por ciento (80%), para la apertura de créditos adicionales. En caso de que existiere déficit en la vigencia fiscal anterior, el mayor producto de rentas se destinará, en primer lugar, a cancelarlo".

2. En cuanto hace al oficio del Departamento Administrativo Nacional de Intendencias y Comisarías, al cual el dictamen no permite asimilar al concepto previo exigido por la normación legal, observo que en verdad no se está frente a un proceso contencioso en que actúen partes contrarias y en donde deba analizarse la prueba con toda la rigidez procesal. No debe olvidarse que más bien se trata del ejercicio de oficio por el Gobierno de una actuación administrativa ante esta Corporación con el fin de obtener un dictamen. Luego la actividad de esta última debe estar orientada por el criterio de coadyuvar a que se cumpla tal cometido y por ello debe haber cierta flexibilidad en la aplicación de los requisitos y documentación correspondientes. Y lo que es más, el mismo Consejo de Estado y dentro de este orden de razonamiento, debe pedir a la Administración la aclaración de dudas y el envío de documentos faltantes con el ánimo de que el expediente se integre y forme en la forma más completa posible.

Con todo respeto,

*Simón Rodríguez Rodríguez.*

*CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS (Salvamento de Voto).*

*El recurso de capital que se pretende incorporar al Presupuesto Nacional está gobernado por el ordinal 2º del artículo 101 del Decreto-ley 294 de 1973 y no por el inciso 2º del artículo 103 del aludido estatuto, como lo sostiene la decisión mayoritaria.*

*Salvamento de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango.* — Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Referencia: Expediente C-027. Crédito adicional por $ 6.047.492.374.

Me separo de la decisión mayoritaria por considerar que el recurso de capital que se pretende incorporar al Presupuesto Nacional está gobernado por el ordinal 2º del artículo 101 del Decreto-ley 294 de 1973 y no por el inciso 2º del artículo 103 del aludido estatuto, como lo sostiene la decisión mayoritaria.

Bajo el ordinal 2º del artículo 101, cabe el recurso de capital de que se ocupa el crédito adicional propuesto, por tratarse de un incremento en el precio de la gasolina asignado por la Resolución número 01722 de diciembre de 1985, posterior a la expedición de la ley de Presupuesto Nacional. Es, pues, un incremento del impuesto *ad valorem,* no por defecto en el aforo inicial —caso contemplado en el inciso 2º del artículo 103— sino por variación posterior de los factores que concurren a determinar la masa sobre la que recae el impuesto.

Creo, pues, que el concepto ha debido ser favorable a la solicitud del Gobierno.

*Jorge Valencia Arango, Darío Quiñones Pinilla.*

dito Público, podrá ser certificado como un excedente en el Presupuesto de Rentas por el Contralor General de la República y servir, hasta en un ochenta por ciento (80%), para la apertura de créditos adicionales. En caso de que existiere déficit en la vigencia fiscal anterior, el mayor producto de rentas se destinará, en primer lugar, a cancelarlo".

2. En cuanto hace al oficio del Departamento Administrativo Nacional de Intendencias y Comisarías, al cual el dictamen no permite asimilar al concepto previo exigido por la normación legal, observo que en verdad no se está frente a un proceso contencioso en que actúen partes contrarias y en donde deba analizarse la prueba con toda la rigidez procesal. No debe olvidarse que más bien se trata del ejercicio de oficio por el Gobierno de una actuación administrativa ante esta Corporación con el fin de obtener un dictamen. Luego la actividad de esta última debe estar orientada por el criterio de coadyuvar a que se cumpla tal cometido y por ello debe haber cierta flexibilidad en la aplicación de los requisitos y documentación correspondientes. Y lo que es más, el mismo Consejo de Estado y dentro de este orden de razonamiento, debe pedir a la Administración la aclaración de dudas y el envío de documentos faltantes con el ánimo de que el expediente se integre y forme en la forma más completa posible.

Con todo respeto,

*Simón Rodríguez Rodríguez.*

*CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS (Salvamento de Voto).*

*El recurso de capital que se pretende incorporar al Presupuesto Nacional está gobernado por el ordinal 2º del artículo 101 del Decreto-ley 294 de 1973 y no por el inciso 2º del artículo 103 del aludido estatuto, como lo sostiene la decisión mayoritaria.*

*Salvamento de voto del Consejero Doctor Jorge Valencia Arango.* — Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Referencia: Expediente C-027. Crédito adicional por $ 6.047.492.374.

Me separo de la decisión mayoritaria por considerar que el recurso de capital que se pretende incorporar al Presupuesto Nacional está gobernado por el ordinal 2º del artículo 101 del Decreto-ley 294 de 1973 y no por el inciso 2º del artículo 103 del aludido estatuto, como lo sostiene la decisión mayoritaria.

Bajo el ordinal 2º del artículo 101, cabe el recurso de capital de que se ocupa el crédito adicional propuesto, por tratarse de un incremento en el precio de la gasolina asignado por la Resolución número 01722 de diciembre de 1985, posterior a la expedición de la ley de Presupuesto Nacional. Es, pues, un incremento del impuesto *ad valorem*, no por defecto en el aforo inicial —caso contemplado en el inciso 2º del artículo 103— sino por variación posterior de los factores que concurren a determinar la masa sobre la que recae el impuesto.

Creo, pues, que el concepto ha debido ser favorable a la solicitud del Gobierno.

*Jorge Valencia Arango, Darío Quiñones Pinilla.*

*CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS (Salvamento de Voto).*

*1. (La consulta sub exámine) El reaforo previsto en el artículo 103 (Decreto-ley 294 de 1973) consiste en volver a estimar o valorar lo ya estimado; en cambio, en el caso que estudia el Consejo de Estado no podía haber una nueva estimación o valoración de algo que no había sido estimado, o valorado, pues presupuestalmente no existía y, por consiguiente, tenía que ser incorporado al presupuesto.*

*2. El artículo 103, no se refiere a RENTAS DE DESTINACION ESPECIAL. FINALIDAD DE LAS RENTAS CON DESTINACION ESPECIAL.*

*3. FONDO VIAL NACIONAL. Norma creadora. Objetivos. Funciones. Patrimonio: Producto del impuesto a la gasolina y al ACPM. Finalidad de este impuesto.*

*4. El artículo 1º del Decreto 294 de 1973, es el que regula, en su numeral 2º, las adiciones presupuestales con base en recursos no incorporados al presupuesto.*

*5º El recurso existe aunque no se haya causado, aunque no haya sido recaudado y, por tanto, no hayan ingresado a la Tesorería los dineros correspondientes.*

*6. NECESIDAD IMPRESCINDIBLE DE LOS GASTOS. Concepto.*

*7. Función del Consejo de Estado de acuerdo con el artículo 212 de la Constitución Nacional.*

*Consejo de Estado. — Sala Plena. — Salvamento de voto del Consejero Joaquín Vanín Tello.* — Bogotá, D. E., diez de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Referencia: Expediente Nº C-027. Consulta del Gobierno sobre proyecto de decreto, por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto por la vigencia fiscal de 1986 (Ministerio de Desarrollo Económico y Obras Públicas y Transporte).

Con el debido respeto me aparto del dictamen desfavorable que con el voto de la mayoría de sus miembros dio el Consejo de Estado respecto de los créditos adicionales que en cuantía de $ 6.047.492.374.00 proyectaba abrir el Gobierno Nacional para aumentar, con base en los

recursos provenientes del incremento al impuesto sobre la gasolina y el ACPM, el monto de las apropiaciones para gastos en el presupuesto vigente.

Tales recursos estaban destinados a programas del Fondo Vial Nacional, del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

De la siguiente manera expreso mi inconformidad con el dictamen de la Sala Plena del Consejo de Estado:

*1. La cuestión de fondo.*

A. Se dice en el mencionado dictamen que es aplicable a los créditos adicionales que envió en consulta el Gobierno, lo dispuesto en el artículo 103 del Decreto 294 de 1973 y no lo previsto en el numeral 2 del artículo 101 *ibídem* y que, por lo tanto, debieron llenarse los requisitos establecidos en la primera de las citadas disposiciones y deben aplicarse esos recursos a enjugar el déficit fiscal que quedó del año de 1985.

Las objeciones que se hacen en dicho dictamen al proyecto de adiciones presupuestales se sintetizan así:

a) La utilización de esos recursos se halla regulada por el artículo 103 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional que sólo autoriza utilizar hasta el 80% de los mismos cuando no existe déficit fiscal (fol. 90 del exp.). "Si hubiere déficit en la vigencia fiscal anterior, el mayor producto de las rentas se destinará, en primer lugar, a cancelarlo (art. 103 E. O.)". Como "el ejercicio de 1985 se cerró con déficit fiscal superior a los 51. mil millones de pesos", "el proyecto no se ajusta a lo dispuesto por el artículo 103 del D. O. 294 de 1973", pues tales recursos deben destinarse a enjugar el déficit fiscal de 1985 (fols. 11 y 13 del exp.).

b) "La Corporación entiende que la hipótesis contemplada en el numeral 2, artículo 101 supone, que los recursos existen, siendo en consecuencia disponibles inmediatamente, sin necesidad de cálculo ni reconocimiento alguno, en tanto que la hipótesis contemplada en el inciso 2º del artículo 103 se refiere a recursos que *se captarán durante el lapso correspondiente a los meses de junio a diciembre* de la vigencia fiscal en curso, sujetos a cálculo, reconocimiento y restricciones acordes con la naturaleza probable, pero en todo caso eventual, del recurso utilizable" (se subraya. fols. 11 infra y 12 supra del exp.).

c) "Si por reconocimiento de las rentas debe entenderse la liquidación de lo que deba recibirse por concepto de impuesto o de cualquiera otra renta o recurso de capital, es claro que en este caso y con relación a los recursos provenientes del mayor valor del impuesto *ad valorem* a la gasolina y al ACPM la norma aplicable es el artículo 103, inciso 2º y no la del artículo 101, numeral 2, pues *en este evento el ingreso ya se ha causado*" (se subraya. fol. 89 del exp.).

d) "De acuerdo con las disposiciones del artículo 3º de la ley 30 de 1982, la distribución que se pretende hacer del mayor valor calculado del impuesto *ad valorem* a la gasolina y al ACPM, se ajustaría

a la ley, si el total del crédito pudiera utilizarse de acuerdo con el artículo 101.2. Pero, como se dijo, esa aplicación del total es improcedente *visto el origen de los mismos fondos*, cuya utilización y cálculo han de sujetarse a la normatividad contenida en el artículo 103, en armonía con el artículo 118 del Estatuto Orgánico número 294 de 1973" (se subraya. fols. 12 infra y 13 supra del exp.).

No comparto el criterio según el cual en lo concerniente a los créditos adicionales a que se refiere el dictamen es aplicable el artículo 103 y no el 101, numeral 2, del decreto extraordinario 294 de 1973, por las siguientes razones:

1ª El artículo 103 se refiere a recursos incorporados al presupuesto y que son objeto de reaforo; el 101 a recursos nuevos que se pretende incorporar al presupuesto. La primera de las citadas disposiciones tiene como supuesto un error de cálculo por subestimación de los ingresos que habrán de percibirse en la correspondiente vigencia fiscal. Por eso se debe esperar a que se haga después de mayo el reconocimiento de rentas, o la liquidación o determinación de la cuantía "de lo que deba recibirse por concepto de impuesto o de cualquiera otra renta o recurso de capital", como reza el artículo 118 del Decreto 294 de 1973, a fin de establecer si efectivamente hay diferencia entre lo calculado inicialmente y lo estimado después como ingreso probable.

Lo dispuesto en los artículos 103 y 118 del Decreto 294 de 1973 no significa que el recurso no exista o que sea necesario comprobarlo o verificarlo, o siquiera determinarlo. El reconocimiento de que habla el artículo 118 no consiste en una determinación del recurso sino de su cuantía, como el mismo precepto lo dice.

En este caso no se trata, como equivocadamente se asevera en el dictamen de "una suma que provendrá de recursos del impuesto *ad valorem* a la gasolina y al ACPM, *por mayor valor del inicialmente calculado;* o de una distribución *"del mayor valor calculado del impuesto ad valorem* a la gasolina y al ACPM" (se subraya. fols. 78, 12 infra y 13 supra del exp.). No. No se trata de una nueva evaluación de rentas mal calculadas por haberse estimado un producido menor del que habría de ser reconocido después del mes de mayo, o sea por una inicial subestimación del producido probable del recurso, sino de uno nuevo, originado en un mayor impuesto *ad valorem* a la gasolina y al ACPM, por disposición de la ley, circunstancia ésta que encaja en el numeral 2 del artículo 101 del Decreto 294 de 1973, así como la hipótesis que se niega es la consagrada en el artículo 103 del mismo estatuto y, por lo tanto, son ajenos a ella los créditos adicionales que proyectaba abrir el Gobierno.

El artículo 103 habla, en su inciso primero, del "mayor valor del reconocimiento de las rentas sobre el promedio de los cómputos presupuestados", y en el segundo dice: "No obstante lo dispuesto antes, si después del mes de mayo de cada año el reconocimiento de las rentas globalmente consideradas permite establecer que *éste excederá al calculado en el presupuesto inicial...*", previsiones en las cuales no encajan los proyectados créditos adicionales, pues no es el caso de un justiprecio que excederá el monto del que se hizo inicialmente y que entonces pecó por defecto, sino de un recurso que no existía cuando se aprobó el presupuesto (se subraya).

El reaforo previsto en el artículo 103 consiste en volver a estimar o valorar lo ya estimado o valorado; en cambio, en el caso que estudió el Consejo de Estado no podía haber una nueva estimación o valoración de algo que había sido estimado o valorado, pues *presupuestalmente* no existía y, por consiguiente, tenía que ser incorporado al presupuesto.

2ª El artículo 103 no se refiere, no podía referirse —como lo demostré en reunión de la Sala Plena del Consejo de Estado, cuando se discutió la solicitud del Gobierno— a rentas con destinación especial, pues ellas, salvo mandato expreso, no pueden aplicarse, ni en el 20% ni en parte alguna, a otras finalidades. Tampoco puede referirse a rentas que por disposición de la ley pertenecen al patrimonio de una entidad pública. Las rentas con destinación especial, sobre todo si hacen parte del patrimonio de una entidad, no pueden aplicarse a suplir faltantes en otros renglones del presupuesto, a pagar gastos de otros organismos del Estado, ni a cancelar el déficit fiscal generado en una vigencia anterior.

Dicho de otro modo, el artículo 103 sólo es aplicable a rentas que no sean de destinación especial y que tampoco estén atribuidas por ley al patrimonio de una entidad oficial y que, por consiguiente, se pueden utilizar para cubrir cualquier gasto, pues están destinadas a todos los gastos del presupuesto y pueden servir entonces para enjugar el déficit presupuestal.

Como es bien sabido, el Fondo Vial Nacional fue creado por la Ley 64 de 1967 para cumplir los siguientes objetivos: "atender a los gastos que demanden el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales, el estudio, conservación y mejoramiento de las vías fluviales" y "auxiliar al Fondo Nacional de Caminos Vecinales" (artículo 1º).

Por su parte el artículo 1º de la Ley 30 de 1982 establece que "el Fondo Vial Nacional, además de las funciones que le asignan las disposiciones vigentes, tendrá las de contribuir a los gastos que demande el mantenimiento, mejora y extensión de la red de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia".

Por mandato de las mismas leyes, el Fondo Vial Nacional deberá entregar a la Corporación Financiera del Transporte una suma que el último de los citados estatutos determinó en el sentido de que no sería "superior al cinco por ciento (5%) de la participación de que habla el artículo segundo de esta ley con destino al subsidio del transporte urbano colectivo" (artículo 5º de la Ley 64 de 1967 y 7º de la Ley 30 de 1982).

Según los artículos 2º y 4º de la Ley 64 de 1967, modificado el último por los artículos 2º y 3º de la Ley 30 de 1982, forma parte del *patrimonio del Fondo Vial Nacional,* que es una *persona jurídica,* conforme al artículo 1º de la ley primeramente citada, el producto del impuesto a la gasolina y al ACPM. Se exceptuaron de ese impuesto las gasolinas de aviación y el Diesel marino.

De conformidad con las disposiciones antes citadas, el producto del impuesto a la gasolina y al ACPM *está destinado al Fondo Vial*

*Nacional y tiene una finalidad exclusiva,* cual es atender los gastos e inversiones a que se refieren las leyes 64 de 1967 y 30 de 1982 y, por lo tanto, sin mandato legal expreso, no puede ser dedicado a ningún otro objeto.

Por eso el artículo 6º del Decreto extraordinario 294 de 1973, que consagra la unidad de presupuesto y, por consiguiente, prohibe las destinaciones especiales de ingresos corrientes y las rentas compensadas, dispone: "No obstante lo anterior, las rentas con destinación especial para programas de desarrollo económico y social establecidas por la ley, *continuarán aplicándose a dicho objeto,* pero sin limitaciones distintas a las establecidas en el presente Estatuto" (se subraya).

Según la anterior disposición del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, el impuesto a la gasolina y al ACPM continuarán teniendo, *como parte del patrimonio del Fondo Vial Nacional, las destinaciones específicamente determinadas en las leyes 64 de 1967 y 30 de 1982,* que son:

1. Atender los gastos que demanden el estudio, construcción, conservación y pavimentación de las carreteras nacionales (artículo 1º de la Ley 64 de 1967);

2. Atender los gastos que demanden el estudio, conservación y mejoramiento de las vías fluviales (artículo 1º *ibídem*);

3. Auxiliar al Fondo Nacional de Caminos Vecinales (artículo 1º y 4º *ibídem* y 3º de la Ley 30 de 1982);

4. Contribuir a los gastos que demanden el mantenimiento, mejora y extensión de la red de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (artículos 1º y 3º de la Ley 30 de 1982);

5. Contribuir al subsidio del transporte urbano colectivo, mediante aportes a la Corporación Financiera del Transporte (artículo 5º de la Ley 64 de 1967 y 7º de la Ley 30 de 1982).

Siendo recursos con destinación especial, señalada en la ley, no es posible darles una aplicación distinta en el Presupuesto Nacional, expedido por el Congreso, ni mediante créditos adicionales, sean ellos abiertos por el mismo Parlamento, a solicitud del Gobierno, o por éste, previo dictamen favorable del Consejo de Estado, ni por el mecanismo de los traslados presupuestales, con lo cual queda excluida toda posibilidad de su empleo para enjugar el déficit fiscal.

*Tal destinación no se puede cambiar, esos bienes patrimoniales no se le pueden quitar, total o parcialmente, al Fondo Vial Nacional sino mediante disposición del legislador ordinario o extraordinario que revoque o modifique lo dispuesto en las leyes citadas, o haga una excepción a ellas,* como la hizo el Decreto 399 de 1986 con parte de esos recursos, para "atender los gastos ocasionados, o que se ocasionen por la actividad volcánica del Nevado del Ruiz y para mejorar la prestación del servicio público de justicia", mediante "transferencias intergubernamentales a favor de la Nación", conforme a facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República por la Ley 7ª del mismo año.

Cabe anotar que las normas que establecen el impuesto *ad valorem* sobre el ACPM y la gasolina, con destino al patrimonio del Fondo Vial Nacional, son especiales y prevalecen, por lo tanto, sobre las generales; y tienen ese carácter prevaleciente aunque las últimamente mencionadas sean posteriores (artículo 5º de la Ley 57 de 1887). Especiales son las disposiciones de la Ley 64 de 1967 y el artículo 6º del citado Decreto 294 con relación al artículo 103 del mismo estatuto y además de ese carácter tienen el de ser posteriores la Ley 30 de 1982, las disposiciones pertinentes de la Ley 7ª de 1986 y el Decreto extraordinario 399 del año en curso.

Es errado entonces afirmar que "esa aplicación del total (la que pretendía hacer el Gobierno, de conformidad con la ley) es improcedente visto el origen de los mismos fondos", porque precisamente en razón de ese origen tales rentas son aplicables a los fines a que se referían los proyectados créditos adicionales y en ningún caso a enjugar el déficit fiscal que quedó de la vigencia de 1985 (el paréntesis no corresponde al texto).

En suma, esas rentas no están comprendidas dentro de las previsiones del artículo 103 porque no se trata de un reaforo de ingresos presupuestales, por deficiencia en su cálculo inicial. Pero aún en el caso de que se tratara de un reaforo de rentas inicialmente mal calculadas, no se pueden dedicar a cubrir el déficit fiscal, en todo o en parte pues tienen una destinación expresa y específica dada por la ley: Ingresar al patrimonio del Fondo Vial Nacional para que éste ejecute los programas y haga las transferencias que ordena la misma ley.

Por eso resulta superfluo, para desechar la aplicación del artículo 103 del Decreto 294 de 1973, *determinar si se trata de un recurso nuevo, no presupuestado, originado en el incremento del impuesto de que se ha hecho mención,* que es el caso, *o de uno incluido en el presupuesto y cuyo monto fue inicialmente subestimado,* que no lo es, *pues de todas maneras las sumas correspondientes hacen parte del patrimonio del Fondo Vial Nacional,* de suerte que *no pueden ser utilizadas con el propósito que indica el dictamen,* sin que se violen los estatutos legales citados en este salvamento de voto.

3ª Es el artículo 101 del citado Decreto 294 de 1973 el que regula, en su numeral 2, las adiciones presupuestales con base en recursos no incorporados al presupuesto. Según dicho artículo, el crédito adicional puede fundarse, entre cuatro posibilidades que prevé, en esta circunstancia certificada por el Contralor General de la República: "Que existe un *recurso ordinario,* o una operación de crédito, *que no se ha incorporado en el presupuesto* en curso, y que, por tanto, puede servir de base para la apertura del crédito de que se trate" (se subraya).

Y este es el caso: un recurso ordinario que no se ha incorporado en el presupuesto vigente o en ejecución. Por consiguiente, esta es la norma aplicable a los créditos adicionales respecto de los cuales solicitó dictamen el Gobierno.

Cabe advertir que en dicha disposición la expresión denominativa "recurso ordinario" se usa en contraposición a la de "operación de crédito", que es un recurso extraordinario, y no en el sentido restringido

que a "ingreso corriente" da el artículo 10 del mismo estatuto, y que al paso que los numerales 1 y 4 del citado artículo 101 están estructurados sobre la base de que no exista déficit fiscal, que es exigencia expresa en el segundo y tácita pero obvia en el primero, los numerales 2 y 3 no establecen esa condición.

No es exacto que un recurso exista sólo en cuanto sea "disponible inmediatamente", es decir, cuando "el ingreso se ha causado", como se afirma en el dictamen. El recurso existe aunque no se haya causado, aunque no haya sido recaudado y, por tanto, no hayan ingresado a la Tesorería los dineros correspondientes.

Conforme al criterio expuesto en el dictamen aprobado por la mayoría, no *existirían* para el Estado recursos distintos de los causados, más exactamente, de los dineros que hayan ingresado a la Tesorería.

Con esa acepción restringida no se entiende en Hacienda Pública ni en el Decreto 294 de 1973 que existe un recurso. Aun en el caso del artículo 103, en coordinación con el 118, el recurso existe y de lo que se trata es, simplemente, de determinar su cuantía.

Para el mismo numeral 2 del artículo 101, la realización de una operación de crédito implica que existe un recurso que se puede incorporar al presupuesto, sin que la norma exija que se hayan recibido, en todo o en parte, los dineros correspondientes.

En el caso que se estudia, el producto del mayor valor del impuesto a los combustibles es un recurso previsto en una ley y existe para efectos de su incorporación al presupuesto. Este recurso existe desde que quedó incrementado el impuesto a la gasolina y al ACPM; más aún, está "ingresando en la Tesorería General de la República desde el mes de enero de 1986", según informa el Director General del Presupuesto (fol. 40 del expediente).

Y si los recursos se están percibiendo desde el mes de enero, no se da precisamente, en este caso, la condición que el dictamen deduce del precepto que consideró aplicable a las adiciones presupuestales sobre las cuales versó: "...la hipótesis contemplada en el numeral 2º del artículo 103 se refiere a recursos que se captarán durante el lapso correspondiente a los meses de junio a diciembre de la vigencia fiscal en curso..." (fols. 88 infra y 89 supra del exp.).

Finalmente, respecto de los ingresos a que se refiere el dictamen de esta Corporación, la Contraloría General de la República, con la competencia que le da la ley con fundamento en la Constitución, expidió certificado de disponibilidad, que no se puede desconocer, según el cual "la cantidad de SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES, CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS ($ 7.697.492.374.00) Moneda Legal, que serán generados como consecuencia del aumento del gravamen por galón a VEINTISEIS PESOS CON CUARENTA Y NUEVE CENTAVOS ($ 26.49) Moneda Legal, *constituye un recurso fiscal no incorporado al presupuesto, y por tanto, puede servir de base para la apertura de créditos adicionales, certificación que se expide al tenor de lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 101 del Decreto-ley 294 de 1973*" (se subraya. fol. 25 del expediente).

B. Precisa hacer dos observaciones, casi marginales, a conceptos contenidos en dicho dictamen, pues ellos reflejan una tendencia que ha comenzado a abrirse paso en el Consejo de Estado.

a) Según el primero de tales conceptos esta Corporación debe ejercer control en cuanto "a la necesidad y a la urgencia del gasto", tiene que extender su examen al aspecto de la "necesidad imprescindible de los gastos a cuyo cubrimiento se destinen los créditos adicionales" (fol. 82 del expediente). Y aunque al final del dictamen se dice que no es necesario "adentrarse en el examen de la urgencia e imprescindibilidad de los créditos adicionales solicitados", ello es sólo porque se considera que las objeciones hechas al proyecto del Gobierno son suficientes para dar concepto desfavorable; pero esa salvedad y las afirmaciones a que se hizo antes referencia son claramente indicativas del criterio mayoritario sobre el particular.

Esa posición está de acuerdo con la tesis que empieza hacer carrera en la Corporación, según la cual compete al Consejo de Estado calificar la imprescindibilidad y la urgencia del gasto.

Disiento de esa opinión.

El concepto de imprescindibilidad del gasto está expreso en el artículo 212 de la Constitución Nacional; el de la urgencia del mismo ha sido elaborado en la Sala con motivo del estudio y discusión de créditos adicionales respecto de los cuales ha solicitado dictamen el Gobierno.

Como dije en alguna ocasión en Sala, el concepto de imprescindibilidad no contiene en sí mismo ninguna referencia de índole temporal: lo imprescindible es simplemente aquello de que no puede uno prescindir, abstenerse, privarse u omitir, hoy, mañana o nunca. Pero la Constitución lo enmarca dentro de un preciso límite de tiempo, referido al interregno parlamentario: "...estando en receso las Cámaras..." De ahí el concepto de la oportunidad del gasto.

Quiere decir que los conceptos de imprescindibilidad y de oportunidad del gasto son de origen constitucional; expreso el uno, tácito el otro.

El artículo 212 de nuestra Carta es claro y terminante al establecer la exclusiva y autónoma competencia del Gobierno para calificar si un gasto es imprescindible, lo que descarta todo control o valoración del juicio del Ejecutivo por parte del Consejo de Estado, al cual no le dio esa función. Pero eso no impide que esta Corporación encuadre el juicio del Gobierno sobre la imprescindibilidad del gasto dentro de un concepto de oportunidad, aquel indicado por la propia Constitución: el receso de las Cámaras. Con relación a ese concepto de oportunidad deben tenerse en cuenta dos momentos: aquel en que se pide y se emite el dictamen y aquel en que se va a efectuar el gasto, circunstancias que no pueden sustraerse al examen del Consejo de Estado. No puede éste emitir dictamen sobre créditos adicionales estando reunido el Congreso, ni lo puede dar favorable, estando aquél en receso, para un gasto que *evidentemente* se va hacer después, cuando estén reunidas las Cámaras, hipótesis esta última que puede admitir contadas y bien justificadas excepciones, que no es el caso de ilustrar aquí con ejemplos.

Pero de ese marco determinado por estas dos cuestiones —cuándo se pide y se da el dictamen y cuándo se va a efectuar el gasto— no puede salirse el Consejo de Estado para entrar a calificar su imprescindibilidad y urgencia, pues no le fue otorgada esa facultad, por una parte, y, por la otra, carece de los elementos de juicio de que dispone el administrador, es decir, el Gobierno.

Lo anterior no quiere decir que el juicio del Gobierno pueda traspasar límites de veracidad y de razonabilidad, ser contrario a toda evidencia.

En esta forma rectifico mi posición favorable al dictamen de que fue ponente el Doctor Carlos Betancur Jaramillo (exp. Nº C-020) en lo que implica aceptación de la competencia del Consejo de Estado para calificar la urgencia del gasto, que si fuera pertinente también la modificaría en cuanto se excluye del sistema de los créditos adicionales todo aquel que esté destinado a satisfacer necesidades comunes, cualesquiera que sean.

b) El otro concepto que no comparto se expresa en el dictamen de la Sala en los siguientes términos: "Puesto que su intervención (la del Consejo de Estado) ocurre en defecto del Congreso, en alguna medida debe sustituirlo en cuanto al aspecto del control referente a la necesidad y a la urgencia del gasto..." (El paréntesis no corresponde al texto transcrito).

En mi opinión, el Consejo de Estado no sustituye, ni siquiera "en alguna medida", al Congreso; es decir, no lo sustituye de ninguna manera, pues sus funciones, con relación a los créditos adicionales, son muy distintas y es más bien al Gobierno a quien corresponde actuar en sustitución de las Cámaras Legislativas. Según el artículo 212 de la Constitución Nacional, la función de abrir créditos adicionales al presupuesto corresponde al Congreso y al Gobierno, en receso y en lugar de aquél; la del Consejo de Estado es emitir dictamen dado este último caso.

Por otra parte, los conceptos de imprescindibilidad y oportunidad del gasto contenidos en la norma constitucional y el de urgencia del mismo que tiende a convertirse en requisito exigido por el Consejo de Estado, no juegan para nada, en absoluto, cuando es el Congreso quien abre los créditos adicionales al presupuesto. Dichos conceptos no caben en esa circunstancia normal, el Congreso no hace tales calificaciones y no hay entonces posibilidad de que al efecto lo sustituya el Consejo de Estado.

*II. La cuestión de forma.*

Sobre este aspecto de la solicitud del Gobierno se dice en el dictamen del Consejo de Estado: (ver el concepto del cual se salva voto)

"En los antecedentes remitidos por el señor Ministro de Hacienda no aparecen los siguientes documentos, que deben ser examinados por la Corporación para poder establecer o complementar, en la tramitación de los créditos adicionales, según la Constitución, la ley y el Reglamento:

"La solicitud inicial de apertura de los créditos adicionales, mencionada en el oficio número 15921 del MOPT.

"A pesar de que en la adición se prevé la destinación para inversión en los Territorios Nacionales, no parece el concepto previo y favorable del Departamento Administrativo Nacional de Intendencias y Comisarías (D. R. 1529 de 1978, art. 1º y 2º), pues no hay duda de que el oficio sin número de 11 de julio de 1986 en el cual el jefe de DAINCO ratifica al Jefe de la Oficina de Planeación del Ministerio de Obras Públicas y Transporte 'que tal como se había coordinado con ese organismo', conceptúa favorablemente sobre la apertura de los créditos adicionales, esa manifestación no tiene el carácter previo que exige el Reglamento y por tanto, a juicio del Consejo de Estado, ese requisito no se halla satisfecho.

"Tampoco aparece la actuación del Ministro de Hacienda que contenga la estimación del reconocimiento de rentas en suma superior a la inicialmente calculada, y a que se refiere el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte (fol. 36 del expediente) y la Contraloría General de la República (fols. 25 y 26), documentos que tratan, precisamente, del cálculo del mayor valor de los ingresos inicialmente previstos, y que se alcanzará en el 'transcurso del presente año'" (fol. 91 del expediente).

"..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ....."

No voy a decir que el Gobierno puede exonerarse de cumplir las condiciones y los trámites que establece la ley, conforme lo ordena el artículo 212 de la Constitución Nacional, y que le está permitido al funcionario correspondiente desestimar los requisitos exigidos en el Decreto reglamentario 1529 de 1978 para solicitar la apertura de un crédito adicional, tanto suplemental como extraordinario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 del Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación (D. E. 294 de 1973). Pero observo que en un caso no procedía la actuación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que se echa de menos en el dictamen, en el otro no hubo omisión por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y la inicial del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías fue subsanada, como se verá a continuación:

a) En lo que concierne a la falta de "la solicitud inicial de apertura de los créditos adicionales, mencionada en el oficio número 15921 del MOPT", considero que es suficiente la afirmación hecha por el Ministro de Obras Públicas y Transporte en un documento público, para que se acepte que ella existió, aunque no aparezca en el expediente.

Son varios los documentos del informativo que indican que la iniciativa para la apertura de los créditos adicionales fue del Ministerio de Obras Públicas y Transporte y que éste hizo la correspondiente solicitud, así:

1. El oficio número 19716, de fecha 4 de julio de 1986, suscrito por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, del cual se transcribe lo siguiente: "Con el objeto de complementar mi comunicación PP-15921 del pasado 27 de mayo, me permito hacer algunos planteamientos acerca de las razones que *nos llevaron a solicitar la adición,* al presu-

puesto de la actual vigencia, del mayor valor por el incremento en el precio de los combustibles en el pasado mes de enero" (se subraya. fol. 42 del expediente).

2. El oficio número 847, del 7 de julio del año en curso, dirigido por el Director General del Presupuesto al Secretario General del Consejo de Estado, en el cual se lee: "Igualmente adjunto copia del oficio VM 19716 del 4 de julio de 1986 suscrito por el señor Ministro de Obras Públicas que incluye tres anexos relacionados, oficio con el cual se adiciona la comunicación 15921 con la cual se presentó inicialmente la solicitud de apertura de créditos adicionales por parte de dicho Ministerio" (fol. 40).

3. La documentación que figura del folio 55 al 64 del expediente, que seguramente hizo parte de la solicitud de apertura de los créditos adicionales, pues son cuadros con diversos datos que, bajo el membrete de MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE, tienen los siguientes títulos: "SOLICITUD DE CREDITO ADICIONAL EXTRAORDINARIO...", "SOLICITUD DE CREDITO ADICIONAL SUPLEMENTAL...", "SOLICITUD PRESUPUESTO ADICIONAL SUPLEMENTARIO...", "SOLICITUD PRESUPUESTO ADICIONAL EXTRAORDINARIO..."

Lo anterior indica que hubo solicitud de apertura de los créditos adicionales, formulada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

b) A folios 73 y 74 del expediente aparece el concepto del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, con el único defecto de no ser previo, pero se dio y si se omitió inicialmente era factible subsanar esa falta como se hizo. No es siquiera posible pensar que porque no se dio en forma previa nunca después se podía dar, como si la correspondiente actuación administrativa fuera un juicio con etapas preclusivas, de modo que lo que no se hizo en su oportunidad no se pudiera hacer después.

No es este un proceso en que hay partes que deben estar colocadas en un plano de igualdad y proceder con entera lealtad, sin que se tome alguna de ellas o se le otorguen ventajas indebidas, principio que se violaría con actuaciones sorpresivas y pruebas extemporáneas de una en perjuicio de la otra. Lo que adelantó el Gobierno fue un simple trámite administrativo enderezado a abrir créditos adicionales para satisfacer con ese incremento presupuestal necesidades públicas.

c) Puesto que la norma aplicable en el presente caso es el artículo 101, numeral 2, y no el artículo 103 del Decreto 294 de 1973, no había lugar a la "actuación del Ministro de Hacienda que contenga la estimación del reconocimiento de rentas en suma superior a la inicialmente calculada", como se demostró en la parte de este salvamento de voto concerniente a la "CUESTION DE FONDO". Como se dijo allí, no se trataba de reaforar rentas estimadas en menor valor que el calculado después del mes de mayo, sino de incorporar un recurso nuevo al presupuesto.

*Joaquín Vanín Tello.*

# SEGUNDA PARTE

## FUNCION JURISDICCIONAL

## TITULO I

### ORDEN NACIONAL

## CAPITULO I

### DECRETOS DEL GOBIERNO

*ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO FRENTE A ACTOS GENERALES, IMPERSONALES, ABSTRACTOS.*

*1º ¿Procede?*

*2º Diferencias de esta acción CON LA DE NULIDAD.*

*3º Sólo por excepción, cuando el acto impersonal, general y abstracto, deja de serlo precisamente por lesionar directamente un derecho civil o administrativo del administrado, sin necesidad de otro acto administrativo particular y concreto, dictado en desarrollo o ejecución de aquel, puede impugnarse mediante la acción de restablecimiento del derecho el acto reglamentario.*

*ACTOS SEPARABLES Y ACTOS INSEPARABLES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.*

*1º Situación en Francia.*

*2º Nulidad absoluta de los contratos administrativos.*

*3º Concepto de acto separable. Actos administrativos que pueden existir jurídicamente sin necesidad del contrato aunque la existencia o validez de éste no pueda afirmarse sin la de aquellas. Los actos separables NO PUEDEN SER SINO LOS PRE-CONTRACTUALES.*

*4º Los actos separables son controlables por medio de otras acciones (art. 87 C.C.A.).*

*5º Los actos administrativos contractuales —no separables o inseparables del contrato— dan siempre, cuando se impugnan jurisdiccionalmente, lugar a una controversia contractual o proceso especial regulado por los artículos 217 y ss. del C.C.A. y por lo mismo su pretensión DE NULIDAD JAMAS PUEDE ACUMULARSE CON LAS DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO de los restantes actos administrativos unilaterales o de los actos administrativos contractuales "separables del contrato".*

*ACUMULACION DE ACCIONES. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.*

*En el antiguo y nuevo código (Ley 167 de 1941 y Decreto 01 de 1984).*

*ACUMULACION DE ACCIONES. Nulidad y restablecimiento frente a la contractual. Improcedencia.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., veintiuno de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº 4880. Actor: *OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. Y OTRA.*

Las compañías "OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC.", sociedad extranjera constituida según las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, con sucursal en Colombia, según las escrituras públicas agregadas al expediente y "COMPAÑIA SHELL DE COLOMBIA INC.", sociedad constituida bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de América, con sucursal en Colombia, según los documentos agregados a la demanda, por medio de apoderado, formulan en extenso escrito —71 páginas—, las siguientes pretensiones que deben ser reconocidas en la sentencia en contra de la NACION:

*"Primera:* Que se declare que son nulos los artículos 1º a 8º del Decreto 128 de 11 de enero de 1986, 'por el cual se reglamenta la Ley 1ª de 1984, en lo relativo al sistema de transporte de crudos por oleoductos de uso privado y terminales', emanado del Ministerio de Minas y Energía, por ser violatorios de la Constitución y de la ley y por haberse expedido con desviación de las atribuciones propias de los funcionarios que lo dictaron, y sin motivación real y seria".

*"Segunda:* Que se declare que es nula la comunicación número 02291 de fecha cinco (5) de febrero de 1986 suscrita por el Doctor Iván Duque Escobar, Ministro de Minas y Energía, dirigida al representante de la sucursal en Colombia de OCCIDENTAL, Doctor Edgar Antonio Quiñones, igualmente por ser violatoria de la Constitución y de la ley y por haber sido expedida con desviación de las atribuciones propias del funcionario que la emitió, según lo explico más adelante".

*"Tercera:* Que, como consecuencia de la anulación de los actos administrativos a que se refieren las declaraciones primera y segunda anteriores, se restablezca a mi mandante en su derecho, para lo cual se declare que OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. es el OPERADOR designado por las partes en el Contrato de Asociación denominado CRAVO NORTE, celebrado con ECOPETROL el 11 de junio de 1980, de que trata el hecho primero, incluyendo dentro de dicho carácter la operación y mantenimiento del oleoducto Caño Limón - Río Zulia - Coveñas y del Terminal a que se refieren los hechos 12 a 24".

*"Cuarta:* Que, en subsidio de la declaración primera, con independencia de la validez o nulidad del Decreto 128 de 1986 y como consecuencia de la declaración segunda sobre nulidad de la comunicación del Ministro de Minas y Energía al Representante de OCCIDENTAL de 5 de febrero de 1986 de que trata la declaración segunda principal, se declare que el Decreto 128 de 1986 no puede aplicarse al contrato de Asociación celebrado entre la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. el 11 de junio de 1980 denominado Cravo Norte, a que se refiere el hecho primero, por ser este Contrato anterior a la vigencia del Decreto 128 de 1986; ni puede tal Decreto privar a OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. del carácter de Operador del oleoducto Caño Limón - Río Zulia - Coveñas y del Terminal, carácter que tiene OCCIDENTAL de conformidad con

el Contrato de Asociación de que trata el hecho primero y con los actos jurídicos de que tratan los hechos 12 a 24 y que sólo pueden ser modificado mediante los procedimientos señalados en dicho Contrato".

"*Quinta:* Que, en subsidio de las declaraciones primera y segunda anteriores y con independencia de la validez o nulidad de los actos administrativos a que se refieren tales declaraciones, se declare que el Decreto 128 de 1986 no puede aplicarse al Contrato de Asociación celebrado entre la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. el 11 de junio de 1980 denominado Cravo Norte a que se refiere el hecho primero, por ser éste Contrato anterior a la vigencia del Decreto 128 de 1968; ni puede tal Decreto privar a OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. del carácter de Operador del oleoducto Caño Limón - Río Zulia - Coveñas y del Terminal, carácter que tiene OCCIDENTAL de conformidad con el Contrato de Asociación de que trata el hecho primero y con los actos jurídicos de que tratan los hechos 12 a 24, carácter que sólo puede ser modificado mediante los procedimientos señalados en dicho Contrato".

"*Sexta:* Que como consecuencia de las declaraciones 1ª, 2ª y 3ª, o en subsidio como consecuencia de las declaraciones 4ª y 5ª, se declare que la Nación debe indemnizar a OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC y la COMPAÑIA SHELL D ECOLOMBIA INC. todos los perjuicios que se les han causado por los actos administrativos acusados y por la aplicación de los mismos a partir de la vigencia del Decreto 128 de 1986 y hasta la declaratoria de nulidad de dicho Decreto o de la fecha de la Comunicación del Ministro de Minas y Energía, mencionadas en los puntos anteriores".

"*Séptima:* Que, en subsidio de todas las declaraciones anteriores para la eventualidad de que se considere que en virtud de los actos acusados el Decreto 128 de 1986, con independencia de su validez o nulidad, ha privado a OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. de su carácter de Operador del oleoducto Caño Limón - Río Zulia - Coveñas y del Terminal, se declare que la Nación colombiana debe indemnizar plenamente a OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. y a la COMPAÑIA SHELL DE COLOMBIA INC. todos los perjuicios que se les han causado al haberlas privado de un derecho adquirido o situación jurídica concreta conforme al Contrato de Asociación de que trata el hecho primero y a los actos jurídicos de que tratan los hechos 12 a 24".

"*Octava:* Que, igualmente en subsidio de las declaraciones primera a sexta, y como consecuencia de la declaración séptima anterior, se condene a la Nación colombiana a pagar a OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC. y a la COMPAÑIA SHELL DE COLOMBIA INC. todos los perjuicios materiales y morales, por daño emergente y lucro cesante, que se establezcan en el proceso o que se liquiden como resultado de una condena en abstracto y que se le han causado como consecuencia de haberla privado, en virtud del Decreto 128 de 1986 y de la comunicación del Ministro de Minas y Energía número 2291 del 5 de febrero de 1986, del carácter de Operador del oleoducto Caño Limón - Río Zulia - Coveñas, que dicha sociedad tenía de conformidad con el Contrato de Asociación de que trata el hecho primero y con los actos jurídicos de que tratan los hechos 12 a 24" (fols. 212 a 215 C. 1).

El libelo, al indicar las "partes" del proceso, dice:

Solicito igualmente que la presente Demanda se notifique a la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS ECOPETROL (en adelante ECOPETROL), empresa industrial y comercial del Estado, domiciliada en Bogotá, constituida en virtud de la Ley 165 de 1948, y del Decreto 62 de 1970, aprobatorio de sus Estatutos, representada por su Presidente Doctor ALFREDO CARVAJAL SINISTERRA, mayor de edad y vecino de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Contencioso Administrativo, *por cuanto esta entidad puede tener interés directo en los resultados del presente proceso, ya que los actos administrativos acusados modifican y afectan el Contrato de Asociación Cravo Norte (en adelante EL CONTRATO), celebrado por ECOPETROL con OCCIDENTAL DE COLOMBIA INC., de fecha 11 de junio de 1980 y en el cual tiene hoy día SHELL un interés del veinticinco por ciento (25%), de que trata el hecho primero y por cuanto numerosos actos de ECOPETROL se invocan como hechos de la Demanda" (fols. 211 y 212).*

El escrito demandatorio, al especificar la acción ejercitada o la naturaleza de las pretensiones —más técnicamente— dice que es "en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para que previo *el trámite del procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes* del mencionado Código, se hagan..."

Para resolver sobre su admisión,

*Se considera:*

a) El actual C.C.A., en idéntica forma a como lo hacía el anterior, habla de "acciones", cuando, conforme a la moderna teoría sobre las diferencias jurídicas entre "acción" y "pretensión", debería hablarse de esta última.

La única razón, posiblemente, es que a pesar de la noción unívoca de acción, como poder potestativo, subjetivo y público "frente al Estado", que no permitiría hablar de "acciones", lo cierto es que, por razón de método, sigue siendo útil su clasificación, según la clase y naturaleza de la pretensión que se hace valer mediante la respectiva "acción".

b) En el libelo que se examina se ejerce la "acción de plena jurisdicción" del anterior Código o la actual de "restablecimiento del derecho" —cambio de denominación nunca bien explicado y que rompe innecesariamente una vieja tradición doctrinaria y jurisprudencial—, contra un decreto reglamentario y un acto administrativo particular y se impetra la reposición de presuntos perjuicios, unas veces denominados así y otras bajo el "rubro" de restablecimiento del derecho y, en fin, a través de varias súplicas, se hace valer la existencia de un contrato cuya intangibilidad impetra que se declare y se proteja y, en últimas, que se declare violado y se le repare el daño.

c) Para determinar la procedencia o improcedencia de la "acción" de "restablecimiento del derecho" contra un acto administrativo, abstracto y general como es un decreto reglamentario de una ley, valen las siguientes consideraciones:

1. Disponía el Capítulo VII, del anterior C.C.A. (Ley 167 de 1941), en relación con "la jurisdicción contra los actos de la Administración".

"Artículo 62. Podrán ser acusados ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales Administrativos, según las reglas de competencia señaladas en los dos anteriores Capítulos, los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, los Ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad".

*"Cuando un acto de carácter particular ha sido proferido por un funcionario, empleado o persona administrativa del orden nacional, y con él se viola un reglamento ejecutivo, habrá lugar a recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa".*

"Artículo 63. Las ordenanzas y demás actos de las Asambleas Departamentales serán acusables por violación de la Constitución, la ley o el reglamento ejecutivo".

"Los decretos, resoluciones y otros actos de los Gobernadores son acusables por los mismos motivos y, además, por violación de las ordenanzas".

*"Por las mismas causas y también por violación de los decretos y reglamentos de los Gobernadores serán acusables los actos de carácter particular de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden departamental".*

"Artículo 64. Los decretos, resoluciones y otros actos de los Intendentes y Comisarios son anulables en los mismos casos y por los mismos motivos que las ordenanzas departamentales".

"Artículo 65. Son acusables igualmente los acuerdos y otros actos de los Concejos Municipales en el concepto de ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales o los reglamentos del Gobernador".

*Los actos de las autoridades, funcionarios o personas administrativas del orden municipal serán anulables por los mismos motivos y, además, por violación de los acuerdos de los Concejos.*

Y en relación con los anteriores actos, disponía el artículo 66:

"Artículo 66. Toda persona puede solicitar por sí o por medio de representante la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados".

"Esta acción se llama de nulidad y procede contra los actos administrativos, no sólo por estos motivos, sino también cuando han sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionarios o corporación que los profiere".

Y dice el artículo 67:

"Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho".

"La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho".

2. El proyecto de ley que luego se convirtió en Ley 167 de 1941, fue elaborado por el Consejo de Estado y ésta Corporación dijo en su "exposición de motivos".

"Las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son objeto de una revisión fundamental en el proyecto, en el cual se han tenido en cuenta los principios dominantes en la legislación de otros países y la experiencia administrativa del nuestro".

"Siguiendo los pasos de la doctrina francesa, y hasta donde ello ha sido posible dentro de las peculiaridades de la organización política y administrativa de Colombia, se echan las bases legales que estructuran el contencioso de plena jurisdicción, criterio de contenido científico mucho más hondo que el que puso en vigencia la Ley 130 de 1913, al instituir las acciones denominadas pública y privada, que más tarde, bajo el impulso de una jurisdicción de alcance científico muy discutible y discutido, debían dar nacimiento a una tercera acción con el nombre de mixta".

"Esta división tripartita de acciones ha sido motivo de permanentes críticas, especialmente en lo que respecta a la privada y a la mixta. En lo que a esta última concierne, la misma jurisprudencia del Consejo en ningún punto como en éste ha sido tan variable e incongruente, no sólo en cuanto al fundamento y alcance de la acción, sino en cuanto a su existencia misma, que unas veces se admite y afirma y otras se niega de modo rotundo y sistemático, creándose así un verdadero caos en materia de tanta entidad y trascendencia".

"La noción del contencioso de anulación se desenvuelve en el Código sobre bases generales, que dicen relación al objeto, al sujeto, a los efectos jurídicos que producen y al tiempo dentro del cual puede invocarse".

"Con este criterio, en primer término se relacionan los actos susceptibles de acción y los motivos por los cuales procede su nulidad, ya porque con ellos se cause una transgresión de normas jurídicas jerárquicas superiores, a las cuales deben estar sometidos; ya porque se expidan en forma irregular, esto es, sin el lleno de los requisitos necesarios; o porque falte competencia en el funcionario o corporación que los profiere, o, porque existiendo la competencia, haya desviación en su ejercicio o en el fin jurídico del acto".

"Así, pues, la tutela jurisdiccional de esta acción de nulidad puede enderezarse contra los actos de la Administración Nacional, Departamental o Municipal, o de una Intendencia o Comisaría, cualquiera que sea el funcionario o corporación administrativa que los pronuncie, a fin de restituir el imperio de la juridicidad objetivamente considerado".

"En el orden nacional la sanción de nulidad recae sobre aquellos actos que se dicten contra los preceptos de la Constitución o la ley, cuando provienen del Gobierno, los Ministros u otros funcionarios o personas administrativas adscritas al servicio público del Estado".

"Actualmente, según las reglas de la Ley 130, la acción pública que ella consagra se limita a preservar el orden jurídico contra las resoluciones de los Ministerios (artículo 18, ordinal i) y los actos del Gobierno o de los Ministros, permitiendo su anulación por concepto de inconstitucionalidad o ilegalidad (artículos 78 y 79). Como se ve, el proyecto extiende la competencia jurisdiccional del Consejo de Estado, al colocar bajo su control los actos de otros funcionarios distintos de los Ministros e imponer contra ellos el recurso de anulación, cuando se invoca para mantener el imperio de la Constitución o la ley".

"Según el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, a la Corte Suprema de Justicia le está confiada la guarda de la Constitución Nacional y le corresponde: 'Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos que hayan sido objetados como inconstitucionales por el Gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación' ".

"De su parte, el mencionado artículo 18 de su Ley 130 excluyó expresamente del conocimiento del Consejo de Estado los actos del Gobierno o de los Ministros que sean de la clase de los sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia, por el citado artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910. Y la Ley 105 de 1931 —artículo 3º— establece que la Corte Suprema en Sala Plena decide definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o de las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano".

"En la aplicación de los preceptos de la Constitución y las leyes que acaban de citarse, se han sentado por el Consejo de Estado y por la Corte la jurisprudencia invariable de que a la última corporación está reservada la competencia para conocer de la acusación por inconstitucionalidad de los decretos de carácter ejecutivo o legislativo del Gobierno Nacional, en tanto que el Consejo conoce de las demandas por ilegalidad de los mismos decretos, así como también de la inconstitucionalidad o ilegalidad de las resoluciones del Gobierno y de los decretos y otros actos de los Ministros del Despacho".

"Este sistema legal de colocar bajo distintas jurisdicciones un mismo acto, según que se dirija contra él el cargo de violar la Constitución o la ley, ha sido causa de graves dificultades en la práctica, ya porque se obliga al ciudadano a presentar una doble acción ante organismos distintos, ora porque en veces no resulta fácil determinar si es la norma constitucional o el precepto legal el que aparece violado por el decreto que se acusa, como ocurre, por ejemplo, cuando se trata de demandas contra reglamentos del Ejecutivo, por cargo de haberse excedido el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria, emitiendo disposiciones nuevas no contenidas en la ley reglamentada".

"Además, el sistema presenta los siguientes inconvenientes":

"1º Que las situaciones de derecho, tanto objetivas como subjetivas, generales o particulares, pueden ser creadas o definidas tanto por decretos como por resoluciones, lo que implica que basta que el acto se presente bajo una u otra forma, pues ninguna diferencia sustancial

ni de contenido existe entre una y otra denominación —resolución o decreto— para que la acusación por inconstitucionalidad sea de competencia de la Corte o del Consejo;

"2º Orgánicamente, los actos del Ejecutivo son de la naturaleza administrativa, de manera que la Corte, al decidir sobre su constitucionalidad, aparece desempeñando funciones de Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que es anticientífico indudablemente;

"3º La demanda ante la Corte por inconstitucionalidad y ante el Consejo por ilegalidad contra un mismo acto del Gobierno, puede dar lugar —y lo ha dado —a decisiones contrarias".

"Muchos juristas han sido de concepto de que, a pesar de los textos sobre la materia, en realidad es el Consejo la entidad competente para resolver sobre el cargo de violación de normas constitucionales por los decretos del Ejecutivo. Se fundan quienes sostienen esta tesis en los siguientes argumentos":

"En que cuando se expidió el Acto Legislativo número 3 de 1910, no existía el Consejo de Estado ni la jurisdicción de lo contencioso-administrativo y, por tanto, la Asamblea Nacional le atribuyó a la Corte la facultad de que se trata. De donde resulta que habiendo sido aquella jurisdicción especial impuesta con carácter obligatorio por el mismo Acto legislativo, de hecho entraban a su dominio aquellas materias que antes pertenecían a una jurisdicción diferente, entre ellas la atinente al control constitucional de los decretos del Gobierno".

"Esta tesis sería incontestable si no existiera el obstáculo legal de las disposiciones de 1913 y de 1931 (Leyes 130 y 105 citadas), que le dan a la Corte la atribución de que se habla. Y de ahí que el Consejo considere que basta una simple reforma legal, sin que sea necesaria una enmienda a la Carta, como sostienen, para que esta corporación pueda conocer de los juicios de revisión de los decretos del Gobierno por el concepto de inconstitucionalidad".

"Para proponerlo así en el proyecto, tenemos en cuenta que la reforma constitucional del año de 1910, en esta materia no sólo fue influida por la disposición que ordenó a la ley crear y establecer la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, sino por el acto legislativo de 1914, que restableció el Consejo de Estado y no sólo le asignó las funciones de supremo Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, sino que expresamente dijo que tendría las otras 'que le señalen las leyes'. Puede, pues, una simple reforma de orden legal —según nuestra opinión— radicar esta competencia en el Consejo, modificando así las normas legales vigentes que se le asignen a la Corte".

"En el interés de que el control sobre los actos de la Administración Nacional se cumpla plenamente, se concede acción no sólo cuando se pretende que ha sido transgredido un precepto de la Constitución o la ley, sino también cuando un acto de carácter particular o concreto viola la regla de derecho objetivo contenida en un reglamento del Gobierno".

"En el orden departamental, además de las causas para demandar que hoy existen contra las ordenanzas (inconstitucionalidad o ilegalidad), se añade la violación al reglamento ejecutivo; y siguiendo el

derrotero trazado, se estima la transgresión de los reglamentos de los Gobernadores como generadora de acción. El régimen para los decretos, resoluciones y otros actos de los intendentes y comisarios es el mismo instituido para las ordenanzas departamentales".

"En cuanto a los actos de los Concejos Municipales y de los funcionarios del orden administrativo de los Distritos aparecen tutelados con la acción de nulidad cuando ofenden, además de las normas que bajo la legislación vigente pueden dar lugar a recurso, los reglamentos de los Gobernadores y los Acuerdos de los Concejos, si el acto se dicta o ejecuta por el Alcalde u otros funcionarios".

"La actual legislación sobre lo contencioso-administrativo reserva al ciudadano el ejercicio de la llamada acción pública, y aún no se ha sentado una doctrina definitiva que declare quién es el sujeto de esta acción. En ocasiones se ha sostenido que su ejercicio compete únicamente a quien tiene la calidad de ciudadano, según la definición que de este término trae la Constitución Nacional: el colombiano mayor de veintiún años, con lo cual quedan excluidas las personas jurídicas, los extranjeros, etc. Y en otras, esta interpretación restringida se ha ampliado concediendo la acción para ocurrir en demanda a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, conforme ocurre con el recurso de inexequibilidad de las leyes ante la Corte. El proyecto confiere expresamente este derecho 'a toda persona', eliminando así las dificultades presentes. *Por este aspecto, la acción de nulidad, cuyos rasgos generales quedan expuestos, se diferencia de su similar del derecho francés, en que la de éste requiere un interés en quien la instaura, que debe demostrarse, aunque desde hace algún tiempo este requisito esencial tiende a desaparecer por la elaboración de una jurisprudencia constante, que lentamente ha ido reduciendo ese interés, al extremo de considerar que basta el simplemente jurídico. La institución colombiana, al otorgar el derecho a la acción a toda persona, sin exigir que se tenga ni se demuestre un interés en la anulación que se solicita, persigue una mejor preservación del orden jurídico, constituyendo al ciudadano en guardián de la ley y en vigilante de los actos de la Administración".*

*"Si el contencioso de anulación es un eficaz instrumento jurídico, que responde a la necesidad de mantener incólume el dominio de la ley, impidiendo el ejercicio desorbitado de los poderes que ella ha conferido a los administradores de los servicios públicos, en el desenvolvimiento de la actividad funcional del Estado, no basta a veces que el control de legalidad restablezca objetivamente, por medio de la anulación del acto perturbador, el orden jurídico, sino que es necesario además que el administrado, a quien esas actuaciones puedan lastimar, encuentre en los organismos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo la manera de ser protegido o restablecido en sus situaciones subjetivas de derecho.*

*"Aparece así el contencioso de plena jurisdicción o contencioso subjetivo, que el proyecto tiende a estructurar, separándose de los rasgos generales de la llamada acción privada por la ley y la doctrina colombiana. La Ley 130 de 1913 modeló esta acción haciéndola apta para invocar y obtener la invalidación de un acto administrativo por lesión de un derecho civil; pero como es obvio, tal acción, así limitada*

*en su alcance y sus efectos, estaba aún muy lejos del contencioso de plena jurisdicción, porque en éste, sobre todo, más que la finalidad de hacer desaparecer de la escena jurídica el acto irregular, se busca el efecto de tutelar subjetivamente un derecho desconocido o vulnerado por un acto jurídico de la Administración o por la ejecución de un hecho material y declarar el que exista en favor del agraviado".*

"A propósito de la distinción entre las dos grandes categorías del contencioso, se expresa así Roger Bonnard en su Précis de Droit Administratif":

"La distinción de los conteciosos por el aspecto del litigio se complementa con otra distinción, la cual se establece según la decisión jurisdiccional y, por lo demás coincide con aquélla, ya que casi no hace sino agregar una calificación nueva a las dos ramas de lo contencioso ya diferenciadas: *es la distinción de lo contencioso en contencioso de anulación y de plena jurisdicción".*

"El contencioso de anulación es aquel en que la decisión, que acompaña a la comprobación en el acto jurisdiccional, no puede permitir sino la anulación o la confirmación del acto jurídico. El contencioso de plena jurisdicción es aquel en que el poder de decisión es más amplio, porque comprende no sólo un poder de anulación, sino también un poder de reforma y de sustitución, por lo que toca a los actos impugnados".

Ahora bien, esta distinción de los contenciosos por el aspecto de la decisión coincide con la distinción por el aspecto del litigio".

"Ante todo, el contencioso de legalidad de los actos jurídicos no puede ser normalmente sino un contencioso de anulación. En efecto, en el acto jurisdiccional la decisión lógica y necesaria de la comprobación hecha respecto de la impugnación. Ahora bien, como en el contencioso de legalidad de los actos la comprobación tiende a formular el estado de legalidad del acto, la decisión, como consecuencia lógica y necesaria de esa comprobación, no podrá consistir sino en la confirmación o en la anulación del acto: esto, y únicamente esto, es lo que exige la comprobación verificada".

"Al contrario, el contencioso de ejecución material de las reglas de derecho, normalmente puede ser más que un contencioso de anulación. Puede entrañar poderes de decisión más amplios; puede ser un contencioso de plena jurisdicción. En efecto, como en este contencioso la comprobación consiste en reconocer el derecho a la ejecución material de la regla de derecho en litigio, y como la decisión tiende así a asegurar la efectividad de la ejecución, deben reconocerse poderes de decisión más amplios, que impliquen sobre todo poderes de reforma y de sustitución".

. . . . . .

*"El contencioso de exceso de poder es entera y exclusivamente un contencioso de legalidad del acto jurídico.* Tal carácter se manifiesta en la situación contenciosa, en la impugnación que en él constituye la causa *petendi.* De otro lado, por el contenido del acto jurisdiccional en cuanto a la decisión, se presenta como un contencioso de anulación".

*"En efecto, en un contencioso de legalidad, el debate no puede recaer sino sobre la legalidad de un acto administrativo, hecha abstracción de los derechos subjetivos que puedan dimanar de este acto. La causa petendi se limita estrictamente a la cuestión de la legalidad del acto. La demanda no puede contener una solicitud de reconocimiento de los derechos subjetivos originados del acto, y debe limitarse a una petición de comprobación en lo relativo a la legalidad del acto".*

"Por otra parte, en un contencioso de anulación el acto jurisdiccional no puede contener, de acuerdo con la comprobación de ilegalidad del acto impugnado, sino una decisión de anulación de ese acto. No puede haber en tal decisión reforma o sustitución del acto: sólo puede suprimirse, por anulación, el acto declarado ilegal".

"Ahora bien, estos dos rasgos vuelven a encontrarse en el contencioso por exceso de poder. Este contencioso es, por lo que atañe al objeto del debate, un contencioso de legalidad del acto, y por lo que toca al contenido de la decisión, un contencioso de anulación. Porque no puede poner en tela de juicio un acto administrativo sino en cuanto a su legalidad, no puede rematar sino en la anulación del acto declarado ilegal".

*"Al contrario, en el contencioso de plena jurisdicción se debaten principal y directamente los derechos subjetivos originarios de los actos administrativos.* El objeto del debate recae sobre la ejecución material de reglas de derecho que dimanan de un acto jurídico. Lo que se discute directamente y cuyo reconocimiento se demanda, no es la ilegalidad de un acto administrativo, es la facultad de exigir la ejecución material, es el derecho subjetivo inherente a un acto administrativo. Se pide a la intervención jurisdiccional que declare que ese poder de exigir existe y que debe satisfacerse. Así, en presencia de un crédito discutido, este contencioso recae directamente no sobre el acto creador del crédito. Se pide que se reconozca ese derecho y que se declare que debe realizarse la ejecución material que él implica. Nos encontramos, pues, aquí en presencia de un contencioso de ejecución material de las reglas de derecho".

"Por otra parte, tal debate con frecuencia pone en tela de juicio la validez de un acto administrativo y tiene que provocar una anulación, una reforma o una sustitución respecto de ese acto. Porque si resultare que el derecho subjetivo ha sido formulado por un acto administrativo de otra manera a como debía serlo —lo cual puede acontecer como consecuencia de la decisión previa al contencioso— para restablecer ese derecho subjetivo después de haberlo reconocido, forzosamente habrá que anular, reformar o reemplazar el acto administrativo que le es contrario. De esta suerte, el contencioso del recurso de plena jurisdicción puede ser un contencioso de plena jurisdicción en el sentido teórico de las palabras, al mismo tiempo que un contencioso de ejecución material".

*"La Ley 80 de 1935 dio un paso de positivo avance, al disponer que, cuando se ejercita la acción privada, los fallos deberán determinar con la debida precisión la manera de restablecer el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se hubiere solicitado".*

*"No obstante esta norma, que vino a llenar un vacío en la función jurisdiccional del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos y a dar a las decisiones de estos organismos una eficacia hasta entonces no alcanzada, aún queda mucho por hacer en el sentido de estructurar legislativamente el contencioso de plena jurisdicción".*

"En busca de este objeto, se dictan las reglas necesarias, según las cuales todo aquel que se crea lesionado en un derecho suyo, reconocido o sancionado por una norma de carácter administrativo o civil, puede pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en el derecho particularizado y concreto en el cual ha sufrido agravio o simplemente demandar las indemnizaciones o prestaciones a que hubiere lugar, sin necesidad de solicitar nulidad ninguna, cuando la causa de la violación del derecho, subjetivamente considerado, es un simple hecho o una operación administrativa".

"Bajo la legislación vigente sólo el agravio de los 'derechos civiles' por un acto de la Administración hace procedente el recurso en ejercicio de la acción privada. Y es sabida la interpretación restringida que la jurisprudencia y la doctrina han dado a la expresión 'derechos civiles', por lo que quedan por fuera de la protección de aquel recurso toda una serie de situaciones de derecho tan respetables y tan dignas de protección como las que se adquieren por los medios del Código Civil. En reciente fallo, de 15 de septiembre de 1938 (Anales del Consejo de Estado, números 272 a 274, página 917), se expresó así el Consejo:

*"La ley positiva colombiana consagra la protección jurídica —desde el punto de vista contencioso-administrativo— en favor de los derechos civiles, a fin de que no sean lesionados por actos de la Administración. ¿Pero cuáles son esos derechos civiles a que se refieren, entre otras disposiciones, los artículos 19, ordinal a); 38, ordinal a) 39, ordinal a) 70, 77, 78 y 80 de la Ley 130 de 1913? No pueden ser otros distintos de los reconocidos y sancionados por la Constitución y las leyes civiles sustantivas. Es por eso por lo que la doctrina y la jurisprudencia están acordes en afirmar que cuando quiera que un acto administrativo lesiona el derecho civil de un particular, al mismo tiempo ha causado agravio a una norma del derecho público, esto es, ha quebrantado la disposición constitucional o legal en que aquel derecho se encuentra establecido y reconocido, garantizado o sancionado. Es la violación de aquella clase de derechos privados la que hace surgir la acción privada contencioso-administrativa, con mira a la anulación del acto infractor y al restablecimiento del derecho violado. El quebranto de otra clase de derechos —los políticos, por ejemplo— sólo da ocasión a la acción popular, pública o ciudadana, que de todas estas maneras se la denomina".*

" 'Esta clase de derechos —los civiles— no pueden surgir sino de las relaciones privadas entre los particulares, y su reconocimiento y sanción jurídica se encuentran en la Constitución y en la ley, especialmente en el Código Civil, pues en último extremo los derechos civiles no son cosa distinta de los derechos simplemente patrimoniales. Las relaciones jurídicas que se establecen entre la administración y los particulares son capaces de producir en ocasiones otra clase de

derechos —administrativos han sido llamados por la doctrina y la jurisprudencia— pero ellos son esencialmente distintos de los derechos civiles' ".

*"Con esta reforma los derechos administrativos, o sean aquellos que se producen por relaciones entre los particulares y el Estado, quedan protegidos por la acción que se concede cuando son lesionados por un acto jurídico o material de quienes ejercen el poder público".*

"En cuanto a la extensión y efecto de los fallos dictados en las controversias en que se ejercite esta acción, se indica que por medio de ellos, para obtener el restablecimiento del derecho violado, pueden decretarse condenaciones pecuniarias a cargo de la Administración (devoluciones de lo cobrado en exceso por impuestos, pago de indemnizaciones por ocupación de la propiedad privada por causa de trabajos públicos, etc.), o bien estatuir disposiciones nuevas o modificar o reformar las que son objeto de la acusación".

"Además, y en relación con esta misma materia, se dispone que la nulidad declarada por la vía contencioso-administrativa produce efecto general contra todos, pero que el restablecimiento del derecho que se acuerde sólo aprovecha a quien hubiere ocurrido como actor o como coadyuvante en el respectivo juicio y obtenido la correspondiente declaración en su favor. Es muy explicable esta disposición, que surge de la diferencia material entre el recurso de anulación, cuyo fin esencial es el de provocar la invalidación del acto administrativo irregular y el de plena jurisdicción, en el cual se controvierte un derecho individual y concreto".

3. Hasta 1959, la tesis imperante en el Consejo de Estado sobre la procedencia de las dos acciones, puede resumirse así:

1ª *La acción de nulidad sólo procede contra el acto creador de situaciones generales, impersonales, objetivas, y contra el acto-condición;*

2ª Cuando la decisión administrativa afecta a personas indeterminadas, pero determinables, tiene el carácter de acto individual y concreto, atacable sólo por las vías del contencioso subjetivo y para demostración de un interés legítimo;

3ª *La acción de plena jurisdicción sólo procede contra los actos creadores de situaciones personales y concretas;*

4ª La acción de nulidad puede ejercitarse por cualquier persona y en todo tiempo; la de plena jurisdicción por quien alega tener interés legítimo y en el término de cuatro meses. El régimen de caducidad está condicionado también por la generalidad o individualidad del acto atacado.

4. El 1º de diciembre de 1959, el Consejero de Estado Doctor Carlos Gustavo Arrieta, formula, como salvamento de voto a la sentencia proferida en esa fecha por la Corporación, en el expediente número 511 (Anales, Tomo LXII, Nos. 387-391, primera parte, págs. 35 y ss.), extenso y profundo estudio sobre la naturaleza, procedencia y objeto de las acciones contencioso-administrativas, en el cual llega a las siguientes conclusiones:

"1ª *La acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos relacionados en los artículos 62 a 65 de la Ley 167 de 1941, sean ellos de carácter general, impersonal y objetivo, o situaciones individuales, particulares y concretas, cuando con ella se persigue la tutela del orden jurídico general. Puede ejercitarse en cualquier tiempo y por todas las personas naturales y jurídicas*";

"2ª *Por regla general, la acción de plena jurisdicción procede contra los actos de carácter individual y concreto, y, excepcionalmente, contra las decisiones impersonales y objetivas*";

"3ª *La acción de plena jurisdicción sólo será admisible contra los actos generales y estatutarios cuando la ejecución inmediata de esos ordenamientos causen una lesión específica, directa y personal sin necesidad del pronunciamiento de decisiones individuales y concretas; y*",

"4ª *Sólo la persona lesionada en un derecho suyo reconocido por norma civil o administrativa puede poner en movimiento la acción de plena jurisdicción. Ella caduca en el término de cuatro meses*".

En términos similares expuso su salvamento de voto el Consejero Doctor Alejandro Domínguez Molina.

5. En sentencia de 10 de agosto de 1961 (Anales Tomo LXIII, Nos. 392-396, págs. 200 y ss.) el salvamento de voto del Doctor Arrieta se convierte en Sentencia, con ponencia del mismo Consejero.

Son sus conclusiones:

"I. *No es la generalidad del acto impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación, sino los motivos determinantes de la acción (tutela del orden jurídico y mantenimiento de la legalidad abstracta). El sometimiento de la administración al imperio del derecho objetivo es la finalidad propia que la ley señala a esta acción* (artículos 66 y 83, C.C.A.)".

"II. *Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los que las normas legales asignan a la acción, acuerdo que es presumible cuando se acciona por la vía del contencioso popular de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta a la comunidad entera*".

"III. *Distinta es la situación cuando la misma acción se endereza contra actos de contenido particular, caso en el cual la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: a) Si la declaratoria de nulidad solicitada no conlleva el restablecimiento del derecho lesionado, el contencioso popular de anulación puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho, en cualquier tiempo; b) Si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, el recurso objetivo no será admisible, a menos que la acción se haya instaurado dentro de los cuatro meses de que habla el inciso tercero del artículo 83 del C.C.A.*".

"IV. *El motivo determinante de la acción de plena jurisdicción es el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero sólo*

*en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva (artículo 67, C.C.A.). Sus finalidades propias son el restablecimiento del derecho quebrantado, reparando el daño ya ocasionado o precaviendo un perjuicio eventual. Tal la razón para que dicho texto de opción para pedir la simple anulación (lesión jurídica subjetiva y daño contingente), caso en el cual la declaratoria de nulidad conlleva por sí misma y automáticamente, el restablecimiento del derecho, o la anulación acompañada del restablecimiento (lesión jurídica subjetiva y daño actual), en cuyo caso el interesado podrá intentar la acción con ambos fines, pero en uno y otro evento, dentro de los cuatro meses a que alude el inciso 3º, del artículo 83 del C.C.A.".*

"V. El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desenvuelve en torno de dos extremos únicamente: la norma transgredida y el acto transgresor, sin que las posibles situaciones jurídicas que se interpongan jueguen papel alguno en la litis, en tanto que el contencioso de plena jurisdicción es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal, el cual se desarrolla alrededor de tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violador de aquélla y éste. El lindero preciso amparado por la norma civil o administrativa".

6. En auto de agosto 21 de 1972, con ponencia del Consejero Doctor Humberto Mora Osejo, se reitera la anterior jurisprudencia, pero se le hacen algunas precisiones (Anales de 1972, 2º semestre, Tomo LXXXIII, Nos. 435-436, pág. 372).

"1. *La diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción consiste en que mientras aquella tiene por objeto tutelar el orden jurídico abstracto sobre la base de la vigencia del principio de la jerarquía normativa y origina un proceso que, en principio, no implica litigio o contraposición de pretensiones, porque el interés procesal del actor se confunde con el de la colectividad, a la cual en el fondo representa, con el objeto de que la jurisdicción, también en interés público, declare la verdad, ésta, por el contrario, tiene por finalidad la garantía de derechos privados, civiles o administrativos, violados o conculcados por actos, hechos u operaciones administrativas, mediante sentencia que condene a la administración a restablecer el derecho o resarcir el daño*".

"2. Este principio fundamental las diferencias procesales de las dos acciones, a saber: (a) Mientras la acción de nulidad puede promoverse por cualquiera persona y en cualquier tiempo, salvo la de nulidad electoral que tiene término de caducidad en interés público (art. 209 del C.C.A.), con excepción de los actos de elección o nombramiento de parientes en la Rama Jurisdiccional o en el Ministerio Público, por violación del artículo 174 de la Constitución, que también pueden acusarse en cualquier tiempo (art. 4º de la Ley 12 de 1945), la de plena jurisdicción debe proponerse o incoarse por el interesado dentro de los correspondientes términos legales, que varían según la pretensión de que se trata (arts. 83 del C.C.A.; 38 de la Ley 135 de 1961, 28 del Decreto-ley Nº 528 de 1964. 7º de la Ley 1ª de 1968; 41 del Decreto-ley 3135 de 1968; 39 del Decreto-ley Nº 2334 de 1971; 127 del Decreto-ley Nº 2337 de 1971; 111 inc. 2º, del Decreto-ley Nº 2340 de 1971, 596 del C. de C.); (b) La suspensión provisional es procedente en la acción de nulidad si el acto acu-

sado es manifiesta y ostensiblemente violatorio de la norma o normas invocadas, mientras que en la de plena jurisdicción, fundada en la nulidad de un acto, se requiere además probar sumariamente el perjuicio (art. 94, ord. 1º del C.C.A.) y sólo en ésta tal medida cautelar, como el proceso, es susceptible de perención (arts. 97 del C.C.A., 346 del C. de P. C. y 282 del C.C.A.); (c) En la acción de nulidad cualquiera persona puede hacerse parte, en procura del orden jurídico, para coadyuvarla o impugnarla, pero en la de plena jurisdicción debe acreditar 'un interés directo en las resultas del juicio', que puede contradecirse (art. 89 del C.C.A.); (d) La acción de nulidad, como la coadyuvancia y la oposición a la misma, puede incoarse directamente por cualquier persona, sea o no abogado titulado e inscrito, pero la de plena jurisdicción, como también la coadyuvancia y la oposición a ella, deben proponerse por conducto de éste (arts. 40 de la Constitución y 28, numeral 1º, del Decreto-ley Nº 195 de 1971), como uno de los presupuestos procesales indispensables para que pueda dictarse sentencia de mérito (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de agosto de 1954 G.J. Tomo LXXXVIII, págs. 350 y 351); (e) La admisión de la demanda en la acción de nulidad debe comunicarse a la entidad que dictó el acto y por extensión a la persona o personas determinadas que quedaren comprendidas por el mismo, para enterarla de la existencia del proceso, sin que ello signifique llamamiento al juicio, en el cual pueden hacerse partes voluntariamente para coadyuvar u oponerse a la acción (art. 89 y 126, ord. 1º del C.C.A.), mientras debe notificarse personalmente a la persona o personas contra las cuales se aducen las pretensiones de la demanda (arts. 26 de la Constitución; 20 inc. 2º del C.C.A.; 41 del Decreto-ley Nº 3135 de 1968; 40 del Decreto-ley Nº 2334 de 1971, 122 del Decreto-ley Nº 2339 de 1971; 104 del Decreto-ley 2340 de 1971, 612, inc. 2º del C. de C.); (f) La sustitución procesal o 'legitimación extraordinaria', la sucesión procesal y el desestimiento de las pretensiones sólo pueden ser procedentes en la acción de plena jurisdicción (arts. 52 y 60 del C. de P. C. C.; 14 de la Ley 28 de 1925, 282 y 284 del C.C.A.); (g) En fin, las acciones de nulidad y de plena jurisdicción difieren en cuanto al efecto de la sentencia, declarativo y *erga omnes* en aquella, prevalecientemente de condena e interpartes en ésta (arts. 70 y 92 del C.C.A.)".

"3. *En consecuencia, de conformidad con los artículos 62 a 65 del C.C.A. como sostuvo la Sala en la sentencia del 10 de agosto de 1961, la acción de nulidad procede, en principio, contra todos los actos administrativos, generales o particulares, con el objeto de tutelar o garantizar el orden jurídico, como se ha expuesto; pero si mediante la petición de nulidad del acto se pretende la tutela de derechos particulares, civiles o administrativos, para restablecerlos o precaver su violación, como la Sala sostuvo en la mencionada sentencia, se trata de una pretensión litigiosa, que se promueve contra la administración y que debe hacerse valer conforme al régimen de la acción de plena jurisdicción, con la observación, que la Sala destaca, de que este caso de excepción, fundado en la índole procesal de las dos acciones, sólo comprende la tutela de derechos particulares o privados, no la de los que interesan o comprometen al orden público, como los derechos políticos o las libertades públicas, garantizados por las disposiciones constitucionales y legales que los reconocen y rigen, cuya vigencia por lo mismo puede asegurarse mediante acción de nulidad*".

"I) *Las demás acciones.* Las demás acciones especiales, como las de revisión de reconocimientos periódicos (arts. 164 y 165 del C.C.A.), de cartas de naturaleza (arts. 22 de la Ley 22 bis de 1935, 149 a 153 del C.C.A.), del acto que declara extinguido el dominio o propiedad del fundo rural (arts. 8º de la Ley 200 de 1936, 7º, inc. 4º de la Ley 1ª de 1968) y de las liquidaciones definitivas de impuestos (art. 271 del C.C.A.), fundadas en pretensiones específicas, son modalidades o variantes de la de plena jurisdicción".

7. Como puede verse, la discusión, desde la expedición del antiguo C.C.A. (Ley 167 de 1941) versó sobre la posibilidad de impugnar un acto administrativo particular y concreto mediante la acción de simple nulidad pero no en relación con la improcedencia, por regla general, de la acción de plena jurisdicción, hoy de restablecimiento del derecho contra los actos administrativos generales, impersonales y abstractos, sobre la cual el criterio jurisprudencial ha sido claro y permanente.

8. Sólo por excepción, cuando el acto impersonal, general y abstracto, deja de serlo precisamente por lesionar directamente un derecho civil o administrativo del administrado, sin necesidad de otro acto administrativo particular y concreto, dictado en desarrollo o ejecución de aquel, puede impugnarse mediante la acción de restablecimiento del derecho del acto reglamentario.

9. El Decreto 128 de enero 11 de 1986, reglamentario de la Ley 1ª de 1984, como su nombre lo indica, es un acto administrativo impersonal, general y abstracto, cuyo ordenamiento no puede lesionar, en forma directa, es decir, sin un acto administrativo particular y concreto que en desarrollo del mismo aplique sus previsiones a un caso determinado y concreto, niegue derecho civil o administrativo y, por lo mismo él no puede ser impugnado sino mediante la acción de simple nulidad.

10. Y en relación con el acto contenido en el oficio número 02291 de 5 de febrero de 1986, conviene observar:

a) Dice el documento referido:

"Doctor

EDGAR ANTONIO QUIÑONEZ

Presidente

Occidental de Colombia Inc.

Ciudad.

Apreciado Doctor:

En atención a su consulta formulada mediante escrito del 21 de enero del presente año, manifiesto a usted, que la operación y mantenimiento del Oleoducto Caño Limón - Río Zulia - Ayacucho - Coveñas y el Terminal, están sujetos a las prescripciones del artículo 1º del Decreto 128 de 1986.

Lo anterior, por cuanto las instalaciones a que usted hace referencia no han entrado oficialmente en funcionamiento y la excepción se consagra solamente para aquellos oleoductos y terminales que se encontraban en operación con anterioridad a la vigencia del citado decreto". (fol. 17 C. 1)

b) Si se considera como acto administrativo unilateral o de imperio, obviamente él sería impugnable mediante la acción de restablecimiento del derecho en cuanto su destinatario se sienta lesionado en un derecho civil o administrativo.

Pero bastaría con lo hasta aquí expuesto para concluir con que la demanda que se analiza presenta indebida acumulación de acciones y es, por lo mismo, rechazable *"in limine"*.

En efecto, ni bajo el ordenamiento del antiguo C.C.A., en el que eran distintos los dos juicios (nulidad, plena jurisdicción), ni frente al actual estatuto procesal que los somete ambos al proceso ordinario resultan acumulables, dada su distinta y divergente naturaleza, el desinterés del actor en la simple nulidad y el interés jurídico privado del demandante en el otro, la posibilidad ilimitada de la intervención adhesiva en el primero y la restricción de dicha intervención en los segundos, sólo a quienes demostraren un interés jurídico; la ausencia de caducidad en el primero y la estricta sujeción a este instituto del segundo; los efectos de la cosa juzgada *erga omnes* de la decisión del primero y los efectos *"inter partes"* de la sentencia en el segundo; etc.

c) De ahí que se haya dicho reiteradamente que en tal hipótesis lo pertinente es impugnar, en acción de restablecimiento, el acto de contenido particular y pedir la inaplicabilidad del ordenamiento jurídico general y abstracto, que le sirve de sustento, precisamente por su inconstitucionalidad o ilegalidad afirmada como basamento del libelo demandatorio.

"La razonabilidad de esa diferencia está en relación directa con los objetivos y finalidades de las dos acciones, ya que la primera sólo tiene por mira la restauración de la legalidad y del orden jurídico general al obtenerse por la jurisdicción contencioso-administrativa la nulidad del acto jurídico que se dice causante del respectivo quebrantamiento, y por el contrario, la segunda, más que volver por el imperio de la normalidad legal violentada, desde un punto de vista genérico y altruista, lo que procura dentro del llamado por la ley —restablecimiento del derecho—, no es cosa distinta a la de que declare a cargo del Estado una indemnización no siempre de orden moral simplemente, sino de índole patrimonial. *Por ello, las dos acciones ni pueden confundirse en sí mismas, ni en sus posibilidades de ejercicio"* (véase: Sentencia del Consejo de Estado del 1º de diciembre de 1959, Tomo LXII, números 387-391, página 55).

*"No se puede ejercitar conjuntamente la acción de nulidad y la de plena jurisdicción. De manera que cuando un acto de carácter subjetivo se deriva del otro objetivo nulo, lo conducente es ejercitar la última acción, acusando la providencia concreta y pidiendo la inaplicabilidad, como excepción para el caso, de la de carácter general"* (véase: Sentencia de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado de

diciembre 1º de 1955, ponencia del consejero Ildefonso Méndez, Anales del Consejo, Tomo LXI, números 382-386, página 75 y ss.).

11. Si por el contrario, se estima que el acto mencionado no es unilateral o de imperio sino un típico acto administrativo contractual, es decir, la decisión tomada por la Administración, como contratante, con el fin de hacerle producir efectos jurídicos, relacionada con la vigencia, validez, existencia, ejecución o cumplimiento de un contrato, se estaría frente a una acción típicamente contractual, no confundible ni acumulable con las de simple nulidad o restablecimiento del derecho.

a) Desafortunadamente el nuevo estatuto, en forma inconsulta e injurídica e innecesaria, importó de Francia la noción de los actos separables del contrato, según referencias expresas de los artículos 136, penúltimo inciso y 87, inciso final del actual C.C.A.

"Las relaciones entre el recurso por exceso de poder y los contratos plantean dos cuestiones que conviene distinguir bien. La primera es una cuestión de admisibilidad: ¿Se puede pedir la anulación de un contrato mediante el recurso por exceso de poder? La otra es una cuestión de fondo: ¿Se puede, en apoyo de un recurso por exceso de poder válidamente interpuesto contra una decisión ejecutiva, invocar el hecho de que esta decisión viola un contrato? O, en otros términos: ¿La violación de un contrato constituye una apertura para el recurso por exceso de poder?

"No trataremos aquí más que la primera cuestión, o sea, de la admisibilidad del recurso por exceso de poder dirigido contra un contrato. La segunda, o sea, la del valor del agravio causado por la violación de un contrato, en un recurso por exceso de poder, será examinada en la sección siguiente dedicada a las aperturas".

"b) El recurso por exceso de poder no puede ser interpuesto contra los contratos. Estos en efecto no son en general sólo obra de la Administración, sino que nacen del acuerdo entre la Administración y los particulares. Incluso cuando el contrato surge entre dos personas públicas no tiene el carácter de un acto unilateral".

"Esto no quiere decir que la anulación de los contratos en los cuales la Administración es parte no pueda ser obtenida mediante recursos jurisdiccionales, cuando estos contratos están impregnados en un vicio que entraña su nulidad. Pero esta debe ser pedida al juez del contrato. Este puede ser bien el juez civil, cuando la Administración ha suscrito un contrato de Derecho privado, o bien el juez administrativo resolviendo en materia de plena jurisdicción (y no de exceso de poder), cuando se trata de un contrato administrativo (supra, pág. 214)".

"Esta distinción entre la anulación de los actos unilaterales por el juez del exceso de poder y la anulación de los contratos por el juez del contrato es eminentemente práctica. El procedimiento no es el mismo; las causas de anulación no son idénticas; finalmente, en principio, al menos ante el juez administrativo el contencioso de la anulación del contrato está abierto sólo a las partes y no a todo interesado (Ante el juez civil, la anulación del contrato puede ser solicitada sólo

por las partes para las nulidades relativas, y por todo interesado, para las nulidades absolutas)" (Derecho Administrativo de Georges Vedel, págs. 469 y 470).

"El problema de las relaciones entre los contratos y el recurso por exceso de poder plantea dos cuestiones distintas".

"La primera concierne a la admisibilidad del recurso por exceso de poder contra los contratos. Se ha visto (supra, pág. 470) que la respuesta era negativa, susceptible de una modificación: *la teoría de los actos 'separables' del contrato*".

"La segunda cuestión, que ahora nos ocupa, es la de la posibilidad de que un recurrente pueda alegar, como base de ilegalidad contra la decisión ejecutiva que impugna, la violación por la Administración de un contrato que vincula a la misma. Esta segunda cuestión que se reduce a saber si la violación de un contrato es, en relación al juez por exceso de poder, una ilegalidad, se plantea en el terreno de los fundamentos. La cuestión debe ser resuelta de acuerdo con los principios siguientes":

"a) Una jurisprudencia unánime y muy antigua excluye la violación de los contratos entre los motivos de ilegalidad que pueden ser invocados para apoyar un recurso por exceso de poder".

"Los fundamentos de esta solución son bastante inciertos; se ha argumentado que, en razón de su naturaleza objetiva, el recurso por exceso de poder no podría censurar más que la violación de las normas que obligan a todos (ley, reglamento, etc.) y no la de reglas que, en virtud de la relatividad de los contratos, no vinculan más que a las partes. Pero esta explicación no es apenas convincente; en primer lugar, porque la fuerza obligatoria de los contratos es una norma consagrada por al ley y, en base a este título, incorporada a la legalidad; además porque la jurisprudencia ha admitido que la violación por la Administración de una decisión ejecutiva que haya conferido derechos es una ilegalidad, cuando sin embargo el derecho adquirido tiene un carácter subjetivo y no puede ser invocado más que por uno o varios individuos (supra, pág. 160)".

"Otra explicación que se da con frecuencia se basa en la excepción del recurso paralelo. El individuo que invoca la violación por la Administración de un contrato que la vincula a él no puede acudir al recurso por exceso de poder porque dispone de un recurso paralelo de pleno contencioso ante el juez del contrato para hacer anular esa decisión, sin perjuicio de la indemnización que puede pedir ante el juez del contrato. Esa explicación tampoco es convincente; la excepción de recurso paralelo no interviene más que en tanto que el recurso pretendidamente paralelo depende de una jurisdicción diferente de la que sería competente para conocer del recurso por exceso de poder; ahora bien, el juez del exceso de poder no puede, según los términos de la jurisprudencia, admitir la violación del contrato como motivo de ilegalidad, e incluso cuando el juez del contrato y el juez del exceso de poder son la misma y única jurisdicción administrativa, lo que resulta ser más y más frecuente después de la reforma de lo contencioso-administrativo de 1953".

"Pero, por difícil que resulte de explicar, el principio según el cual la violación de un contrato no constituye un motivo de ilegalidad que pueda justificar una anulación por exceso de poder, no resulta menos cierto y existen numerosas sentencias que lo confirman".

"b) Hay que tener en cuenta que de esto no se desprende en absoluto que la Administración pueda violar impunemente los contratos que la vinculan. Esta violación —que debe además, apreciarse, llegado el caso, por referencia a los principios especiales que regulan los contratos administrativos (supra, pág. 198)— puede dar lugar a un recurso de pleno contencioso ante el juez del contrato, que podrá anular la decisión tomada violando el contrato (al menos cuando tenga carácter no reglamentario y no se desprenda de la ejecución del contrato) y, en todo caso, señalar una indemnización a la parte contratante que ha sido víctima de la violación".

"c) *Normalmente, por consiguiente, los terceros no pueden actuar contra la violación de un contrato, ni ante el juez de exceso poder (pues esta violación no constituye un motivo de tal recurso), ni ante el juez del contrato (que no es asequible más que para las partes del contrato). Esto no resulta ilógico, pues respecto a terceros el contrato es re inter alios acta y no puede, salvo excepciones, crearles derechos ni obligaciones".*

"Sin embargo, se admite que en los contratos administrativos que tengan por objeto la organización y el funcionamiento de un servicio público, ciertas cláusulas, aunque tengan una forma contractual, son 'materialmente' cláusulas reglamentarias; por ejemplo, en una concesión de tranvías, las disposiciones del pliego de condiciones relativas al número de servicios diarios en cada línea, al número y al trazado de las líneas, etcétera. La violación de una de estas cláusulas por la Administración es en realidad la violación de un reglamento. Constituye por consiguiente un exceso de poder que puede ser alegado en apoyo de un recurso de este tipo. Sin duda, un tal recurso está prohibido al contratante con la Administración que tiene a su disposición el recurso 'paralelo' ante el juez del contrato (según una explicación inexacta, pero inevitablemente admitida), pero está abierto para los terceros y especialmente a los usuarios del servicio público. De este modo, los usuarios de un servicio público pueden recurrir contra las decisiones de la Administración que permiten a la parte contratante encargada de la gestión del servicio (concesionario) desconocer las obligaciones que aparecen en el contrato con carácter reglamentario respecto al concesionario y a la Administración. Un ejemplo de ese principio se encuentra en la famosa sentencia Syndicat de Croix-de-Seguey-Tivoli (C. E. 21 de diciembre de 1906, GA, núm. 17; D., conclu. ROMIEU; S., 1907.3.33, nota HAURIOU; confróntese igualmente 3 de febrero de 1905, Storch, S., 1907.3.33, nota HAURIOU; 24 de abril de 1942. Air-France, Rec., pág. 134), cuyo alcance ha sido extendido: C. E. 11 de diciembre de 1963, Syndicat de Défense con objeto del restablecimiento de la vía férrea Bort-Eygurande, AJ, 1964.238, nota LAPORTE; JCP, 1964,II.13753, nota DUFAU. Igualmente, las cláusulas de un convenio entre el Estado y Air-France sobre determinados puntos del estatuto del personal, tienen un carácter reglamentario: C. E. 23 de febrero de 1968, Picard, AJ, 1968.461, crón., pág. 457".

"No resulta inútil hacer un resumen de la cuestión de las relaciones entre el contrato y el recurso por exceso de poder, aunque no sea más que en razón de su complejidad:

*"—Un recurso por exceso de poder es inadmisible contra un contrato. Es por el contrario admisible contra los actos 'separables' del contrato".*

*"—Un recurso por exceso de poder dirigido contra una decisión ejecutiva unilateral y por tanto en principio admisible, no podría estar fundado en la violación de un contrato. Es al juez del contrato a quien la parte contratante con la Administración se debe dirigir. En cuanto a los terceros no pueden prevalerse, en principio, del contrato. Sin embargo pueden fundar un recurso por exceso de poder contra una decisión ejecutiva en el hecho de que ignora las cláusulas 'reglamentarias' de un contrato que regula un servicio público".*

"La complejidad de estas reglas es un buen ejemplo, tanto del arcaismo de ciertas partes del Derecho administrativo como de la obra pretoriana del Consejo de Estado. El arcaismo es visible: en nombre de antiguas teorías, hoy carentes de interés práctico (concretamente, excepción del recurso paralelo) se ha venido a plantear reglas de competencia que parecen destinadas a desorientar al infortunado litigante y a negar que la violación de una obligación contractual por la Administración sea una ilegalidad. *Por el contrario, una vez comprendida la 'regla del juego', se da uno cuenta de que el Consejo de Estado ha logrado finalmente, a través de las complicaciones de competencia, asegurar el respeto de la legalidad en los contratos y al respeto de los contratos unas veces, lo más frecuente mediante una remisión al 'juez del contrato', y otras admitiendo el control del juez del exceso de poder (teoría de los actos separables, teoría de las cláusulas reglamentarias) para las lagunas que permitiría subsistir, concretamente en lo que concierne a terceros, el control por el juez del contrato.* Es preciso reconocer al Derecho administrativo al ser eficaz, aunque complicado; sería deseable que se simplificara continuando con la misma eficacia" (Derecho Administrativo de Georges Vedel, págs. 488 a 490).

Como puede verse, la creación de la teoría de los *"actos separables"* se presentó como necesaria a la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, precisamente por los vacíos de la legislación positiva francesa.

b) Frente a la nulidad absoluta de los contratos administrativos, desde antes de la expedición del actual C.C.A., ya la jurisprudencia de esta Corporación, en forma reiterada había dado aplicación al artículo 2º de la Ley 50 de 1936, subrogatorio del artículo 1742 del C.C. y que permite declarar la pretensión declaratoria de nulidad, de oficio, con tal que "aparezca de modo manifiesto en el acto o contrato" y permite que la pida el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley o pedirla por quien demuestre interés en ello, contrario a lo que sucede en Francia donde la nulidad o validez de un contrato de la Administración (administrativo o de derecho privado) no puede ser discutido sino entre las partes lo que hizo necesaria la creación de los "actos separables" a efectos de que pudiera surtirse el contencioso objetivo o por exceso de poder, contra los actos precontractuales, pues

declarada la nulidad de estos por el contencioso administrativo, el Juez del contrato (jurisdicción ordinaria u otro juez Administrativo), quedaba prácticamente compelido a declarar la nulidad del contrato cuando uno de los contratantes hiciera valer ante él dicha pretensión.

Es decir, la decisión de nulidad por lo contencioso-administrativo de los actos administrativos precontractuales, implicaba, como lo dice Vedel una declaración de "virtual nulidad" del contrato, así ésta fuera de competencia del Juez Civil.

En Colombia, en cambio, la nulidad del contrato podrá provenir precisamente, de la violación de las normas de derecho público que regulan el proceso de contratación administrativa y ella podría ser declarada en el proceso contractual correspondiente, ante el Juez del contrato y con la amplitud del artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

c) Quizás, para dar base a la introducción desaconsejada de los "actos separables", se comenzó por crear el vacío legal y es la única explicación que se encuentra la restricción que el inciso penúltimo del artículo 87 del actual C.C.A., crea a la previsión amplia del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, al prescribir: *"la nulidad absoluta también podrá, pedirse por el ministerio público y por quien demuestre interés directo en el contrato"*, recortando la posibilidad para el juez del contrato de declarar, de oficio, la pretensión de nulidad absoluta que implica proveer necesariamente sobre sus consecuencias como son, entre otros, las restituciones mutuas a que haya lugar.

Distinta situación a la que se deduce de la posibilidad jurídica para el juez del contrato de declarar, de oficio, la excepción de nulidad absoluta del contrato cuando éste se hace valer como causa *petendi*, pero que no va sino hasta su declaración como excepción, con su poder enervante de la pretensión derivada del contrato pero sin que pueda ir hasta la declaración oficiosa de las consecuencias "inter partes" de dicha declaración.

d) Lo cierto es, tanto por el origen francés de la institución de los "actos separables", de donde se trajo, como por las escasas previsiones que sobre ellos hace el C.C.A. (arts. 87 y 136 del C.C.A.), que no cabe duda que por tales sólo pueden tenerse aquellos actos administrativos que pueden existir jurídicamente sin necesidad del contrato aunque la existencia o validez de éste no pueda afirmarse sin la de aquellos.

Es decir, "actos separables" no pueden ser sino los pre-contractuales, la apertura de una licitación y la adjudicación de la misma, actos trascendentales en el proceso de contratación administrativa pero que, por su propia naturaleza, existen antes del contrato y aunque éste nunca llegue a existir y que, por lo mismo, pueden ser *"controlables por medio de las otras acciones previstas en este Código"*, como dice el artículo 87, *in fine* y que no son otras que las de simple nulidad y restablecimiento del derecho, o de plena jurisdicción, sin importar que el respectivo contrato nazca o no a la vida jurídica.

Vale la pena recordar que en firme la Resolución de adjudicación, hay convención pero aún no hay contrato, pero sí hay una situación

jurídica concreta que no puede afectar jurídicamente sino a los licitantes, quienes, por lo mismo, son los únicos con interés jurídico para impugnar tal decisión administrativa.

e) No puede decirse lo mismo de otros actos administrativos contractuales —no separables— precisamente porque no se conciben sin la existencia del contrato y lo afectan en su perfeccionamiento, interpretación, ejecución o liquidación, como son, a manera de ejemplo, los que imponen una multa, la cual no puede discutirse sin controvertir el cumplimiento del contrato; la que interpreta unilateralmente el contrato o lo modifica unilateralmente, contra los cuales D. L. 222/83 hay que agotar el procedimiento gubernativo pero sólo pueden impugnarse una vez liquidado el contrato; las que decretan la caducidad del contrato inconcebibles sin él, aunque éste sí pueda existir sin tales actos.

Y pensar que en la Comisión Asesora para la expedición del nuevo C.C.A., el suscrito Consejero, dentro de uno de los proyectos que presentó, incluia el del artículo 83 sobre caducidad de las acciones y perención del proceso, cuyo ordinal 5º disponía:

"5º Toda acción contractual caduca a los tres años de ocurrida la terminación o liquidación del respectivo contrato".

"Agotado el procedimiento gubernativo contra los actos administrativos contractuales, sólo serán impugnables jurisdiccionalmente una vez terminado o liquidado el contrato, cuando comienza a correr la caducidad".

Esta fórmula sencilla y clara trataba de crear expresamente la caducidad frente a las acciones contractuales que hasta entonces no existía y establecía que ella no comenzaba sino a partir de la terminación o liquidación del contrato, lo que, a su vez permitía impedir que mientras se ejecutaba el contrato, las partes se vieran obligadas a adelantarse mutuamente varios pleitos como los nacidos de las multas por incumplimiento parcial (art. 71 D. L. 222/83); modificación unilateral del contrato (art. 20, *ibídem*) o interpretación unilateral del mismo (art. 24, *ibídem*), previendo que agotado el procedimiento gubernativo referido en el estatuto contractual, las partes continuaran normalmente el cumplimiento del contrato con las modificaciones o interpretaciones en firme y sólo en ese juicio, con posterioridad a la terminación o liquidación del contrato, se discutiera entre ellas toda controversia sobre tales temas o sobre el cumplimiento o ejecución del mismo, su violación y los perjuicios consecuenciales.

Y, en fin, claro, hay actos o manifestaciones de voluntad de la Administración o del contratista, sobre la ejecución o cumplimiento del contrato que no acreditan su calificación de actos administrativos contractuales ni imponen su impugnación jurisdiccional expresa sino que tomados como incumplimiento o violación, dan lugar a la deducción directa de las correspondientes pretensiones de responsabilidad contractual.

f) Esta clase de actos administrativos contractuales —inseparables del contrato— dan siempre, cuando se impugnan jurisdiccionalmente, lugar a una controversia contractual o proceso especial regu-

lado por los artículos 217 y ss. del C.C.A. y, por lo mismo, su pretensión de nulidad jamás puede acumularse con las de nulidad y restablecimiento de los restantes actos administrativos unilaterales o de los actos administrativos contractuales "separables del contrato".

Ello indica que, sobre esta última hipótesis, también resultaría ostensible la indebida acumulación de pretensiones en la demanda que se examina.

g) En tal supuesto jurídico, el camino indicado por la ley y la doctrina es el de adelantar una controversia contractual sobre violación del contrato por el acto administrativo contractual unilateral y concreto, con las consecuencias pertinentes, suplicando la inaplicabilidad del acto administrativo general, abstracto o reglamentario, por la inconstitucionalidad o ilegalidad que se le endilga.

12) Y qué decir de la tercera petición del libelo, principal y sucesiva, sobre la vigencia y eficacia del contrato de asociación o sobre las de intangibilidad de dicho contrato suplicadas como subsidiarias de la primera y condicional de la 2ª pretensión o subsidiaria de ambas, o de todas o condicional de las tres primeras o de cualquiera de ellas, en una forma de acumulación francamente ilegal y que demuestra, por sí solo, los numerosos errores de técnica del libelo demandatorio *sub júdice*.

Pero lo cierto es que las pretensiones de indiscutible naturaleza contractual, sólo pueden sustanciarse mediante el proceso especial artículo 217 y ss. del C.C.A. y no son acumulables ni con las acciones de simple nulidad ni con las de plena jurisdicción contra actos administrativos unilaterales o administrativos contractuales, separables del contrato, todas estas pretensiones que dan lugar al proceso ordinario del actual C.C.A.

13. La larga exposición anterior amerita la manifiesta y ostensible acumulación indebida de pretensiones y la incompetencia de la Sala para conocer de la demanda así presentada, la cual, por lo demás, no puede fraccionar el libelo atropellando el derecho de disposición del demandante ni ordenar que se corrija, pues lo que demuestran las observaciones hechas es que la demanda que podría ser de recibo, no sería la presente modificada, sino una totalmente diferente a la que se estudia.

Por lo expuesto,

*Se resuelve:*

Primero: RECHAZASE, *in limine,* la demanda de que ha hecho mérito, por la incompetencia surgida de la indebida acumulación de pretensiones.

Segundo: DEVUELVANSE los anexos de la demanda, a quien suscribe ésta.

Tercero: ARCHIVESE el expediente.

Cuarto: RECONOCESE personería a los doctores CARLOS HOLGUIN H. y ANTONIO SANCLEMENTE V. como apoderados, principal y sustituto respectivamente, para actuar en nombre y representación de las sociedades demandantes en los términos y efectos del poder conferido.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*DONACIONES. DESCUENTO TRIBUTARIO (NULIDAD).*

*La distinción realizada por el Gobierno entre donaciones de mejor y peor trato tributario según se hagan en dinero o en bonos de financiamiento presupuestal o en títulos de descuento, no emana de la ley sino del reglamento.*

*Decrétase la nulidad de las siguientes expresiones contenidas en el Decreto Reglamentario 3882 de 1985.*

*a) En el literal a) del artículo 1º, la expresión "Y EL DESCUENTO SERA DEL 20%".*

*b) En el literal b) del artículo 1º, la expresión "EN LOS DEMAS CASOS".*

*c) El artículo 5º en su integridad.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Enrique Low Murtra.*

Referencia: Radicaciones 0060 y 0051. Negocios acumulados. Nulidad del artículo 1º, literal a) y b) artículo 1º, nulidad parcial artículo 5º del Decreto reglamentario número 3882 de 1985. Demandantes: Paul Cahn-Speyer W. y Alfredo Fuentes Hernández.

Los ciudadanos Alfredo Fuentes Hernández y Paul Cahn-Speyer en demandas separadas que se han acumulado han demandado la nulidad de varias normas del Decreto reglamentario 3882 de 1985. Cabe anotar que algunas de las disposiciones acusadas fue suspendida por esta sección, primero en auto unitario y luego en sala de decisión que confirmó la súplica del conductor del proceso.

*El asunto de autos.*

1. Con el fin de dar un tratamiento tributario preferencial a las sociedades anónimas la Ley 9ª de 1983 (artículo 37) aumentó el descuento que se otorga a este tipo de contribuyentes por donaciones que ellas hagan para ciertos fines que fija la misma ley hasta un 45%.

Dice así el texto de la ley:

"Artículo 37. Cuando se trate de donaciones efectuadas por una sociedad anónima, el descuento autorizado en el artículo 94 del Decreto 2053 de 1974 podrá ser hasta del cuarenta y cinco por ciento (45%) del valor de la donación, sin que exceda del veinte por ciento (20%) del

impuesto básico de renta del contribuyente por el mismo año o período gravable, cuando además de cumplir las condiciones señaladas en los artículos 95 a 97 del mencionado decreto, la entidad beneficiaria tenga como objeto exclusivo el mejoramiento de la salud, la educación, la cultura o la investigación científica y tecnológica.

"Para efectos del descuento aquí previsto, la entidad donataria deberá ser calificada favorablemente por un Comité integrado por el Ministro de Salud o su delegado, el Ministro de Educación o su delegado, el Ministro de Hacienda o su delegado y un delegado del Presidente de la República. El Director de Impuestos Nacionales o su delegado, actuará como Secretario del Comité.

"Las entidades beneficiarias indicadas en este artículo, deberán presentar anualmente su programa de trabajo al Comité previsto en el inciso anterior. Las entidades donatarias deberán contratar profesionales externos calificados que emitan concepto sobre el destino de las donaciones, materia del descuento".

2. Por su parte el decreto acusado reza así:

"Artículo 1º Cuando se trate de donaciones efectuadas por una sociedad anónima o asimilada, el descuento tributario previsto por el artículo 37 de la Ley 9ª de 1983, se concederá en los porcentajes que a continuación se expresa:

"a) Cuando se donen bonos de financiamiento presupuestal o títulos de descuento, el valor de la donación no podrá exceder del valor patrimonial calculado conforme lo dispone el artículo 33 del Decreto 353 de 1984 y el descuento será del veinte por ciento (20%).

"b) En los demás casos el valor de las donaciones se acreditará según las reglas del artículo 96 del Decreto 2053 de 1974 y normas reglamentarias y el descuento será del cuarenta y cinco por ciento (45%).

"Artículo 2º En todos los casos deberá darse cumplimiento a los requisitos contemplados en los artículos 95 y 97 del Decreto 2053 de 1974.

"Artículo 3º El descuento tributario no podrá exceder del veinte por ciento (20%) del impuesto básico de renta del contribuyente por el mismo año o período gravable.

"Artículo 4º Para efectos de obtener la calificación a que se refiere el artículo 37 de la Ley 9ª de 1983, las entidades donatarias deberán dirigir solicitud escrita al Director General de Impuestos Nacionales o su delegado, acompañando los siguientes documentos:

"a) Fotocopia auténtica de los estatutos;

"b) Certificado de existencia y representación expedido por la autoridad competente, con antelación no superior a sesenta (60) días;

"c) Certificado sobre la calidad de entidad vigilada o controlada por parte de algún organismo oficial;

"d) Certificación del Revisor Fiscal o de Contador Público sin relación laboral, sobre el destino de las donaciones recibidas, junto con el programa de trabajo;

"e) Copia o fotocopia de las dos últimas declaraciones de renta y patrimonio simplificadas, con constancia de haber sido presentadas en forma oportuna;

"f) Certificación bancaria sobre el manejo de la cuenta corriente a la cual irán las donaciones recibidas.

"Parágrafo. La calificación será proferida por el Comité mediante resolución motivada. Contra esta resolución procede el recurso de reposición que deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su notificación.

"Artículo 5º El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las normas contrarias.

"Publíquese, comuníquese y cúmplase.

"Dado en Bogotá, D. E., a 31 de diciembre de 1985".

3. En la demanda del ciudadano P. Cahn-Speyer se solicita la nulidad de los siguientes puntos:

a) De la expresión "y el descuento será del veinte por ciento (20%) contenida en el literal a) del artículo 1º;

b) La nulidad de la expresión "El presente decreto *rige a partir de su publicación* contenida en el artículo 5º;

c) La nulidad de la expresión *"En los demás casos..."* del literal b) del artículo 1º.

La demanda del ciudadano A. Fuentes Hernández solicita nulidad de las mismas expresiones en el literal a) del artículo 1º y del artículo 5º.

4. Las razones que esgrimen los demandantes pueden resumirse así:

a) Los actores consideran que el artículo 43 de la Constitución reserva la facultad impositiva y con ella la de establecer descuentos "al Congreso, a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales".

Este principio, que bien denominan los hacendistas de la *legalidad* de los tributos, precluye toda opción para reformar los descuentos por normas reglamentarias.

b) La ley fijó un descuento para donaciones hechas para ciertos fines que la misma ley precisa y por sociedades anónimas *hasta* el 45%. No hizo distinción la ley en las formas que se utilicen para hacer la *donación*. Por tanto no puede el reglamento hacer una distinción que la ley no ha establecido (Artículos 37 Ley 9ª de 1983 - 94 del Decreto 2053 de 1974 - Decreto 3830 de 1985 artículos 1º y 2º). Para algunos casos las donaciones también han recibido beneficio especial en los términos del Decreto 3830 de 1985, que contempló incentivos fiscales para la emergencia de Armero.

c) Consideran los actores que el artículo 5º del Decreto 3882 de 1985 viola el artículo 8º de la Ley 57 de 1985 que ordena que los actos administrativos no pueden regir sino *después* de su publicación y no *a partir* de su publicación como lo establece la norma acusada.

*Suspensión provisional.*

En el trámite del proceso se decretó la suspensión provisional. Dijo el suscrito conductor del proceso en relación con la suspensión provisional del literal a) del artículo 1º del Decreto 3882 de 1985:

"Alega el actor que mientras la norma reglamentada establece un descuento del 45% la reglamentaria establece el 20% siendo claro el exceso del Gobierno al reducir un descuento que la ley ha fijado en un nivel más alto. La violación es ostensible: los textos jurídicos con fuerza de ley citados por el actor otorgan un tratamiento favorable del 45% de descuento para donaciones de toda clase de bienes que vayan en beneficio de ciertos fines sociales precisados por la misma ley. Los textos reglamentarios discriminan en contra de donaciones hechas con bonos de financiamiento presupuestal o títulos de descuento, punto jurídico que demuestra a las claras la contradicción entre la norma legal y el reglamento. Por tanto se suspenderá la frase "y el descuento será del veinte por ciento (20%)".

A lo dicho en esa oportunidad cabe añadir dos reflexiones importantes La primera que aun cuando la ley utilizó la expresión hasta el 45% esta expresión no autoriza al Gobierno para fijar las tasas de descuento en forma más o menos arbitraria. La creación y la rebaja de tributos, y en general el Derecho Tributario nace de la ley y no del Gobierno. Ello es así porque la Constitución así lo ha establecido. La base imponible, las tarifas, el hecho generador, los descuentos son de la ley porque son los factores que determinan la obligación tributaria sustancial y, ésta, es de competencia exclusiva y excluyente de la ley. Los tributos son creados por los órganos de elección popular.

Este ámbito de la Constitución es de interpretación restrictiva y no permite excepción distinta que las que en forma clara y expresa emanan de la Carta.

De otro lado, el reglamento no sólo contraría la Ley 9ª de 1933 sino también el Decreto legislativo 3830 de 1985.

Por esta razón habrá que declarar la nulidad de la expresión "y el descuento será del 20%" contenida en el literal a) del artículo 1º del Decreto 3882 de 1985.

En relación con esta nulidad el señor fiscal tercero ante esta Corporación ha manifestado estar de acuerdo con ella en su concepto de mérito.

Igualmente el señor fiscal considera que deben anularse las otras expresiones demandadas.

Dice así:

"SOBRE LA EXPRESION

" 'RIGE A PARTIR DE SU PUBLICACION'

"Sobre este tópico el H. Consejero conductor del proceso expresó: El Código de Régimen Político y Municipal distingue las palabras 'después de' 'desde', 'en', 'dentro' para fijar el momento en que empieza a correr un plazo. No utiliza la expresión 'a partir', lo que da la posibilidad de dos interpretaciones: bien se entiende 'a partir' como equivalente a 'después de' o como equivalente a 'desde'.

"El actor al fundamentar la suspensión provisional de la expresión que hace el Decreto 3882 de 1985, 'rige a partir de su publicación' afirma que el artículo 8º, en concordancia con el artículo 2º de la Ley 57 de 1985 establece que los decretos del Gobierno sólo regirán *después de la fecha de su publicación*. Por el sólo aspecto formal de la expresión utilizada por el legislador para limitarle al Gobierno el mismo momento de vigencia de la ley, el ejecutivo estaba obligado a utilizar esta misma expresión 'después de' y 'no a partir de' aun cuando el sentido natural y obvio de las palabras utilizadas en tales expresiones sea el mismo. Por este aspecto formalísimo tiene razón el actor y bien podría si la sección así lo acepta declararse la nulidad de esta expresión utilizada por el Decreto Reglamentario".

"SOBRE LA EXPRESION

" 'EN LOS DEMAS CASOS'

"El Ministerio Público considera que también le asiste razón al actor en solicitar la nulidad de la expresión referida por cuanto la norma violada es genérica y no admite la excepción que el reglamentador quiso establecer para los valores con el beneficio del veinte por ciento (20%) de descuento en vez del cuarenta y cinco por ciento (45%). Por lo mismo la expresión utilizada, 'en los demás casos' es confirmatoria de la excepción establecida ilegalmente por el ejecutivo. La sindéresis utilizada por el legislador no podía pues ser contradicha por el reglamentador.

"La opinión del Ministerio Público es, pues, la de que le asiste plena razón al actor en su demanda y la totalidad de las expresiones acusadas deben ser anuladas".

Lo dicho por el señor Agente del Ministerio Público tiene sentido. En efecto, la distinción realizada por el Gobierno entre donaciones de mejor y peor trato tributario según se hagan en dinero o en bonos de financiamiento presupuestal o en títulos de descuento, no emana de la ley sino del reglamento. Por tanto, si es inválida la reducción del descuento para el caso de las donaciones en bonos de financiamiento presupuestal o en títulos de descuento, no tiene sentido la frase "en los demás casos" para el literal b) del artículo 1º del Decreto 3882 de 1985.

Igualmente es importante anotar cómo la Ley 57 de 1985 estipuló que los actos administrativos no rigen sino después de su promulgación. Esta regla es importante, en materia tributaria, para efectos de determinar el momento en que se constituye el hecho generador. La diferencia entre la ley y el reglamento se debe a que aquélla reza "después de", al paso que éste dice "a partir de", y mientras lo primero indica que empezará a regir un día después de su promulgación, lo

segundo indica que rige desde el día de su promulgación. Son dos cosas diferentes y por jerarquía normativa debe prevalecer la ley sobre el reglamento.

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:*

Decrétase la nulidad de las siguientes expresiones contenidas en el Decreto reglamentario 3882 de 1985:

a) En el literal a) del artículo 1º, la expresión y *el descuento será del 20%.*

b) En el literal b) del artículo 1º, la expresión *en los demás casos.*

c) El artículo 5º en su integridad.

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

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

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn,* ausente.

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*MULTA, CONVERSION DE LA MULTA EN ARRESTO.*

*El inciso tercero del artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967, impone la conversión de la multa en arresto, en el evento de que aquella no sea cancelada oportunamente. Es evidente que la sanción de arresto que establece el estatuto cambiario es aplicable exclusivamente a la persona natural que directamente hubiere incurrido en acto ilícito.*

*Declárase la nulidad del artículo 2º del Decreto 1480 de 15 de junio de 1984, dictado por el Presidente de la República con la firma del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., once de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyecto: Doctor *Nelson Zuluaga Ramírez.* Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 13. Actor: Alfonso Luque Brun.

El Dr. Alfonso Luque Brun, en su carácter de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, solicita la declaratoria de nulidad del artículo 2º del Decreto 1480 de 1984.

El acto acusado:

El Presidente de la República, con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público, dictó el Decreto número 1480 de 15 de junio de 1984, "por el cual se reglamenta el artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967", cuyo texto es el siguiente:

"El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le confieren los numerales 3º y 22 del artículo 120 de la Constitución Política,

*"Decreta:*

"Artículo 1º Cuando el infractor disponga de bienes suficientes para cubrir el valor de la multa a que se refiere el artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967, el Superintendente podrá ordenar su cobro a través del Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales o la conversión en arresto,

según lo que convenga más a los intereses de la nación y teniendo en cuenta los términos del artículo 221.

"Artículo 2º Tratándose de persona jurídica, la conversión de la multa en arresto se hará efectiva en cabeza de quien o quienes ejercieron la representación legal en la época en que se cometió la infracción y en la de las demás personas que resultaren responsables".

La demanda:

Refiere el actor que el Congreso de la República, mediante la Ley 6ª de 15 de marzo de 1967, revistió al Gobierno Nacional de facultades extraordinarias para dictar un estatuto normativo del régimen cambiario y de comercio, habiéndose en tal virtud expedido el Decreto-ley 444 de 22 de marzo de 1967, sobre régimen de cambios internacionales y de comercio exterior, cuyo artículo 221 fue reglamentado por el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad prevista en los numerales 3º y 22 del artículo 120 de la Carta.

Como normas violadas se citan: "1º Decreto-ley 444 de 1967, artículo 221, del 22 de marzo de 1967; 2º Ley 74 de 1968, aprobatoria del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9º; 3º Ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 8º y 9º; y, 4º Constitución Nacional, artículos 16, 20, 23, 26 y 120, numerales 3º y 22".

El concepto de la violación de las normas citadas, lo desarrolla en dos cargos. Hace consistir el primero, en que el decreto acusado "viole en forma ostensible las garantías a la libertad individual o física de las personas, consagradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto hace "trasmisible a una persona natural una sanción o pena que ha sido impuesta a una persona jurídica, por el sólo hecho de haberla representado legalmente". El segundo cargo "hace relación a la extralimitación de las funciones que ejerció la rama ejecutiva del poder público", al invocar "como atribución constitucional para el ejercicio de esa potestad reglamentaria el artículo 120, ordinales 3º y 22 de la Constitución Política". Transcribe acto seguido la disposición reglamentada, artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967, cuyo texto es el siguiente:

"La cuantía de las multas a que se refiere el artículo anterior será hasta del 200% del monto de la operación comprobada, y se graduará de acuerdo con las circunstancias dentro de las cuales les fue cometida la infracción.

"La persona o entidad que con anterioridad hubiere incurrido en multa impuesta por la prefectura, será sancionada con el máximo valor de las mismas.

"Si la multa no fuere cubierta dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la Resolución que la impone, o si contra ella no se ejercita el recurso de reposición dentro del mismo término, o dentro de los cinco días siguientes a la que resuelve la reposición, se convertirá en arresto a razón de un día por cada treinta pesos, pero el arresto no podrá exceder de dos años".

"Agrega el demandante que 'la norma reglamentaria va más allá de la norma legal reglamentada', por cuanto introduce 'normas que en ninguna forma fueron establecidas por el legislador extraordinario', y que 'la norma que introduce es la relativa al ejercicio de la libertad física de las personas naturales que hayan ejercido o ejerzan la representación legal de las personas jurídicas sancionadas', lo cual es potestativo de la ley consultando la Constitución".

Dice por último que al tenor del ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria debe limitarse a "regular el cambio internacional y el comercio exterior", lo cual en ninguna forma le permite "expedir reglamentos que tengan relación con las limitaciones en el ejercicio de la libertad individual o física de las personas naturales".

Impugnación de la demanda:

Se constituyó el Ministro de Hacienda y Crédito Público en parte impugnadora, a través de apoderada, consignando su oposición en escrito que obra a folios 30 y siguientes. Arguye el impugnador que lo "realmente loable de la disposición que se ataca lo constituye la adopción en términos jurídicos de medidas eficaces, para evitar la impunidad de las contravenciones administrativas al Estatuto Cambiario", por cuanto son "frecuentes los millonarios reintegros de divisas con base en exportaciones no realizadas o en un supuesto turismo, así como voluminosos los giros al exterior por concepto de falsas importaciones. En la mayoría de los casos, estas operaciones se han hecho al amparo de personas jurídicas (sociedades comerciales) con capital mínimo y con documentos de trámite firmados por empleados bajo orden del representante legal, con el único fin de evadir los mecanismos de control de la Administración, conllevando de lograrlo, la subsecuente impunidad, de las violaciones a las normas cambiarias". Dice más adelante que "El Decreto-ley 444 de 1967... tiene las características propias de la Ley cuadro o Ley marco", por la cual hay que concluir que "ha partido el actor en sus análisis sobre supuesta extralimitación de funciones, de esquemas erróneos, en tanto que la naturaleza de los decretos presidenciales que desarrollan las disposiciones cambiarias, y en general las materias referidas en los numerales 22 de los artículos 76 y 120 de la Constitución, no siguen las reglas propias de los decretos reglamentarios ordinarios de que trata el ordinal 3º del último artículo citado. Luego al partir de consideraciones equivocadas, llega a conclusiones equivocadas, pues pretende otorgar igual alcance a los decretos presidenciales expedidos en virtud de leyes-cuadro o leyes-marco, y a los decretos ordinarios expedidos por el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria".

Concepto Fiscal:

Concluye el Fiscal Primero de la Corporación, luego de abundante cita jurisprudencial y doctrinaria:

"En sentir de este Despacho, el artículo 221 del Estatuto Cambiario (Decreto-ley 444 de 1967), no requería de reglamentación alguna, pues así se venía aplicando sin que existiera obstáculo alguno en su aplicación, dado que la sanción contemplada en la norma consiste en multa

convertible en arresto sólo en el evento de que ella no sea cubierta dentro de los términos consagrados en la misma norma legal.

"Por otra parte, cuando la investigación que adelante la Superintendencia sobre posibles infracciones o violaciones a la normatividad vigente sobre oro y cambios, se surta frente a una persona jurídica, mal puede después de haberse impuesto una sanción pecuniaria a dicha persona jurídica modificarse al arbitrio de la Administración con fundamento en un decreto reglamentario, el destinatario de la sanción y muchísimo menos, convirtiéndola en arresto, pretermitiendo así todo el procedimiento administrativo o gubernativo en la persona física sobre la cual recaiga".

"Por todo lo anteriormente expuesto, se concluye por la Fiscalía que el artículo 2º del Decreto Reglamentario 1480 de 1984, viola los artículos 20 y 120-3 de la Constitución Nacional; el primero, por incompetencia y, el segundo, por exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria. Además, infringe la norma que reglamenta, pues el artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967 no contempla la convertibilidad de la sanción pecuniaria en arresto, sino para las personas físicas, que en materia de contravenciones, como ya quedó visto, sí es aplicable".

Alegatos de las partes:

Presentaron tanto el demandante como el impugnador alegatos de conclusión, en sendos escritos que obran a folios 41 y siguientes, dedicados a reiterar los puntos de vista ya consignados y a rebatir los de la parte contraria, en los términos ya expuestos.

Consideraciones de la Sala:

El Presidente de la República, al reglamentar el artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967, lo hizo con apoyo en los ordinales 3º y 22 del artículo 120 de la Carta. Y es precisamente en torno a estas normas constitucionales donde ha gravitado lo esencial de la controversia. La primera consagra la potestad reglamentaria del Presidente, mediante la expedición de "órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes". Y la segunda otorga a la suprema autoridad administrativa la facultad de "organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional y el comercio exterior y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76".

Como es bien sabido, el decreto reglamentario, por ser de grado jerárquico inferior a la ley que reglamenta, debe supeditarse a esta, respetar su sentido, por lo cual no puede crear normas que en forma expresa o tácita no estén contenidas en la de rango superior. Su misión se reduce a lograr que la ley tenga, como lo dice la disposición constitucional, "cumplida ejecución". Donde quiera que exista un decreto que exceda los límites impuestos por la ley que se reglamenta, se estará ante un caso de extralimitación de funciones, por lo mismo susceptible de ser invalidado por la vía jurisdiccional. Sobre este aspecto existe abundantísima jurisprudencia y doctrina. Así, ha dicho el Consejo de Estado en varias oportunidades:

"La Potestad reglamentaria del Jefe del Estado, en esta hipótesis, es limitada. No puede dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, no sólo la ley que completa, sino cualesquiera otra ley, toda vez que una disposición de una ley formal no puede ser modificada sino por una ley formal, y el reglamento, aun cuando es un acto legislativo material, es también, desde el punto de vista formal, un acto en forma de decreto. El reglamento, además, completa la ley, fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la ley contiene, pero no puede dictar ninguna disposición nueva. El reglamento tiene por objeto y por razón de ser, asegurar la aplicación de la ley que él completa. Se halla, pues, en rigor, contenido en la ley a que se refiere. Desarrolla los principios formulados por la ley, pero no puede en manera alguna ampliar o restringir el alcance de la ley".

La doctrina, coincidiendo con el anterior pensamiento, ha dicho: "El decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley. Su objeto no es crear normas; esa función normativa corresponde al legislador. El reglamento tiene por finalidad desarrollar los preceptos de la ley, desenvolverlos, precisarlos, concretarlos, crear lso medios para su ejecución, dictar las medidas para su cumplimiento, sin que al hacer esto pueda modificar en ningún aspecto esa ley. Se trata de hacerla viable, activa, que produzca los resultados y los efectos que determinó el legislador" (Luis Carlos Sáchica, Constitucionalismo colombiano).

Expuestos los anteriores principios, se tiene que el inciso tercero del artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967, impone la conversión de la multa en arresto, en el evento de que aquella no sea cancelada oportunamente. Ahora bien, es de toda evidencia que la sanción de arresto que establece el estatuto cambiario es aplicable exclusivamente a la persona natural que directamente hubiere incurrido en el acto ilícito. En otras palabras, la norma en cuestión, al referirse sólo a las personas físicas, excluyó tácitamente a las "entidades" y a sus representantes legales, pues, como es obvio, las personas morales no pueden ser objeto de la pena de privación de la libertad. Por ello, la disposición acusada, artículo 2º del Decreto 1480 de 1984, al pretender reglamentar el artículo 221 del Decreto 444 de 1967, lo que hizo fue crear una norma nueva, pues la norma "reglamentada" no permite en forma alguna hacer efectiva la conversión de la multa en arresto "en cabeza de quien o quienes ejercieron la representación legal en la época en que se cometió la infracción". Y no se diga, como lo sostiene la apoderada del Ministro de Hacienda, que la norma acusada constituye un instrumento eficaz "para evitar la impunidad de las contravenciones administrativas al Estatuto Cambiario", pues las razones de mera conveniencia en manera alguna pueden justificar el quebranto del principio de legalidad. Si el acto demandado es abiertamente inconstitucional, por haber ido mucho más allá del contenido de la norma legal materia de reglamentación, se impone, por encima de cualquiera otra consideración, la declaratoria de nulidad.

Resta por analizar el otro argumento de la parte impugnadora: el de que el Estatuto Cambiario constituye una ley cuadro y que en consecuencia el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional

facultaba ampliamente al Gobierno Nacional para reglamentarla en la forma que es objeto de demanda. Por medio de la ley-cuadro, el Congreso establece los principios generales respecto de una determinada materia, correspondiendo al ejecutivo la expedición de las normas necesarias para su desarrollo. Ejemplo típico de ley-cuadro lo constituye el ordinal 22 artículo 76, de acuerdo con el cual corresponde al Congreso, por medio de leyes, "Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, regular el cambio internacional y el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

Como acertadamente lo advierte el colaborador fiscal, en palabras que la Sala prohija, las materias de que trata el numeral transcrito "en nada se asemejan con la que trata el decreto acusado, ni mucho menos la del artículo que reglamenta, o sea el 221 del Decreto-ley 444 de 1967, que versa sobre la cuantía de las multas que deben imponerse por la violación de las normas sobre control de oro y cambios de que trata el artículo 220 del Decreto-ley 444 de 1967". Si por consiguiente mediante el acto acusado no se estaba en realidad reglamentando una ley-cuadro, toda vez que en rigor no se trata aquí de "regular el cambio internacional y el comercio exterior", mal podía invocar el ejecutivo el tantas veces citado ordinal 22 artículo 120 de la Carta como sustento jurídico de su decisión.

Como de todo lo anterior se concluye que el acto acusado incurre en quebranto de las normas constitucionales denunciadas, así como de la de estirpe legal reglamentada, habrá de declararse su nulidad.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él,

*Falla:*

DECLARASE la nulidad del artículo 2º, del Decreto 1480 del 15 de junio de 1984 dictado por el Presidente de la República con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 30 de octubre de 1986.

*Simón Rodríguez Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt. Rey.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR. ASCENSO.*

*No existen los ascensos automáticos en el sentido de que el respectivo derecho se adquiera por el sólo transcurso del tiempo en el ejercicio de un cargo perteneciente a una determinada categoría.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Ponente: Consejero *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº 164 (9224). Decretos del Gobierno. Actor: Jairo Montes Moreno.

En demanda presentada ante el Consejo de Estado, por intermedio de apoderado, el señor Jairo Montes Moreno, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitó que se hicieran las siguientes o parecidas declaraciones:

"*Primera.* Que es nulo el Decreto Ejecutivo número 19 de 1983 (enero 4) originario del Ministerio de Relaciones Exteriores, por el cual se ascendió a la categoría de Primer Secretario dentro del Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular de la República, al Doctor Jairo Montes Moreno, pero sólo en la parte en que la norma le es desfavorable, o sea, en cuanto aquel ascenso se hizo en la fecha del decreto y no desde cuando el actor adquirió el derecho a ese ascenso, desde el 24 de noviembre de 1978.

"*Segunda.* Que el Doctor Jairo Montes Moreno, funcionario de la Carrera Diplomática y Consular de la República, tiene derecho a ser ascendido a la categoría de Primer Secretario dentro del Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular de la República desde el 24 de noviembre de 1978 con todos los derechos inherentes, y a seguir siendo ascendido conforme a los plazos legales.

"*Tercera.* Que el Estado colombiano deberá pagar al Doctor Jairo Montes Moreno, las diferencias de sueldos, y Prima de Navidad, que resultaren a su favor, entre los cargos de Segundo Secretario y Primer Secretario de las Embajadas de Colombia en Kenia, Nairobi (África) y en San José de Costa Rica, a partir del 24 de noviembre de 1978 hasta el retiro del actor de la última Misión Diplomática, o sea, hasta el 22 de enero de 1982, y de las demás prestaciones y sumas de dinero que a cualquier título le correspondieren, y cuya cuantía deberá pagarse en la moneda extranjera utilizada para la remuneración del personal

en el exterior o su equivalente el día del pago, junto con los intereses a que haya lugar, en moneda legal colombiana.

"*Cuarta.* Que el actor tiene derecho a ser calificado en el Ministerio de Relaciones Exteriores dentro de los plazos legales, para los ascensos a que haya lugar dentro del Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular de la República, para lo cual el Honorable Consejo de Estado impartirá la orden judicial pertinente al Ministerio de Relaciones Exteriores para su cabal cumplimiento con los requerimientos legales" (folios 5 y 6).

Son hechos y omisiones que dan fundamento a la acción, según el apoderado del demandante:

"1. El actor Doctor Jairo Montes Moreno, es un joven profesional que presta sus servicios al Ministerio de Relaciones Exteriores, con lealtad, eficiencia y abnegación desde hace más de ocho (8) años.

"2. Una vez en el servicio público solicitó oportunamente su ingreso en el Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular de la República y al efecto fue inscrito en aquel Escalafón en la categoría de Segundo Secretario desde el 24 de noviembre de 1975, mediante Decreto Ejecutivo número 2531 originario del Ministerio de Relaciones Exteriores.

"3. Ahora bien: por el decreto demandado se le ascendió dentro de la Carrera en mención, a la categoría de Primer Secretario, con un atraso considerable, pues el actor adquirió el derecho a ese ascenso desde el 24 de noviembre de 1978, conforme a la ley.

"4. El demandante por la época en que adquirió el derecho a su ascenso como Primer Secretario, estaba ocupando el cargo de Segundo Secretario de la Embajada de Colombia en KENIA, y devengaba su sueldo en dólares americanos.

"5. Como el cargo de Primer Secretario en Nairobi y en San José de Costa Rica tenía asignada una suma superior a la de Segundo Secretario de las referidas Embajadas de Colombia, pagadera en dólares americanos de conformidad con la ley, el actor tiene derecho a que se le reconozcan esas diferencias de asignaciones, que ascienden a más de once mil dólares americanos.

"En 1978 mi mandante dejó de devengar US$ 600; en 1979 US$ 2.600; en 1989 (sic) US$ 3.900 y en 1981 US$ 3.900. En total más de US$ 11.000 dejó de devengar por falta de ascenso a Primer Secretario oportunamente y que convertidos a moneda legal, alcanzan a más de $ 825.000.00.

"6. La Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, no obstante de tener la obligación de reunirse en el mes de enero de cada año para calificar oportunamente a los aspirantes a ascenso dentro del Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, sin embargo, no lo hizo durante los años 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982, ocasionando perjuicios a personas que como el actor oportunamente habían solicitado el ascenso respectivo.

"7. El Decreto Ejecutivo número 19 de 1983 (enero 4) que apenas fue comunicado al Doctor Jairo Montes Moreno el día primero de febrero de este año por el Ministerio de Relaciones Exteriores, es ilegal, en cuanto a su vigencia, o sea, en la parte en que ascendió el actor a partir de su expedición y no desde el 24 de noviembre de 1978" (folios 6 y 7).

Como disposiciones violadas cita el apoderado del demandante los artículos 37, 39 y 50 del decreto extraordinario 2016 de 1968.

El concepto de la violación de las anteriores disposiciones legales lo expone dicho apoderado en los siguientes términos:

"El concepto de la violación lo hago consistir en que las normas superiores disponen que el funcionario inscrito en el Escalafón de la Carrera Diplomática y Consular de la República, como es el caso del actor Doctor Jairo Montes Moreno, tiene derecho a ser ascendido si ha continuado en el servicio público y si ha completado el número de años previstos en las normas de la Carrera, y sin embargo en este caso, no fue ascendido una vez cumplidos los 4 años previstos en el artículo 37 del Decreto Extraordinario número 2016 de 1968. Ese derecho al ascenso ha debido hacerse efectivo por el Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 24 de noviembre de 1978, porque en esa fecha se cumplieron los 4 años de permanencia requeridos por la ley para que un Segundo Secretario pueda ser ascendido a Primer Secretario" (folio 9 del expediente).

. . . . . .

"El concepto de la violación lo hago consistir en que el señor Secretario General del Ministerio de Relaciones Exteriores no convocó en los meses de enero de 1975 o 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982 a la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular de la República para que se ocupara de calificar las calidades de los funcionarios que como mi mandante estaban inscritos en el Escalafón respectivo y tenían derecho a su ascenso desde el 24 de noviembre de 1978, con lo cual al no reunirse aquella Comisión se privó al actor de disfrutar de su derecho al ascenso como Primer Secretario" (folio 10 del expediente).

En su alegato de conclusión, el apoderado del actor dice, entre otras cosas:

"Ahora bien, los artículos 37 y 39 del Decreto-ley 2016 de 1968 invocados en el libelo como violados le dieron el derecho al actor de ser ascendido a Primer Secretario al cumplir los 4 años en el Ministerio como Segundo Secretario, es decir, que el actor adquirió su derecho desde el 15 de octubre de 1978 y sin embargo el Ministerio apenas se lo reconoció a partir del 4 de enero de 1983, fecha del mismo decreto demandado. Si se tiene en cuenta que desde el 15 de octubre de 1974 hay que considerarlo como escalafonado en la Carrera Diplomática y Consular, entonces el 15 de octubre de 1978 adquirió el derecho a ser ascendido como Primer Secretario, pues en esta fecha cumplió los 4 años como Segundo Secretario.

"En el juicio no existe ninguna disculpa seria del Ministerio de Relaciones Exteriores para aquella omisión o retraso y el Ministerio ha debido probarla.

"Por el contrario considero que si el Ministerio le reconoció el derecho a mi mandante para ser ascendido a Primer Secretario por reunir los requisitos personales, edad, título universitario y demás condiciones inherentes, incurrió en un error al hacer el reconocimiento del derecho a Primer Secretario dentro de la Carrera Diplomática y Consular sólo desde el 4 de enero de 1988 (sic), puesto que la Ley de la Carrera le garantizó aquel derecho desde el cumplimiento de los 4 años exigidos en la norma violada para ser posible ese ascenso.

"Se ha violado el artículo 50 del Decreto-ley 2016 de 1968 porque el Ministerio como lo demuestra el último considerando del decreto demandado tan sólo se reunió para calificar al actor apenas el 10 de diciembre de 1982 habiendo debido hacerlo cada año desde 1978 para el caso del actor.

"Como es obvio que entre 1978 y 1983 tenía derecho a devengar el sueldo correspondiente a un Primer Secretario dentro del servicio exterior de la República, en esos términos consideró que el H. Consejo de Estado deberá reconocer el derecho al actor como consecuencia del retraso en el ascenso impugnado por el aspecto indicado únicamente.

"Considero que el Estatuto de Carrera Diplomática y Consular confiere a los escalafonados en ella varios derechos, como el de estabilidad en el servicio, el derecho a ser ascendido oportunamente, y el derecho a la alternabilidad, unas veces para ser nombrado en la Planta Interna del Ministerio y otras en el Servicio Exterior de la República.

"El derecho a ser ascendido oportunamente el empleado, está consagrado en el artículo 39 del Decreto Extraordinario 2016 de 1968, el cual respecto al Primer Secretario le exige una permanencia como Segundo Secretario de 4 años. Una vez cumplidos estos 4 años el funcionario adquiere el derecho a su ascenso.

"Por otra parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene obligaciones frente a los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular como la de prestar toda su colaboración para hacer efectiva la Carrera a los inscritos, abriendo los concursos de que habla la ley, y preparando los ascensos dentro de la Carrera Diplomática y Consular. En esta oportunidad el Ministerio de Relaciones Exteriores no dio cumplimiento oportuno a sus deberes, pues creo que el Estatuto de la Carrera no autoriza prorrogar por voluntad del Gobierno Nacional los plazos fijados en la ley de la Carrera Diplomática y Consular para que dentro de ellos se lleven a cabo los ascensos. Y está bien que no puedan prolongarse ilegalmente tales plazos porque entonces resultaría que cuando el Ministerio se le viene en gana abrir concursos y preparar la documentación para los ascensos de los inscritos entonces en muchos casos los favorecidos no tendrían la edad exigida por el Estatuto para disfrutar de sus ascensos. Estimo que el Gobierno debe tener voluntad de perseguir el fin establecido por el Estatuto de la Carrera Diplomática y Consular y facilitar el procedimiento cumpliendo apenas con lo estipulado por la ley para estímulo de los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular" (folios 13 a 15 del expediente).

Por su parte, la apoderada de la Nación, fundamentándose en los artículos 32, 36, 37 y 39 del Decreto 2016 de 1968 y 6º del Decreto 2525

bis del mismo, año solicitó que se denegaran las peticiones de la demanda, para lo cual adujo los siguientes argumentos:

"Sobre el particular conviene anotar que el actor quedó inscrito en la Carrera Diplomática y Consular el 24 de noviembre de 1975 y para la fecha 24 de noviembre de 1978 únicamente había contabilizado tres (3) años de servicio como Segundo Secretario; en consecuencia en estricto derecho el término de cuatro (4) años señalado en el artículo 39 literal b) como uno de tantos, requisitos exigidos por la ley para poder ser ascendido, sólo se cumplió el 24 de noviembre de 1979.

"Ahora bien, si para los ascensos en el escalafón de la carrera diplomática y consular sólo se tuviera en cuenta el tiempo de servicio o el mero transcurso del tiempo, no tendrían razón de ser los requisitos previstos en la ley tales como: edad del funcionario, condiciones del candidato, requisitos del cargo, alternación en el servicio, méritos personales especiales, prestación de servicios distinguidos al país, títulos universitarios a nivel doctoral o de licenciatura, estudios académicos especiales de derecho internacional, publicaciones de obras de importancia científica o literaria y dominio de otro idioma (Decreto 2016 de 1968 artículo 32, 37 y Decreto 2525 bis de 1968 artículo 6º).

"En este orden de ideas, un funcionario de carrera diplomática y consular no puede exigir un ascenso aduciendo exclusivamente el tiempo de servicio.

"Por lo anterior, el señor Jairo Montes Moreno el 24 de noviembre de 1978 no tenía derecho a ser promovido en la categoría de Primer Secretario, pues no había cumplido los cuatro años de servicio como Segundo Secretario, ni tampoco el tiempo mínimo de *dos años señalado como de alternación en el servicio interno, luego de haber laborado en el exterior.* Es tan imperativa esta última obligación para el empleado que el artículo 52 del Decreto 1745 de 1983 reglamentario del 2016 de 1968 consagra:

" 'Con una antelación no menor de seis meses respecto al vencimiento del término de los cuatro años o de los dos años de prórroga de que tratan los artículos precedentes, el funcionario de carrera deberá solicitar por escrito su traslado al servicio interno del Ministerio.

"Si el funcionario incumple la obligación de que trata el inciso anterior, se le aplazará su ascenso dentro de la Carrera por un término igual al del exceso de su permanencia en el exterior, sin que en ningún caso el aplazamiento sea inferior a un año.

" 'Si el empleado formula en tiempo la solicitud y el traslado no se produce, tal circunstancia no afectará su situación frente a la Carrera o a su permanencia en el cargo' ".

"En efecto, el actor trabajó en el exterior ininterrumpidamente desde 1977 hasta enero 1982, según él mismo lo afirma en la hoja 2 de su memorial demanda.

"De otra parte, no reposa en el expediente documento alguno que acredite que el señor Montes Moreno haya cumplido aparte del tiempo de servicio los otros requisitos indicados por los preceptos que regulan

la Carrera Diplomática y Consular; tampoco probó el accionante que la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular hubiera omitido reunirse antes de 1982.

"Respecto al decreto objeto de la demanda, considero que fue expedido en forma irregular, en razón a que Jairo Montes Moreno en enero 4 de 1983 sólo llevaba un año prestando sus servicios en la planta interna de la Cancillería.

"Vale la pena anotar que como los ascensos se deben hacer de categoría en categoría, la Administración está impedida para saltar de un rango a otro si no se comprueba que el funcionario de carrera reune las exigencias de ley, ello se infiere del artículo 39 del Decreto 2016 de 1968, *el cual expresa que los ascensos se harán previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos anteriores y dentro de los términos allí indicados.* El señor Montes se limitó a solicitar a la Administración su ascenso por el mero transcurso del tiempo, pero no se allanó a cumplir los demás requisitos de ley para ser incluido en la lista de ascensos que elabora la Comisión de Personal de la Carrera, por ello deben negarse las súplicas de la demanda. En este punto es oportuno citar el concepto emitido por el Honorable Consejo de Estado el 8 de junio de 1983, radicado bajo el número 1885, el cual en uno de sus apartes dice:

" '*Una vez se ha dado cumplimiento a todos los requisitos, la Comisión de Personal de la Carrera, elabora una lista de ascensos* teniendo en cuenta para efectos de prelación, los títulos universitarios, estudios académicos especiales de derecho internacional, publicación de obras científicas o literarias, etc. La designación se hará a medida que se presenten vacantes, tal como lo establecen los artículos 37 y 38.

" 'Una lectura atenta de las normas y de algunas otras del estatuto de la carrera, *indica que sólo al momento de elaborarse por la Comisión de Personal la lista de ascensos, ha de entenderse que quien quede incluido en ella tiene derecho a ser nombrado en un cargo para ascender dentro de la misma.* Pero dicho nombramiento sólo puede efectuarse a medida que se presenten las vacantes respectivas.

" 'Ahora bien, *si incluido en la respectiva lista,* el funcionario, no puede ser ascendido por falta de vacante, el tiempo que siga en el cargo que se encuentra desempeñando, *hasta por el término máximo de un año,* se contabilizará como servido en el cargo inmediatamente superior, o sea en aquel para el que va a ser ascendido' " (folios 40 y 41 del expediente).

La señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado solicita que se nieguen las súplicas de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

"Estima la Fiscalía que las normas citadas no consagran derecho automático de ascenso, después de determinado tiempo de servicio en el grado inferior. Es apenas uno de los requisitos exigidos para ascender; pero aún reuniéndolos todos —y el actor no probó que los reuniera en 1978—, el ascenso puede no ser inmediato, ya que depende de las vacantes que se presenten y de una orden de prelación por méritos, como lo indican los artículos 37 y 38 del Decreto 2016 de 1968.

"No existiendo derecho a ascensos automáticos, es obvio que estos no podrán ser retroactivos, sino que surtirán efectos a partir de la fecha en que se decreten. Por tanto la jurisdicción tampoco tendría competencia, en opinión de este Despacho, para declarar que un ascenso surta efectos con cinco años de anterioridad a la fecha en que se concede.

"El sueldo y en general las prebendas propias de un cargo, sólo serán procedentes cuando éste se ocupe o cuando se ostente efectivamente la categoría correspondiente" (folio 38 del expediente).

Estando el proceso para fallo fue destruido durante los funestos acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985; pero a solicitud de parte fue reconstruido hasta el punto de quedar en condiciones de ser decidido en forma definitiva, a lo cual se procede, previas las siguientes

*Consideraciones:*

Solicita el demandante que se anule el Decreto número 19 del 4 de enero de 1983, expedido por el Presidente de la República, en cuanto dispuso su ascenso a la categoría de Primer Secretario dentro de la Carrera Diplomática y Consular, sólo a partir de la fecha del mismo y no del 24 de noviembre de 1978, cuando, en su opinión, adquirió el derecho a ser ascendido. Por lo mismo es pretensión fundamental del demandante que el Consejo de Estado declare que el ascenso que se ordenó en el decreto acusado tiene efecto a partir del 24 de noviembre de 1978 y que, en consecuencia, condena a la Nación a pagarle las diferencias salariales y prestacionales existentes entre el empleo de Segundo Secretario y el de Primer Secretario, por el lapso en que, según él, se le mantuvo ilegalmente en la categoría inferior.

Afirma el actor que adquirió derecho al ascenso el 24 de noviembre de 1978 y que la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, encargada de calificar a los aspirantes a ascenso dentro del respectivo escalafón, debiendo reunirse por mandato legal en el mes de enero de cada año, no lo hizo en 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981 y 1982.

Como bien lo dice la señora Fiscal, las normas citadas por el demandante no consagran derecho automático al ascenso, o sea, que, como lo afirma la apoderada de la Nación, aquél no se produce por el simple transcurso del tiempo, sino que es preciso llenar los requisitos establecidos en las citadas normas legales.

En efecto, el funcionario tiene que ser calificado por la Comisión de Personal de la Carrera, con base en las calidades indicadas en el artículo 50 del Decreto extraordinario 2016 de 1968 y del informe que debe rendir el respectivo Jefe de misión, según el mismo precepto. Dicha Comisión deberá tener en cuenta "los años de servicio, la edad del funcionario y los requisitos del cargo establecidos por leyes y reglamentos" (artículos 37 y 39). Además, según el artículo 6º del Decreto 2525 bis de 1968, que subrogó el 38 del decreto antes citado, "para la selección y prelación de los funcionaros incluidos en la lista de ascensos", se tomarán en cuenta los méritos personales especiales y determinadas condiciones atinentes a servicios, títulos, estudios y publicación de obras. Por

último, el Decreto 2016 de 1968 establece como condición que existan vacantes en el cargo al cual debe ser ascendido el funcionario y que se hayan cumplido las disposiciones sobre alternación en el servicio (artículos 49 y 32).

Es perentorio el artículo 39 al disponer que los ascensos deben efectuarse previo cumplimiento de los requisitos exigidos en los artículos anteriores y el artículo 36 *ibídem* al establecer que "ningún funcionario inscrito en la Carrera Diplomática y Consular podrá ascender dentro de ella en forma distinta de la establecida en el presente estatuto".

Las disposiciones antes citadas descartan la posibilidad de que haya ascensos automáticos en el sentido de que el respectivo derecho se adquiera por el sólo transcurso del tiempo en el ejercicio de un cargo perteneciente a una determinada categoría.

Por lo demás, el actor no demostró que llenara los requisitos legales y se dieran en su caso las condiciones establecidas en la ley para adquirir derecho al ascenso a la categoría de Primer Secretario, dentro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular, en el lapso en que según él debió ser legalmente ascendido, es decir, antes de la época en que se produjo el concepto favorable de la correspondiente Comisión de Personal, como tampoco probó que ésta no se hubiera reunido en el mes de enero de los años de 1976 a 1982, inclusive.

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:*

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el 31 de octubre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* ausente; *Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.,* Secretario.

*EDUCACION INTERMEDIA PROFESIONAL. Antes del Decreto 80 de 1980.*

*EDUCACION SUPERIOR.*

*INSTITUCIONES INTERMEDIAS OFICIALES. Características. Naturaleza.*

*PERSONAL DOCENTE EN CARGOS DE NIVEL SUPERIOR O POST-SECUNDARIO DEL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL.*

*Su situación está regulada y sus derechos consagrados y protegidos por las disposiciones del Decreto 80 de 1980. EDUCACION INTERMEDIA PROFESIONAL antes del Decreto 80 de 1980 y después del mismo. DECRETO 80 de 1980. Regulaciones en los diferentes niveles de educación, a excepción del nivel superior. EDUCACION SUPERIOR. ¿Qué comprende? Clasificación de las instituciones de Educación Superior. NIVEL SUPERIOR O POST-SECUNDARIO DEL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL. Según el artículo 1º del Decreto 2277 de 1979, este estatuto no se aplica al nivel superior o post-secundario del Sistema Educativo Nacional, el cual se regula por el Decreto 80 de 1980 conforme éste lo dispone en su artículo 1º. INSTITUCIONES INTERMEDIAS OFICIALES. Características de su naturaleza.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº 2005. Decretos del Gobierno. Actor: Ardis Christopher Hawkins.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor Ardis Christopher Hawkins contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la cual se denegaron las súplicas de la demanda que el recurrente había presentado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, por intermedio de apoderado, el cual expresó el *petitum* en los siguientes términos:

"...pido la declaratoria de nulidad del Decreto Nacional número 881 de 10 de abril de 1984 expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Educación, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de mi representado como Rector del Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de la Intendencia Especial de San Andrés.

"Como consecuencia de la nulidad que se declare, pido igualmente al Honorable Tribunal que a título de restablecimiento del derecho se condene a la Nación —Ministerio de Educación— a reintegrar a mi representado al cargo de Rector del Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés o a otro de igual o superior categoría y a pagarle todos los salarios, primas, bonificaciones y subsidios dejados de devengar desde la fecha de la insubsistencia hasta el reintegro efectivo. Así mismo, pido al Honorable Tribunal que declare que para todos los efectos legales, no ha habido solución de continuidad en los servicios de mi representado en el sector de la enseñanza oficial, especialmente para lo relacionado con su derecho a ascenso en el escalafón docente, sus prestaciones sociales, tiempo de servicio y demás efectos de ley" (fol. 1).

En la demanda se reseñan los siguientes hechos:

"1. Ardis Christopher Hawkins, es licenciado en Ciencias de la Educación según título obtenido en la Universidad Libre en 1964. Anteriormente había adquirido título de Institutor Superior de Varones de Medellín.

"2. Fue inicialmente inscrito en el escalafón docente en 1958.

"3. En la actualidad se halla clasificado en el grado 12 del Escalafón Nacional Docente según Resolución 180 de 25 de agosto de 1981 de la Junta Seccional de Escalafón de San Andrés.

"4. Ha sido funcionario docente al servicio de la educación desde 1958, a partir de 1970 se vinculó al Ministerio de Educación Nacional en el programa INEM (Instituto de Educación Media Diversificada); de 1970 a 1976 bajo administración del ICCE (Instituto Colombiano de Construcciones Escolares) y de 1977 hasta 1981 bajo administración directa del Ministerio de Educación.

"5. En 1981, estando al servicio del Ministerio de Educación en el cargo de profesor del INEM de Medellín fue nombrado en el cargo de Rector del Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés y Providencia, según Decreto 914 de 10 de abril de 1981.

Nótese que este nombramiento fue conferido como Rector de un establecimiento educativo que es Unidad Docente del Ministerio de Educación y no como Director de Unidad Administrativa Especial.

"6. El Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés es una Unidad Docente, no administrativa, del Ministerio de Educación Nacional según lo estableció el decreto de creación que es el número 176 de 1980.

"Este Instituto no existía sino en el papel cuando fue designado mi representado para dirigirlo. Le correspondió al Licenciado Ardis Christopher organizarlo en su totalidad desde conseguir la sede hasta diseñarle los programas académicos, reclutar los estudiantes y ponerlo en funcionamiento.

"7. Estando ya en ejercicio de su cargo mi representado fue ascendido dentro del escalafón docente por resolución 180 de 25 de agosto de 1981, que lo clasificó en el grado 12 del Escalafón Nacional, con efectos a partir del 24 de agosto de 1981.

"8. Cuando estaba para entregar la primera promoción del Instituto del cual fue fundador, intempestivamente mi poderdante fue declarado insubsistente.

"9. Mi poderdante fue declarado insubsistente del cargo de Director de Unidad Administrativa Especial, que es distinto del de Rector para el cual fue nombrado, cargo éste último que como ya expresé pertenece a una Unidad Docente interna del Ministerio de Educación, según lo dispuso el Decreto de creación número 176 de 1980.

"10. Para declarar insubsistente o privar de su cargo a mi representado no se alegó ninguna causal de ley ni se le siguió proceso disciplinario ante la Junta Seccional de Escalafón de San Andrés, ni fue suspendido o excluido del Escalafón Nacional Docente previamente, estando por el contrario vigente su inscripción en el mismo en tal oportunidad.

"11. Mi representado llenaba los requisitos que el Decreto 610 de 1980 exige a los Rectores de las unidades docentes de nivel intermedio profesional del Ministerio de Educación Nacional, en su artículo 1º número 3.

"12. En el momento de la insubsistencia mi representado devengaba un salario de $ 80.450.00.

"13. Contra el decreto de insubsistencia mi representado presentó recurso de reposición que agotó la vía gubernativa, el cual no fue resuelto por el Ministerio de Educación presentándose así el fenómeno del silencio administrativo contemplado en el artículo 60 del C.C.A." (fols. 1 a 3 del expediente).

Como disposiciones infringidas señala el apoderado del actor los siguientes: artículos 26 de la Constitución Nacional, 7, 28, 31, 36, letra h, 55 y 68 del Decreto extraordinario 2277 de 1979, 36 y 84 del C.C.A.

En torno a las anteriores disposiciones se expone en la demanda el concepto de la violación, del cual se transcriben los siguientes apartes:

"a) *Falsa Motivación.*

"El decreto acusado incurre en esta causal proveniente de un error de hecho cuando declara insubsistente al actor de un cargo para el cual no fue nombrado.

"b) *Violación del principio de discrecionalidad* que tutela el artículo 36 del C.C.A.

Según este principio las decisiones discrecionales deben ser adecuadas a los fines de la norma que las autorizan y proporcional a los hechos que le sirvan de causa.

"Es sabido que el legislador al instituir la potestad discrecional para retirar a un empleado de su cargo, tuvo en mente que ella fuera utilizada en bien del servicio y nunca para que sirviera como instrumento para perseguir o causar un perjuicio injustificado a los empleados. Así lo ha declarado el Honorable Consejo de Estado en numerosos fallos.

"Declarar insubsistente al fundador del Instituto de San Andrés cuando va a graduar la primera promoción, no es ejercer adecuadamente esta atribución discrecional (que no la tiene el Ministerio pero que hizo uso de ella), pues con ello no se mejora el servicio; ni es proporcional esta medida a los valiosos servicios que el actor ha prestado a la educación de los isleños.

"Como esta atribución no fue utilizada para obtener los fines que previó la ley, sino para otros que no se conocen, estamos en presencia de una desviación de poder o de atribuciones de que trata el artículo 84 del C.C.A., puesto que se varió la intención de la ley y se utilizó una potestad en otro sentido, con fines inconfesables o secretos y en todo caso desconocidos; en los cuales no aparece ni la adecuación ni la proporcionalidad que tutela el artículo 36 que trata del principio de la discrecionalidad" (folios 3 y 4 del expediente).

..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

"El decreto acusado viola las citadas disposiciones del Decreto 2277 de 1979 (Estatuto Docente) por cuanto ellas armónicamente establecen que el educador escalafonado no puede ser despojado de su cargo por insubsistencia o destitución sino en presencia de determinadas causales y previo el lleno de ciertos requisitos, que no se dieron en el caso de autos.

"Mi representado es funcionario docente y estaba amparado por todas las garantías del Estatuto Docente.

"a) Es educador de carrera, normalista superior de la Escuela Normal de Medellín (1957) y Licenciado en la Universidad Libre (1964).

"b) Sirvió la educación oficial desde 1958, lapso interrumpido de 1961 a 1965 período durante el cual cursó estudios de Especialización en Educación en la Universidad Libre.

"c) Tiene escalafón vigente desde el año 1958.

"d) Fue nombrado en San Andrés como Licenciado, esto es, a conciencia de su calidad de docente, tal y como se desprende del texto del Decreto 914 de 1958.

"e) Fue nombrado como Rector de una Institución de nivel intermedio profesional por cumplir los requisitos que para tales cargos de carácter docente señaló el Decreto nacional 610 de 1980, artículo 1º número 3º, Título Universitario, grado 8 del escalafón; cinco (5) años de experiencia docente, dos de ellos por lo menos en el grado 8 o en la antigua primera categoría de secundaria. Desde 1964 mi representado fue inscrito en la 2ª categoría de secundaria cuando obtuvo su título de Licenciado, posteriormente, a los 3 años, fue ascendido a la primera categoría y para 1981 tenía 13 años en dicha clasificación.

"f) Esa Institución tenía y aún tiene el carácter de *Unidad Docente* interna del Ministerio de Educación según Decreto 176 de 1980 y no de Unidad Administrativa Especial. Por tanto su Rector es docente, tal como lo establece el Decreto 610 de 1980 artículo 1º número 3 y como corresponde a su nombramiento y ancedentes (sic).

"g) Durante el ejercicio de su cargo como Rector mi representado fue ascendido en el Escalafón Nacional, con lo cual se puso de presente aún más su carácter docente. Fue nombrado el día 1º de abril de 1981 y fue ascendido el 25 de agosto de 1981 según Resolución 180 de tal fecha de la Junta Seccional de Escalafón de San Andrés". (folios 4 y 5).

Para denegar las súplicas de la demanda, el Tribunal hizo las siguientes consideraciones:

"Se encuentra demostrado en el proceso que el licenciado Ardis Christopher Hawkins fue nombrado como Rector del Instituto Nacional de San Andrés y Providencia mediante Decreto 914 del 10 de abril de 1981 (folio 15), expedido por el Presidente de la República, cargo del cual tomó posesión el día 1º de julio de 1981 (folio 16).

"Mediante Decreto 881 del 10 de abril de 1984, el Presidente de la República declara insubsistente el nombramiento del actor 'quien ocupa el cargo de Director de Unidad Administrativa Especial y funciones de Rector en el Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés y Providencia'. (folio 57).

"Atendiendo el contenido del decreto de nombramiento y del de insubsistencia se desprende que no hay lugar a equívocos en cuanto a que al actor se le desvinculó del cargo para el cual había sido nombrado, es decir, de Rector del Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés y Providencia. Por el hecho de que el decreto de insubsistencia se dijera que el actor ocupaba el cargo de Director de Unidad Administrativa Especial, en nada cambia el nombramiento del cargo que realmente desempeñaba el actor, ya que en el mismo decreto se dice: 'Con funciones de Rector en el Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés y Providencia', por lo cual no se puede acceder a declarar la falsa motivación que se alega en la demanda.

"Ahora bien, veamos si con la declaratoria de insubsistencia del actor como Rector del mencionado instituto se violaron las normas que se dicen violadas.

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979 (Estatuto Docente) tienen carácter docente y en consecuencia deben ser provistos como educadores escalafonados, los cargos directivos que se señalan a continuación, o los que tengan funciones equivalentes:

" 'a) Director de escuela o concentración escolar;

" 'b) Coordinador o prefecto de establecimiento;

" 'c) Rector de plantel de enseñanza básica secundaria o media;

" 'd) Jefe o Director de núcleo educativo o de agrupación de establecimiento;

" 'e) Supervisor o inspector de educación' ".

Por su parte, el artículo 35 *ibídem* dispone:

" 'Los cargos directivos de la educación oficial no previstos en el artículo 32, tienen carácter administrativo y sus titulares se regirán por las normas aplicables a los demás empleados públicos'.

"De las normas transcritas se concluye que el cargo de Rector del Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de la Intendencia Especial de San Andrés tiene el carácter de administrativo y no de docente, toda vez que no se encuentra incluido en los cargos directivos enumerados en el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, por lo cual se rige por las normas aplicables a los empleados públicos, o sea por el Decreto 1950 de 1973.

"Demostrado como se encuentra en el presente asunto que el cargo desempeñado por el actor está sujeto al régimen de los empleados públicos, es de libre nombramiento y remoción por parte de la entidad nominadora, motivo por el cual para su desvinculación no era necesario adelantar investigación disciplinaria previa, ni de motivar el acto de remoción, de conformidad con el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, de lo cual se desprende que en este asunto no hubo violación al principio de discrecionalidad.

"En cuanto a las normas del Decreto 2277 de 1979 (Estatuto Docente) que se citan en la demanda como violadas, ellas se refieren a la estabilidad del educador escalafonado, al derecho de permanecer en el servicio, a las causales del retiro del servicio y a la ilegalidad de los nombramientos" (fols. 111 a 113 del expediente).

Mediante escrito que obra de folios 118 a 126 del expediente, el apoderado del actor interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal, con argumentos que se fundamentan en el Decreto extraordinario 2277 de 1979, lo mismo que en el reglamentario 610 de 1980.

Dentro de la segunda instancia se produjo el concepto de la señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, quien expresa su desacuerdo con la tesis del Tribunal y le concede razón al apelante. Dice así la señora Fiscal:

"Para el caso resulta de suma importancia precisar qué cargo ocupaba el señor Hawkins, cómo estaba clasificado y qué requisitos se exigían para desempeñarlo. De lo que se establezca a este respecto, depende la prosperidad o el fracaso de las pretensiones.

"El *a quo* aceptó sin mayor análisis lo que sobre este punto adujo el Ministerio de Educación Nacional.

"Observando con detenimiento las pruebas aportadas encontramos que el actor fue nombrado, en su calidad de Licenciado, como Rector del Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés y Providencia (fol. 5).

"En cambio en el acto acusado se declara insubsistente su nombramiento como Director de la Unidad Administrativa Especial con funciones de Rector en el Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés (fol. 57).

Pero ocurre que dicho Instituto no es una Unidad Administrativa sino una *Unidad Docente* dependiente del Ministerio de Educación Nacional, como claramente lo dispone el artículo 1º del Decreto 176 del 29 de enero de 1980 (fols. 52-53).

"El Decreto 610 de 1980, reglamentario de los artículos 33 y 34 del Decreto 2277 de 1979, al señalar en su artículo 1º los requisitos necesarios para desempeñar cargos directivos docentes, indica en el numeral 3º que para el nivel intermedio profesional se requieren esos mismos requisitos.

"Para la Fiscalía no hay duda de que el cargo ocupado por el actor es de carácter docente. El artículo 32 del Decreto 2277 de 1979 clasifica como tal el de Rector de Plantel de Enseñanza Básica, Secundaria o Media. Y donde hay la misma razón debe existir la misma disposición. Si las rectorías de establecimientos educativos son de carácter docente, ¿por qué no va a serlo la de un Instituto de Educación Intermedia?

"El nivel universitario, sabido es que no se rige por las mismas disposiciones que cobijan a la educación primaria y secundaria, que depende directamente del Ministerio de Educación.

"Pero el nivel intermedio, que también depende del Ministerio de Educación no puede quedar acéfalo de reglamentación jurídica y los docentes que trabajan en él, siguen amparados por el escalafón, que entre otros requisitos, se les exige para desempeñar los cargos, como se vio al examinar las normas citadas.

"Sí hubo entonces una equivocación en el acto acusado al denominar el cargo desempeñado por el demandante, Director de Unidad Administrativa Especial, error que no es inocuo sino que por el contrario, acarrea consecuencias graves para quien lo venía ejerciendo. Tan graves, como la de considerarlo empleado de libre nombramiento y remoción siendo escalafonado y habiendo sido designado en consideración a ese escalafón.

"Lo cierto es que la declaratoria de insubsistencia, debe legalmente referirse al nombramiento precedente, y este se hizo en calidad de Rector del Instituto Nacional de Formación Intermedia, Instituto que tiene la característica de ser Unidad Docente dependiente del Ministerio de Educación Nacional.

"Siendo ello así, el actor estaba amparado por las garantías del escalafón al cual pertenece y por tanto no podía legalmente ser declarado insubsistente, sin motivación ninguna, como se hizo.

"Para retirarlo del servicio era necesario excluirlo previamente del escalafón. Como ese procedimiento no se cumplió, el acto acusado contraviene disposiciones superiores y debe ser anulado.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda" (folios 133 a 135).

Para decidir se hacen las siguientes

*Consideraciones:*

No comparte la Sala los planteamientos del Tribunal Administrativo de Bolívar, como tampoco los argumentos del demandante y las apreciaciones de la señora Fiscal, pues todos parten de la base de que es aplicable al caso *sub júdice* el Decreto 2277 de 1979, que regula la profesión docente en niveles distintos del post-secundario o superior, cuando la verdad es que el actor desempeñaba un cargo de este nivel y, por lo tanto, estaba sujeto a las disposiciones del Decreto número 80 de 1980.

En efecto, el demandante fue nombrado Rector del Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés y Providencia, creado como Unidad Docente dependiente del Ministerio de Educación Nacional, con base en lo dispuesto en el Decreto 80 de 1980 y específicamente en uso de la facultad concedida por el artículo 72 del mismo estatuto, al cual se refieren el último considerando y el artículo 1º del Decreto ejecutivo 176 de 1980, que lo creó (fols. 15, 52 y 53 del expediente). En dicho considerando se dice que "el Decreto extraordinario 80 de 1980 en su artículo 72 preveé (sic) la creación de instituciones intermedias Profesionales como dependencias del Ministerio de Educación Nacional" y en el artículo 1º se dispone: "Créase como Unidad Docente dependiente del Ministerio de Educación Nacional, el Instituto Nacional de Educación Intermedia Profesional con sede en San Andrés (Isla) capital de la Intendencia de San Andrés y Providencia, en el cual se impartirán programas de educación intermedia profesional *previstos* en los decretos 88 de 1976 y *80 de 1980* (se subraya).

Ciertamente, antes del 22 de enero de 1980 la educación o formación intermedia profesional estaba en el mismo nivel de la educación media (artículos 4º y 10º del Decreto 088 de 1976). Pero a partir de esa fecha y en virtud de la expedición del Decreto 80 de 1980, entró a hacer parte de la educación superior, que no está regulada por el Decreto 2277 de 1979, como se desprende de su artículo 1º, en el cual señala su campo de aplicación:

"El presente decreto 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, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales".

La inclusión de la educación intermedia profesional en el campo de aplicación del Decreto 80 de 1980 se hizo por este estatuto de la siguiente manera: "El presente decreto define los principios y fija las normas que regulan la Educación Post-secundaria o Superior" (artículo 1º).

"Artículo 25. La Educación Superior comprende las siguientes modalidades educativas: a) Formación Intermedia Profesional. b) Formación Tecnológica. c) Formación Universitaria. d) Formación avanzada o de Postgrado.

"Artículo 43. Según su carácter Académico, las instituciones de educación Superior se clasifican en intermedias Profesionales, Tecnológicas y Universitarias.

"Artículo 44. Son instituciones intermedias Profesionales aquellas que adelantan legalmente programas en la modalidad educativa de Formación Intermedia Profesional, tal como aparece definida en el Artículo 26 de este decreto.

"Estas instituciones solamente podrán ser autorizadas para adelantar programas de dicha modalidad educativa y de educación media vocacional.

"Las actuales instituciones de Educación Intermedia Profesional entran a formar parte del Sistema de Educación Superior".

En resumen, según el artículo 1º del Decreto 2277 de 1979, este estatuto no se aplica al nivel superior o post-secundario del Sistema Educativo Nacional, el cual se regula por el Decreto 80 de 1980, conforme éste lo dispone en su artículo 1º; de acuerdo con el artículo 25 de este último decreto, la formación intermedia profesional hace parte de la educación superior; además, el Decreto 80 de 1980 dispuso, en su artículo 44, que las instituciones de educación intermedia profesional existentes en el momento en que fue expedido, *entraban* a formar parte del Sistema de Educación Superior.

Por último, el artículo 72 del citado Decreto 80 de 1980 establece:

"Las Instituciones Intermedias Profesionales de carácter oficial serán establecimientos públicos de los órdenes nacional, departamental o municipal o unidades docentes del Ministerio de Educación Nacional. Estas últimas serán creadas y organizadas por decreto ejecutivo, lo que constituye excepción a lo dispuesto en el Capítulo I del presente Título".

Fue en esta disposición que se basó, como ya se anotó, el Decreto ejecutivo número 176 de 1980 para crear el Instituto Nacional de Educación Intermedia Profesional, con sede en San Andrés (Isla) como Unidad Docente dependiente del Ministerio de Educación Nacional.

En estas condiciones, el demandante desempeñaba un cargo del nivel superior o post-secundario del Sistema Educativo Nacional, al cual no se le aplican las disposiciones del Decreto 2277 de 1979 y, por lo tanto, no se pueden extender sus garantías a los educadores de ese nivel, cuya situación está regulada y sus derechos consagrados y protegidos por las disposiciones del Decreto 80 de 1980.

Las anteriores consideraciones son suficientes para demostrar que el demandante se equivocó al fundar sus pretensiones en el Decreto 2277 de 1979, aunque dicho sea de paso, si hubiera invocado el decreto aplicable, no habría encontrado norma en qué fundamentarlas, teniendo en cuenta la situación en que estaba colocado dentro del Sistema de Educación Post-secundaria o Superior, que no le otorgaba ninguna estabilidad en el empleo (artículos 91, 101, 107, 108, 109, 110 y, especialmente, 123 del Decreto 80 de 1980).

Pero como se ha querido asimilar el cargo de "Rector de Plantel de enseñanza básica secundaria o media" de que habla el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, al de Rector de Instituto de Educación (o

de Formación) Intermedia Profesional a que se refieren los artículos 43, 44 y 74 del Decreto 80 de 1980, en coordinación con los artículos 25 y 26 de este último estatuto, a través de lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 3, del Decreto reglamentario 610 de 1980, precisa dilucidar esta cuestión.

Ciertamente el Decreto 610 de 1980 establece que para desempeñar los cargos directivos docentes a que se refiere el artículo 33 del Decreto 2277 de 1979, en "el nivel intermedio profesional", se requieren los mismos requisitos previstos para el nivel básico secundario y medio vocacional. Pero esa disposición no tiene el alcance de incluir la educación intermedia profesional en el campo de aplicación del Decreto 2277 de 1979, modificando o derogando preceptos de superior jerarquía como son los del Decreto 80 de 1980, los cuales obviamente prevalecen sobre aquélla (artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 del Código de Régimen Político y Municipal). No cabe duda de que el reglamento 610 de fecha 14 de marzo de 1980 se dictó con olvido total de lo dispuesto sobre formación intermedia profesional en el Decreto 80 del 22 de enero del mismo año.

Lo mismo sucedió con el Decreto extraordinario 85 del 23 de enero de 1980, que tampoco tiene el alcance de modificar el Decreto 80 del mismo año, salvo en el área restringida a que se refiere su artículo 1º, no aplicable al actor (ni citado por él) en razón del carácter que tenía de rector de un instituto del nivel superior del Sistema Educativo Nacional.

Teniendo en cuenta lo dicho precedentemente, resulta inocua la calificación de unidad administrativa que se dio al Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés y Providencia en el decreto mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor.

La Sala habrá, pues, de confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, pero por un motivo diferente de aquel que sirvió de fundamento al fallo de dicha Corporación.

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 de Bolívar el 8 de febrero de 1986.

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 28 de noviembre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* no asistió, con excusa; *Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.,* Secretario.

"Artículo 43. Según su carácter Académico, las instituciones de educación Superior se clasifican en intermedias Profesionales, Tecnológicas y Universitarias.

"Artículo 44. Son instituciones intermedias Profesionales aquellas que adelantan legalmente programas en la modalidad educativa de Formación Intermedia Profesional, tal como aparece definida en el Artículo 26 de este decreto.

"Estas instituciones solamente podrán ser autorizadas para adelantar programas de dicha modalidad educativa y de educación media vocacional.

"Las actuales instituciones de Educación Intermedia Profesional entran a formar parte del Sistema de Educación Superior".

En resumen, según el artículo 1º del Decreto 2277 de 1979, este estatuto no se aplica al nivel superior o post-secundario del Sistema Educativo Nacional, el cual se regula por el Decreto 80 de 1980, conforme éste lo dispone en su artículo 1º; de acuerdo con el artículo 25 de este último decreto, la formación intermedia profesional hace parte de la educación superior; además, el Decreto 80 de 1980 dispuso, en su artículo 44, que las instituciones de educación intermedia profesional existentes en el momento en que fue expedido, *entraban* a formar parte del Sistema de Educación Superior.

Por último, el artículo 72 del citado Decreto 80 de 1980 establece:

"Las Instituciones Intermedias Profesionales de carácter oficial serán establecimientos públicos de los órdenes nacional, departamental o municipal o unidades docentes del Ministerio de Educación Nacional. Estas últimas serán creadas y organizadas por decreto ejecutivo, lo que constituye excepción a lo dispuesto en el Capítulo I del presente Título".

Fue en esta disposición que se basó, como ya se anotó, el Decreto ejecutivo número 176 de 1980 para crear el Instituto Nacional de Educación Intermedia Profesional, con sede en San Andrés (Isla) como Unidad Docente dependiente del Ministerio de Educación Nacional.

En estas condiciones, el demandante desempeñaba un cargo del nivel superior o post-secundario del Sistema Educativo Nacional, al cual no se le aplican las disposiciones del Decreto 2277 de 1979 y, por lo tanto, no se pueden extender sus garantías a los educadores de ese nivel, cuya situación está regulada y sus derechos consagrados y protegidos por las disposiciones del Decreto 80 de 1980.

Las anteriores consideraciones son suficientes para demostrar que el demandante se equivocó al fundar sus pretensiones en el Decreto 2277 de 1979, aunque dicho sea de paso, si hubiera invocado el decreto aplicable, no habría encontrado norma en qué fundamentarlas, teniendo en cuenta la situación en que estaba colocado dentro del Sistema de Educación Post-secundaria o Superior, que no le otorgaba ninguna estabilidad en el empleo (artículos 91, 101, 107, 108, 109, 110 y, especialmente, 123 del Decreto 80 de 1980).

Pero como se ha querido asimilar el cargo de "Rector de Plantel de enseñanza básica secundaria o media" de que habla el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, al de Rector de Instituto de Educación (o

de Formación) Intermedia Profesional a que se refieren los artículos 43, 44 y 74 del Decreto 80 de 1980, en coordinación con los artículos 25 y 26 de este último estatuto, a través de lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 3, del Decreto reglamentario 610 de 1980, precisa dilucidar esta cuestión.

Ciertamente el Decreto 610 de 1980 establece que para desempeñar los cargos directivos docentes a que se refiere el artículo 33 del Decreto 2277 de 1979, en "el nivel intermedio profesional", se requieren los mismos requisitos previstos para el nivel básico secundario y medio vocacional. Pero esa disposición no tiene el alcance de incluir la educación intermedia profesional en el campo de aplicación del Decreto 2277 de 1979, modificando o derogando preceptos de superior jerarquía como son los del Decreto 80 de 1980, los cuales obviamente prevalecen sobre aquélla (artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 del Código de Régimen Político y Municipal). No cabe duda de que el reglamento 610 de fecha 14 de marzo de 1980 se dictó con olvido total de lo dispuesto sobre formación intermedia profesional en el Decreto 80 del 22 de enero del mismo año.

Lo mismo sucedió con el Decreto extraordinario 85 del 23 de enero de 1980, que tampoco tiene el alcance de modificar el Decreto 80 del mismo año, salvo en el área restringida a que se refiere su artículo 1º, no aplicable al actor (ni citado por él) en razón del carácter que tenía de rector de un instituto del nivel superior del Sistema Educativo Nacional.

Teniendo en cuenta lo dicho precedentemente, resulta inocua la calificación de unidad administrativa que se dio al Instituto Nacional de Formación Intermedia Profesional de San Andrés y Providencia en el decreto mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor.

La Sala habrá, pues, de confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, pero por un motivo diferente de aquel que sirvió de fundamento al fallo de dicha Corporación.

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 de Bolívar el 8 de febrero de 1986.

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 28 de noviembre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* no asistió, con excusa; *Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.,* Secretario.

# CAPITULO II

## DECRETOS DEL GOBIERNO

### SUB-CAPITULO I

### SUSPENSIONES PROVISIONALES DECRETADAS

*SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. Demandados en Acción de Nulidad.*

*DAMNIFICADOS DEL CAUCA. PRUEBA DE LA CALIDAD (Suspensión provisional). El Decreto reglamentario 3174 de 1983, al exigir probar tal calidad en declaraciones extrajuicio y hacer constar en ellas que tenía RESIDENCIA, DOMICILIO O SEDE SOCIAL en la zona afectada, introduce una modalidad restrictiva y flagrante violatoria de las normas reglamentadas.*

*SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS EN ACCION DE NULIDAD. ¿Cuándo procede ésta medida provisoria?*

*Suspéndese provisionalmente el artículo 1º del Decreto reglamentario 3174 de 1983.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., cuatro de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey.*

Expediente Nº 09. Actor: Carlos Galindo Pinilla.

El señor abogado Carlos Galindo Pinilla ocurre en súplica ante la Sala de decisión, para que se revoque la parte del auto admisorio de la demanda de febrero 28 de 1986 proferido por el señor Consejero ponente, en el cual este se abstuvo de examinar la solicitud de suspensión provisional, por hallarla improcedentemente formulada.

Se trata de la acción pública ejercitada por el actor contra el artículo 1º del Decreto reglamentario 3174 de 1983, dictado por el Presidente de la República en uso de la potestad reglamentaria, norma aquella que se refiere al artículo 8º del Decreto-ley 2498 de 1983, en el aspecto concerniente a la manera como las personas afectadas por el sismo acaecido el 31 de marzo de ese mismo año en el Departamento del Cauca debían demostrar su calidad de tales para que pudieran considerarse titulares de los beneficios establecidos en su favor por el citado Decreto-ley.

Si bien la demanda de nulidad fue admitida aparece, en efecto, en el auto reseñado, que la medida de suspensión provisional fue declarada improcedente con base en lo dicho por la sección en providencia de febrero 12 de 1986, dentro del proceso número 24 iniciado por Guillermo Gómez Téllez, providencia que afirma:

"Según se desprende del nítido sentido literal y entendimiento de la norma pretranscrita, el actor debe demostrar especialmente que se da la transgresión ostensible de las normas superiores de derecho por el acto administrativo impugnado, pues no es aceptable... que se haga una simple remisión a los argumentos aducidos para sostener la ilegalidad del mismo en el cuerpo de la demanda, pues estos están dirigidos a demostrar tal ilegalidad sin que necesariamente deba verse en ellos la violación de carácter manifiesto que es lo que conduciría a proferir la medida cautelar..."

Al sustentar la súplica expresa el actor, en suma, que la declaración de improcedencia se funda en dos transcripciones, la de un aparte del capítulo de su demanda y la de "un brevísimo aparte de una providencia del 12 de febrero de 1986..."

Sobre la primera, comenta que es sólo una reiteración y aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en torno del "...concepto de la manifiesta ilegalidad, en su forma más simple y perfecta, vale decir, cuando la contradicción puede verificarse por la simple comparación de textos...", y pasa a presentar, seguidamente y en columnas paralelas, las transcripciones de los artículos 1º del Decreto reglamentario 3174 de 1983 y 8º del Decreto-ley 2498 del mismo año, así:

*"Decreto reglamentario 3174 de 1983, artículo 1º.*

"Para efectos de gozar de los estímulos, servicios, privilegios y demás beneficios establecidos en las normas legales vigentes en favor de los damnificados del terremoto del 31 de marzo de 1983, en el departamento del Cauca, estos acreditarán su calidad de tales mediante declaraciones extrajuicio, en las cuales conste expresamente que el interesado, si es persona natural, residía en zona afectada antes del 31 de marzo de 1983, o tenía allí su domicilio o sede social, si se trata de personas jurídicas o sociedades de hecho..."

*"Decreto-ley 2498, artículo 8º.*

"De los beneficios instituidos por el presente decreto únicamente podrán gozar las personas que, por cualquier circunstancia debidamente demostrada, hayan resultado realmente perjudicadas como consecuencia del sismo acaecido en el departamento del Cauca el día 31 de marzo de 1983.

"Por vía reglamentaria el Gobierno Nacional fijará los requisitos que deban cumplirse para acreditar esa calidad, tanto en sede judicial como extrajudicial..."

Afirma que el artículo 8º reglamentado, autoriza al Gobierno para fijar el modo como debe probarse el perjuicio sufrido y el carácter de real perjudicado; en tanto que el artículo 1º reglamentario, ordena acreditar esas circunstancias con declaraciones extrajuicio, "...sobre la residencia o domicilio en la ciudad de Popayán, a la fecha del terremoto, circunstancias estas completamente extrañas al perjuicio real y a la condición de damnificado...", y que, a su ver, entrañan una evidente contradicción entre los textos escritos, que "...fluye espontáneamente de una simple lectura que dejó de hacer el H. Magistrado de la Sala Unitaria..."

Acerca de la segunda transcripción, piensa que es tan corta que no osa comentarla por el riesgo de no interpretarla adecuadamente pero que, en todo caso, no es aplicable al asunto que se ventila, viniendo luego a reproducir, parcialmente, el auto de noviembre 8 de 1974, dictado por la Sección Primera, con ponencia del señor Consejero Mora Osejo, en el expediente 2231, que trata, sintetizando, de la naturaleza de la medida cautelar y sus finalidades; de los fundamentos jurídicos en que ha de apoyarse; del modo de presentarla; y de la manera de decidirla; de todo lo cual extrae que las fundamentaciones de las peticiones principal y cautelar deben guardar estrecha relación entre sí, aunque no necesariamente con respecto a todos los cargos de violación imputados, no considerando, por tanto, que sea jurídico apreciar la petición de cautela en forma independiente, habida cuenta de que los cargos, en sus aspectos coincidentes, valen tanto para motivar la sentencia de nulidad como para fundamentar la decisión sobre suspensión provisional.

Concluye que, determinada la calidad de damnificado en el Decreto-ley, restaba al Gobierno, únicamente, señalar los requisitos para demostrarla; pero que lo que hizo el decreto reglamentario fue sustituir la calidad de real perjudicado, por la de mero "domiciliado" o "residente" en la zona afectada, "...desvirtuando por completo el sentido y el alcance de la norma legal y, por ende, violándola..."

*Consideraciones de la Sala:*

Reiteradamente ha dicho la corporación y sobre ello no es superfluo insistir, que en tratándose del ejercicio de la acción pública, la institución de la medida provisoria procede sólo cuando aparece, *prima facie,* que la violación de un precepto superior es tan notoria, que no exige emprender estudio alguno de fondo, ni sumergirse en elaboradas disquisiciones, y que son ajenas al examen de su admisibilidad las consideraciones de nudo hecho, cuya prueba es materia del debate central y no viene a apreciarse sino en la sentencia.

No es acertado y en ello tiene razón el actor, haber esgrimido en el auto suplicado como uno de los motivos para desestimar sin examinarla la petición de suspensión provisional, la supuesta ausencia de sustentación legal de la misma, sólo porque tal sustentación aparezca expuesta dentro de los fundamentos jurídicos de la demanda, a los cuales remite aquella petición, ya que exigir escritos separados e incluso capítulos especiales para una y otra, es un formulismo que, a más de inútil en muchos casos, excede los requisitos previstos en el artículo 152 del C.C.A., ninguna de cuyas disposiciones obliga a constituir siquiera una sección separada para la solicitud de suspensión, ni a reescribir la argumentación enfilada ya como tesis medular contra las normas acusadas, si ella ya cumple las exigencias del artículo 152 y la "remisión" queda suficientemente clara y precisa. Pero además, el actor sí sustentó la solicitud de suspensión provisional en el apartado de la demanda consagrado a ella, en la forma sucinta que corresponde a la "violación ostensible".

Pues bien, en el caso de autos es palmario que al exigir el reglamento a los damnificados probar tal calidad con declaraciones extra-

juicio y hacer constar en ellas que tenían residencia, domicilio o sede social en zona afectada, introduce una modalidad restrictiva y flagrantemente violatoria de las normas reglamentadas, pues no sólo somete a aquellas personas a un medio de prueba único, improbable de aportar en muchos casos, sino que excluye a un núcleo muy considerable de ellos que, a pesar de haber recibido perjuicios ostensibles de todo orden, no podrían reclamar para sí los beneficios contemplados en las normas reglamentadas.

Así, por ejemplo, una institución financiera, que tiene su sede social en Barranquilla pero poseía edificios que resultaron destruidos por el sismo en el Cauca, por efecto del decreto reglamentario se vería imposibilitada para disminuir en alguna medida, ese daño material.

Del mismo modo, el estudiante de la Universidad del Cauca, que tenía residencia habitual en Cali y que, como consecuencia del fenómeno telúrico, hubiera sufrido graves traumatismos síquicos de carácter permanente, quedaría privado del amparo de los preceptos reglamentados, que tampoco podrían invocar sus parientes y allegados. Y de igual manera, el transeúnte que perdió su vehículo y mercaderías la mañana del terremoto, quien difícilmente podría hallar quienes depusieran sobre los perjuicios recibidos por él o abonaran su calidad de residente o domiciliado de la que, por hipótesis, carece.

Las anteriores someras reflexiones indican que el recurso debe prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

*Resuelve:*

Revócase el auto admisorio de la demanda en la parte suplicada y, en su lugar, dispónese suspender provisionalmente el artículo 1º del Decreto reglamentario 3174 de 1983.

En firme este auto, vuelva el expediente al Consejero ponente, para que prosiga el trámite de la demanda de nulidad.

Comuníquese y notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Los Consejeros,

*Miguel Betancourt Rey, Samuel Buitrago Hurtado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO*

*DR. SAMUEL BUITRAGO HURTADO*

Referencia: Expediente Nº 09. Actor: Carlos Galindo Pinilla.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey.*

Como comporto en un todo las razones jurídicas expresadas por el Doctor Simón Rodríguez Rodríguez en su aclaración de voto, que están acordes con la línea jurisprudencial que ha prevalecido en la Sala y con el sentido y alcances del artículo 152 del C.C.A., me adhiero a ellas para fundamentar mi aclaración.

Bogotá, D.E., dieciocho (18) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Samuel Buitrago Hurtado.*

*SUSPENSION PROVISIONAL (Aclaración de Voto).*

*Aclaración de Voto del Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.* — Bogotá, D. E., catorce de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey* (exp. Nº 09).

El suscrito Consejero aclara el voto a la providencia del 4 de julio de 1986, por las siguientes razones:

1. En primer lugar, se trata de una aclaración de voto porque, de acuerdo con la ponencia y en discrepancia con lo sostenido por el auto suplicado, el actor sí sustentó especialmente la suspensión provisional impetrada del artículo 1º del Decreto reglamentario 3176 de 1983 según se puede leer a folio 4 del escrito de demanda.

2. Dejo en claro también para evitar equívocos, que a mi juicio según el penúltimo inciso del artículo 152 del C.C.A. la medida de suspensión debe solicitarse y sustentarse "de modo expreso en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de la demanda".

Ello quiere decir que como regla general es exigencia legal la sustentación de la suspensión provisional, porque al juzgador deben dársele las razones especiales que ameriten tomar la medida precautoria, que de por sí para adoptarse reviste características propias cuales son la violación por el acto administrativo acusado de normas superiores de derecho, no de cualquier manera sino flagrantemente "que se pueda percibir a través de una sencilla comparación" como lo pregona la norma mencionada.

Entonces tampoco, como regla general podría considerarse que no sustentada la suspensión, el Juez de oficio pudiera entrar a adivinar si en el cuerpo de la demanda se dan las condiciones que la justifiquen. Sobre todo porque la explicación del concepto de violación va dirigida específicamente a demostrar la nulidad del acto impugnado, la que puede ocurrir sin quebranto flagrante o con él. En este último caso es labor del actor hacer el señalamiento y sustentación correspondientes.

Respetuosamente,

*Simón Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado.

*REFINANCIAMIENTO DE LOS CREDITOS CONCEDIDOS A LOS DAMNIFICADOS POR EL TERREMOTO DE POPAYAN. DECRETO REGLAMENTARIO 1226 DE 1986.*

*Para expedirlo el Presidente de la República carece de competencia específica, toda vez que ésta se halla adscrita a la Junta Monetaria en las cuestiones monetarias y de crédito. POTESTAD REGLAMENTARIA. Desbordamiento de dicha potestad.*

*SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario número 1226 de 18 de abril de 1986, proferido por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público para reglamentar la Ley 132 de 1985:*

*a) Los dos últimos incisos del artículo segundo (2º), que dicen:*

*"El monto que se refinanciará conforme a lo dispuesto en el presente artículo será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito".*

*"En consecuencia, quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación".*

*b) Los dos incisos finales del artículo tercero (3º), que son de tenor idéntico a los acabados de transcribir del artículo 2º.*

*c) La parte final del artículo cuarto (4º), que expresa:*

*"...Sin embargo, las nuevas condiciones de tasa de interés y de redescuento sólo serán aplicables a partir de la fecha en que se apruebe la refinanciación". Y*

*d) El artículo quinto (5º).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., quince de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente Nº 376. Actor: Tiberio Zúñiga Díaz y otros.

Actuando en nombre propio y en el de sus mandantes Tiberio Zúñiga Díaz, Gerardo Bonilla Fernández, José Educardo Hurtado Gómez, César Alcázar Agredo, Jesús Hernán Guevara, Laura Pubenza Carvajal Astudillo, Nelson Bustamante Delgado y Jesús Antonio Villaquirán Gómez, el Doctor Mario Enrique Pérez demanda en acción de simple

nulidad y simultáneamente solicita se decrete la suspensión provisional de determinadas partes del Decreto número 1226 que con fecha 18 de abril de 1986 dictó el señor Presidente de la República, con su Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante el cual se reglamenta parcialmente la Ley 132 de 1985.

*I. Competencia*

Por auto de este Despacho de 15 de julio pasado (fol. 34), se dispuso que, por competencia, pasara el negocio en referencia a la Sección Cuarta de la Corporación. Contra esta providencia recurre en reposición el Doctor Mario Enrique Pérez (V. fols. 35-36), para que sea revocada y en su lugar "asuma la Sección Primera el conocimiento del presente asunto". Primeramente, pues, se resolverá la impugnación propuesta que, como lo dice el accionante, más que un recurso es "una simple reconsideración de una providencia".

El Despacho concede razón al impugnante, dado que el acto administrativo demandado es un decreto reglamentario de la Ley 132 de 1985 y que, conforme al Acuerdo Nº 1 de 1971 que sobre reparto de negocios profirió esta Corporación, aunque no se ajusta plenamente al actual Código Contencioso Administrativo, tal clase de actos administrativos compete conocerlos a la Sección Primera. En consecuencia, será revocado el proveído materia de impugnación y en su lugar se avocará el conocimiento del asunto en referencia.

Como la demanda de nulidad intentada reune los requisitos formales que la ley exige, será admitida.

*II. Suspensión provisional*

Tanto la acción de nulidad como la solicitud de suspensión provisional las endereza el actor dentro del cuerpo mismo de la demanda contra las siguientes partes del Decreto reglamentario número 1226 de 1986:

a) Los dos últimos incisos del artículo 2º, que dicen:

"El monto que se refinanciará conforme a lo dispuesto en el presente artículo será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito".

"En consecuencia, quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación".

b) Los dos últimos incisos del artículo 3º, que son de idéntico tenor a los acabados de transcribir del artículo 2º.

c) La parte final del artículo 4º, que expresa:

"...Sin embargo, las nuevas condiciones de tasa de interés y de redescuento sólo serán aplicables a partir de la fecha en que se apruebe la refinanciación". Y

d) El artículo 5º, que dispone:

"Lo dispuesto en los artículos anteriores se entenderá sin perjuicio de la obligación de los beneficiarios de las refinanciaciones de pagar durante el período de gracia los intereses a que haya lugar en la medida en que vayan siendo exigibles".

Dos cargos fundamentales endilga el actor a las disposiciones cuya suspensión provisional impetra, al expresar que con su expedición el Presidente de la República incurrió en falta de competencia y, subsidiariamente y en caso de no aceptarse tal cargo, en extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En cuanto hace al cargo inicial (falta o carencia de competencia del Presidente de la República), expresa el actor que "Al comparar los actos demandados y el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución, se deduce que el último fue violado en forma manifiesta por los primeros, en razón de que la Ley 21 de 1963, al crear por su artículo 5º la Junta Monetaria, le asignó a la misma la adopción de medidas monetarias, cambiarias y de crédito y, al mismo tiempo, autorizó al Gobierno para proceder a su organización, autorización que fue ejercida por medio del Decreto-ley 2206 de 1963, el que por el artículo 3º le fijó a la Junta atribuciones en dichas materias, descartando de la anterior manera la competencia al Presidente de la República en lo que atañe con el llamado 'poder monetario'. Conjuntamente con el numeral 3 del artículo 120 de la Carta Política resultan transgredidos también, flagrantemente, por la alegada falta de competencia del Presidente de la República, los artículos 5º de la Ley 21 de 1963, 3º —literal d), e) y f)— del Decreto-ley 2206 del mismo año y 14 de la Resolución número 32 de 1983, de la Junta Monetaria, que le atribuyó al Banco de la República el señalamiento de *'las demás condiciones* que requieran las operaciones de redescuento (destaco) de que trata tal Resolución, por no haber sido aplicadas, en el caso de requerirse alguna reglamentación, por los órganos competentes, que son la Junta y el Banco de la República, el último por ministerio del artículo 14 de la Resolución 32' ".

En el evento de que no se acceda a la suspensión provisional del acto acusado por "total falta de competencia del Presidente" para emitirlo, el solicitante alega en forma subsidiaria el decreto de la medida cautelar por cuanto "el Primer Mandatario desbordó la facultad reglamentaria, por haber agregado otras condiciones para el refinanciamiento de los créditos concedidos a los damnificados por el terremoto en referencia, por varios establecimientos de esta índole, entre ellos el Banco Central Hipotecario, no estatuidas en la ley reglamentada. Evidentemente, la Ley 132 de 1985 no dispuso en ninguna parte de ella, como sí lo hacen los actos impugnados, que el monto de la refinanciación 'será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito'; que 'En consecuencia, quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación'; que 'las nuevas condiciones de tasa de interés y de redescuento sólo serán aplicables a partir de la fecha en que se apruebe la refinanciación', ni tampoco lo que dispone el artículo 5º del Decreto reglamentario".

Consecuencialmente, apunta el actor, también fueron infringidos, en grado manifiesto, los artículos 55 y 76, inciso primero, de la Constitución Nacional.

*III. Se considera:*

Por medio del artículo 5º de la Ley 21 de 1963 se creó la Junta Monetaria y se le dieron facultades temporales al Presidente de la República para proceder a su organización, determinar el número de miembros que la integren, etc., y además se señalaron por los literales a) y b) del mismo precepto como funciones de la nueva entidad las de "estudiar y adoptar las medidas monetarias, cambiarias y de crédito que, conforme a las disposiciones vigentes, corresponden a la Junta Directiva del Banco de la República" y las de "ejercer las demás funciones complementarias que se le adscriban por el Gobierno Nacional y en lo futuro por mandato de ley".

A través del Decreto-ley número 2206 de 1963, dictado en desarrollo de las facultades extraordinarias *pro tempore* que le concedió al Gobierno Nacional la precitada Ley 21 de 1963, "se organiza la Junta Monetaria" y se le otorgan a ésta las facultades de estudiar y adoptar "mediante normas de carácter general", específicamente, entre otras, las siguientes "medidas monetarias y de crédito": "Fijar cupos extraordinarios de crédito para casos de emergencia y con carácter temporal" (artículo 3º, lit. d); "Fijar y variar las tasas de interés y descuento para las operaciones de préstamo, descuento y redescuento a los bancos afiliados al Banco de la República, pudiendo establecer tasas diferentes según la importancia económica de la respectiva operación y su finalidad" (*ib.*, lit. a); "Señalar las tasas máximas de interés o descuento que los bancos afiliados al Banco de la República puedan cobrar a su clientela sobre operaciones descontables, redescontables o admisibles en garantía de préstamo en el Banco de la República. Estas tasas pueden ser distintas según sea la clase de descuento o el destino de los fondos obtenidos por el cliente mediante la operación respectiva. Ningún banco podrá descontar, redescontar u obtener préstamos en el Banco de la República, si cobrase en operaciones de la índole indicada una tasa mayor de la autorizada" (*ib.*, lit. f); "las demás funciones de carácter general en materia de regulación monetaria y crediticia, que conforme a las disposiciones vigentes, corresponde al Banco de la República" (*ib.*, lit. 1). Y conforme al artículo 6º del mismo Decreto-ley 2206/63, se le adscriben a la Junta Monetaria, entre otras, "las siguientes funciones que podrá ejercer mediante normas de carácter general", en consonancia "con el artículo 5º, literal b) de la Ley 21 de 1963": "Señalar las tasas 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 de operaciones, el destino de los fondos y lugar de su aplicación (...)" (lit. c); "Fijar los plazos de los préstamos y descuentos que efectúen las instituciones de crédito y las clases y montos de las garantías requeridas en tales operaciones" (lit. d), etc.

Por la Resolución número 32 de 4 de abril de 1983 la Junta Monetaria de la República de Colombia dicta medidas específicas para la reconstrucción de la ciudad de Popayán y demás municipios del Cauca afectados por el terremoto del 31 de marzo de 1983, "en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las que le confiere el Decreto-ley 2206 de 1963".

Por último, la Ley 132 de 31 de diciembre de 1985 "reglamenta los préstamos a damnificados por el terremoto en Popayán el 31 de marzo de 1983" y dispone en su artículo primero: "Con el único objeto de procurar la recuperación económica y facilitar el pago de los créditos a cargo de los afectados en sus inmuebles por el terremoto sucedido en el departamento del Cauca, el 31 de marzo de 1983, el Gobierno Nacional destinará, en un plazo que no excederá de un año, los recursos necesarios para: 1º) *Aumentar,* en UN MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS ($ 1.500.000.000) *el cupo de crédito establecido en el artículo 1º de la Resolución de la Junta Monetaria número 32 de abril 4 de 1983.* Las condiciones de los préstamos que se otorguen con cargo a este cupo serán las mismas consagradas en el numeral 2º de este artículo. 2º) *Prorrogar el redescuento de los préstamos a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 2º de la Resolución 32 de 1983, que sean objeto de refinanciación en los términos del artículo 2º de esta ley.* Las condiciones de los préstamos refinanciados serán las siguientes:

| | *Reconstrucción* | *Reparación* |
|---|---|---|
| PLAZO | 20 años | 15 años |
| Período de gracia | 5 años | 4 años |
| Tasa de interés | 6% | 6% |
| Tasa de redescuento | 3% | 3% |
| Margen de redescuento | 100% | 100% ". |

El artículo segundo de esta ley determina que "Las instituciones de crédito que en desarrollo de las previsiones contenidas en *la Resolución de la Junta Monetaria número 32 de 1983* hubieren otorgado crédito para los fines indicados en los *literales a), b) y c) del artículo 2º de la misma,* los refinanciarán con sujeción a las condiciones establecidas en la presente ley, previa solicitud escrita del deudor" (Las subrayas son del Despacho). El artículo 3º de la Ley 132/85 modifica al artículo 10 de la *Resolución 32 de 1983 de la Junta Monetaria* en cuanto a las condiciones financieras de los préstamos a que se refiere el artículo 2º de la misma Ley 132. El artículo 4º de esta ley autoriza al Gobierno para celebrar contratos y ejecutar todas las operaciones presupuestales indispensables para el logro de los objetivos de la ley. Por último, el artículo 5º de la Ley 132 determina su vigencia, *modifica el artículo 3º de la Resolución de la Junta Monetaria número 32 de 1963* y deroga las disposiciones que la contraríen.

En consonancia con el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y de conformidad con lo expresado por el actor, de la sencilla comparación hecha entre las normas superiores reputadas como quebrantadas y antes transcritas, con las disposiciones demandadas y sobre las cuales se ha pedido la suspensión provisional, se advierte o percibe *prima facie* la manifiesta transgresión en que respecto de aquellas incurra el acto administrativo acusado, en forma tal que ha de accederse al decreto de la medida cautelar solicitada, además de no observarse que en este caso se encuentre prohibida por la ley dicha determinación extraordinaria suspensiva.

En efecto: la contrariedad ostensible entre las partes acusadas del Decreto reglamentario número 1226 de 1986 y los superiores mandamientos vistos arriba (de la Ley 21) de 1963, del Decreto-ley 2206 de 1963 y de la Ley 132 de 1985, lo mismo que de las anotadas disposiciones de la Resolución número 32 de 1983 de la Junta Monetaria, cuyo rango de superior estirpe al de los decretos reglamentarios ya ha sido deducido por el Consejo de Estado, además de que la Ley 132 de 1985 directamente la reafirma y en parte la modifica, tal contrariedad manifiesta conduce a deducir que el acto acusado no sólo va en contravía de la ley formal y material y también de los mandamientos de calidad especial de la Resolución 32 de la Junta Monetaria, sino lo que es más grave aún —como consecuencia de dicho enfrentamiento—, que evidentemente quebranta de manera patética el canon 120-3 de la Superley, comoquiera que para expedirlo el Presidente de la República carece de competencia específica, toda vez que ésta se halla adscrita a la tantas veces citada Junta Monetaria en las mentadas cuestiones monetarias y de crédito. Con la emisión del acto acusado en las partes arriba indicadas, igualmente el Despacho considera que el Primer Mandatario ha desbordado la potestad reglamentaria que el mismo precepto constitucional le atribuye expresamente.

Dados, pues, los supuestos que anteceden, el Presidente de la República, al haber proferido las disposiciones materia de acusación, a la vez que invadió el ámbito de reserva legal establecido para la Junta Monetaria y por ende incursionó sin competencia en campo ajeno, en forma simultánea se extralimita en la aplicación o desarrollo de la potestad reglamentaria de que está investido por la Carta Fundamental y se coloca ante el desbordamiento de sus atribuciones, con lo cual consecuencialmente ha lesionado o vulnerado el numeral 3 del artículo 120 del Estatuto Supremo. Prospera, por consiguiente, la solicitud de suspensión provisional.

Con fundamento en cuanto se deja apuntado, el Despacho,

*Decide:*

*Primero.* Se revoca el auto de 15 de julio de 1986 (fol. 34) y, en su lugar, se avoca el conocimiento del negocio en referencia.

*Segundo.* Se admite la demanda presentada.

*Tercero.* Se tiene como parte demandante en este proceso al Doctor Mario Enrique Pérez Velasco y a los señores Tiberio Zúñiga Díaz, Gerardo Bonilla Fernández, José Educardo Hurtado Gómez, César Alcázar Agredo, Jesús Hernán Guevara, Laura Pubenza Carvajal Astudillo, Nelson Bustamante Delgado y Jesús Antonio Villaquirán Gómez, y se reconoce al primero de los nombrados como apoderado especial de todos los demás, en los términos y para los fines del mandato a aquél conferido.

*Cuarto.* Se decreta la SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario número 1226 de 18 de abril de 1986, proferido por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público para reglamentar la Ley 132 de 1985:

a) Los dos últimos incisos del artículo segundo (2º), que dicen:

"El monto que se refinanciará conforme a lo dispuesto en el presente artículo será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito".

"En consecuencia, quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación".

b) Los dos incisos finales del artículo tercero (3º), que son de tenor idéntico a los acabados de transcribir del artículo 2º.

c) La parte final del artículo cuarto (4º), que expresa:

"...Sin embargo, las nuevas condiciones de tasa de interés y de redescuentos sólo serán aplicables a partir de la fecha en que se apruebe la refinaciación". Y

d) El artículo quinto (5º).

*Quinto.* Se previene la prohibición que expresamente establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción de las partes del acto administrativo que provisionalmente han sido suspendidas.

*Sexto.* Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos señalados en el numeral 3 del artículo 207 del C.C.A.

*Séptimo.* Por Secretaría se solicitarán los respectivos antecedentes administrativos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

*Octavo.* Enviar copia de este proveído a la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República, a la Junta Monetaria y al Gerente del Banco de la República y del Banco Central Hipotecario.

*Noveno.* Notificar personalmente esta providencia al señor Fiscal Primero de la Corporación.

*Décimo.* Notificar igualmente en forma personal este auto y entregarle copia del mismo al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

*Guillermo Benavides Melo,* Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. REQUISITOS (Suspensión provisional).*

*Su estructura genérica e implantación y funcionamiento dentro de la administración pública nacional está trazada primeramente en el Decreto extraordinario 1050 de 1968 y ya específicamente en cada estatuto orgánico de los distintos entes de la administración técnica descentralizada. Esto es de los llamados establecimientos públicos mediante el Decreto 1210 de 1984 el Gobierno Nacional está imponiendo dos nuevos requisitos a los contratos que celebren los establecimientos públicos nacionales con cargo a las apropiaciones del presupuesto de gastos de inversión que comprometen recursos de vigencias fiscales futuras, como son el concepto previo favorable de Planeación Nacional y el Certificado de la Dirección General del Presupuesto, con lo cual el Presidente de la República se está extralimitando, ha incurrido en el desbordamiento de su POTESTAD REGLAMENTARIA y con ello ha quebrantado el canon 120-3 de la Constitución Política.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente Nº 342. Actor: Jorge Gómez Pinzón.

Actuando en nombre propio, el ciudadano Jorge Gómez Pinzón, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del C.C.A., demanda la nulidad del Decreto reglamentario número 1210 de 1984 e impetra además la medida cautelar de suspensión provisional. Como el libelo contiene los requisitos formales de ley, la demanda será aceptada.

*Suspensión provisional*

En el mismo cuerpo de la demanda de nulidad y también en escrito separado el actor pide que se decrete la suspensión provisional del acto administrativo acusado (Decreto reglamentario 1210 de 1984), por reputar que viola de manera ostensible los artículos 18 a 24 del Decreto-ley número 294 de 1973 y el artículo 5º del Decreto extraordinario número 1050 de 1968.

El decreto atacado expresa en su artículo 1º que *"Los contratos que celebren los establecimientos públicos nacionales* con cargo a las apropiaciones del presupuesto de gastos de inversión que comprometan

recursos de vigencia (sic) fiscales futuras, *requerirán del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación*". A su turno, el artículo 2º manda que con base en tal concepto favorable de Planeación Nacional, la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público expedirá *la certificación de que trata el artículo 161 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional* (Decreto-ley 294/73). Por último, el artículo 3º *ibídem,* ordena que el decreto rige a partir de su expedición y deroga las normas que le contraríen (Subrayas del Despacho).

Conforme al enunciado de este decreto reglamentario, mediante él "se complementa un procedimiento para el registro de contratos..." y para proferirlo el Presidente de la República se apoya en el numeral 3 del artículo 120 de la Constitución Política.

Por ser pertinente al caso en cuestionamiento, en seguida se transcriben los considerandos del Decreto 1210 cuya suspensión provisional se ha pedido y los cuales hacen de sustento o fundamentación legal de este acto administrativo. Dicen así:

"Que el Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación, Decreto extraordinario 294 de 1973, contempla la participación del Departamento Nacional de Planeación en las operaciones presupuestales inherentes al Presupuesto de Gastos de Inversión;

"Que en desarrollo del artículo 161 del Decreto extraordinario 294 de 1973, la Dirección General del Presupuesto debe amparar con un certificado de reserva la aprobación de contratos que abarquen más de un año fiscal; y

"Que el Parágrafo del artículo 28 del Decreto extraordinario 294 faculta al Departamento Nacional de Planeación para estudiar y programar los requerimientos de inversión pública en el Presupuesto General de la Nación".

Expresa el demandante que el acto administrativo que acusa y cuya suspensión provisional exige, viola de modo ostensible los artículos 18 a 24 del Decreto-ley número 294 de 1973 y 5º del Decreto extraordinario número 1050 de 1968. Comienza diciendo el solicitante que "para la acertada inteligencia de esta demanda de nulidad, hay que tener presente que el decreto de que se trata fue dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de facultades simplemente legales, pues, no tiene el carácter de Decreto-ley proferido en uso de autorizaciones especiales que hubiere otorgado el Congreso", "facultades simplemente legales" que adelante reitera el peticionario.

Dice el actor que al establecer el artículo 18 del Decreto 294 de 1973 que solamente se aplicarán a los establecimientos públicos las normas del Capítulo IV de este decreto, "no se puede adicionar a este Capítulo por decreto reglamentario, e imponer requisitos contemplados para los contratos que celebre el Gobierno sobre construcción de obras y prestación de servicios", requisitos que están señalados en el artículo 161 del mismo Decreto 294. Que al adicionar por decreto reglamentario el Capítulo IV del Decreto-ley 294, se "está imponiendo dos nuevos requisitos, como son el concepto previo y favorable del Departamento Nacional de Planeación y la certificación expedida por

la Dirección Nacional (sic) de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de que trata el artículo 161 del mencionado Decreto 294, es decir, que por facultad reglamentaria se alteró (sic) las normas sustanciales que conforman el captíulo en comento, presentándose una extralimitación de lo reglamentado, en consecuencia, usurpando funciones inherentes al Congreso". Y continúa el peticionario: "La misma ley dispone que, en los establecimientos públicos nacionales, la facultad de ordenar gastos se regirá conforme a las leyes que crearon la entidad (Decreto 294, art. 157, inc. 2º), principio consagrado en el artículo 5º del Decreto 1050 de 1968, como es el de la autonomía administrativa de los establecimientos públicos, poder que consiste en ordenar el servicio con acción independiente del Gobierno Nacional, adoptando los planes y programas señalados por la Administración Central".

*Se considera:*

Primeramente ha de anotarse que, en contra de lo que reiteradamente afirma el solicitante de la suspensión provisional, el Decreto 1210/84 que ataca, no fue proferido por el Presidente de la República "en ejercicio de facultades simplemente legales", sino que, como el mismo acto administrativo lo pregona expresamente en su parte anunciativa, fue emitido en ejercicio de "las facultades que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Política", esto es, en desarrollo de la potestad reglamentaria que de modo expreso consagra y le atribuye al Primer Mandatario tal canon constitucional.

Vimos cómo el acto administrativo acusado echa mano en su último considerando del Parágrafo del artículo 28 del Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional (Decreto extraordinario número 294 de 1973), norma esta que hace parte, no del Capítulo IV del Estatuto, sino del Capítulo V que trata "De la Preparación del Proyecto de Presupuesto Nacional", el cual (Parágrafo) faculta al Departamento Nacional de Planeación para estudiar y programar los requerimientos de inversión pública en el siguiente año fiscal del Presupuesto general de la nación. Pero también se vio que el penúltimo considerando del Decreto 1210, que parece ser el fundamento sustancial del acto acusado, indica que "en desarrollo del artículo 161 del Decreto extraordinario 294, la Dirección General del Presupuesto debe amparar con un certificado de reserva la aprobación de contratos que abarquen más de un año fiscal". Pues bien: por una parte, el Parágrafo del artículo 28 del Decreto 294, no integra el Capítulo IV, que versa justamente sobre el presupuesto de los establecimientos públicos nacionales, sino del Capítulo V, que se refiere a la preparación del proyecto de presupuesto nacional, que es bien distinto. Y por otra parte, el artículo 161, lejos de referirse a los contratos de los establecimientos públicos del orden nacional, expresamente y de manera exclusiva trata de los contratos que celebre el *Gobierno Nacional* sobre construcción de obras, suministro de materiales y prestación de servicios. Exactamente comienza diciendo esta disposición 161: "Todo contrato que celebre el Gobierno sobre construcción de obras, suministro de materiales o prestación de servicios estará limitado en su cuantía por el monto de la respectiva apropiación presupuestal..." Bien diferente,

pues, es el campo de aplicación de las normas del Capítulo IV, al área que gobiernan los artículos 26 y 161 del Estatuto Orgánico Presupuestal: mientras aquél rige en forma exclusiva para los establecimientos públicos nacionales, como enfáticamente comienza diciendo el artículo 18, el 28 dice relación con el cálculo de rentas y recursos de capital que debe hacer el Gobierno Nacional a través de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el proyecto de presupuesto nacional, con la distribución tentativa de recursos financieros disponibles para inversión, por entidades, y con la información que Planeación Nacional debe enviar a Ministros y Jefes de departamentos administrativos y a los establecimientos públicos adscritos, "con fines de programación presupuestal y revisión del Plan de Inversiones Públicas"; en tanto que el artículo 161, como arriba se indicó, trata de tres específicas clases de contratos del Gobierno Nacional.

Por manera que, de la simple confrontación de las disposiciones del decreto reglamentario materia de acusación con las normas superiores reputadas como quebrantadas por el solicitante de la medida cautelar de suspensión provisional, se percibe una flagrante violación por parte de aquellas, comoquiera que la intromisión del Departamento Nacional de Planeación y de la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda en los contratos de los establecimientos públicos del orden nacional, tal como lo establece el Decreto reglamentario 1210/84, implica o conlleva una invasión de aquellos dos organismos en el ámbito de la autonomía contractual de los establecimientos públicos nacionales, cuya estructura genérica e implantación y funcionamiento dentro de la administración pública nacional está trazada primeramente en el Decreto extraordinario 1050 de 1968 y ya específicamente en cada estatuto orgánico de los distintos entes de la administración técnica descentralizada, esto es, de los llamados establecimientos públicos. La intervención de la Dirección General del Presupuesto y del Departamento Nacional de Planeación, lo mismo que de la Contraloría General de la República, hace relación con los contratos de los establecimientos públicos ya ajustados o adecuados a la programación presupuestal y al plan general de inversiones públicas y naturalmente estructurados conforme a las reglas especiales del Estatuto Contractual de que trata el Decreto extraordinario número 222 de 1983, sobre contratos de la nación y de los establecimientos públicos del orden nacional, contratos estos que, por ende, en contra de lo que ordena el acto administrativo acusado, no requieren ni del concepto previo favorable del Departamento Nacional de Planeación, ni de la certificación que, con base en dicho concepto favorable, expida la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de que trata el artículo 161 del Decreto extraordinario 294 de 1973, como ilegalmente establecen los artículos primero y segundo del Decreto reglamentario 1210 impugnado.

Cosa bien diferente es lo que estatuye el artículo 23 del Decreto extraordinario 294/73, integrante del Capítulo IV a que nos venimos refiriendo, conforme al cual "El Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe aprobar previamente en la forma que prescriben los reglamentos de este Estatuto las adiciones, traslados o reformas que pretendan realizar los Establecimientos Públicos a sus presupuestos, y el

destino que debe dárseles atendiendo a la naturaleza de cada entidad. Si tales cambios afectan los gastos de inversión y desarrollo, se consultará previamente al Departamento Nacional de Planeación".

En consecuencia, como lo expresa el actor, mediante el Decreto reglamentario 1210 de 1984 el Gobierno Nacional está imponiendo dos nuevos requisitos a los contratos que celebren los establecimientos públicos nacionales con cargo a las apropiaciones del presupuesto de gastos de inversión que comprometan recursos de vigencias fiscales futuras, como son el concepto previo favorable de Planeación Nacional y el certificado de la Dirección General del Presupuesto, con lo cual el Presidente de la República se está extralimitando, ha incurrido en el desbordamiento de su potestad reglamentaria y con ello ha quebrantado el canon 120-3 de la Constitución Política. Prospera, pues, la solicitud de suspensión provisional.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, el Despacho

*Decide:*

Primero. Se admite la demanda presentada.

Segundo. Se tiene como parte demandante en el negocio de la referencia al ciudadano Jorge Gómez Pinzón.

Tercero. Se decreta la SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos del Decreto reglamentario número 1210 de 22 de mayo de 1984 dictado por el señor Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Jefe del Departamento Nacional de Planeación, "por el cual se complementa un procedimiento para el registro de contratos que comprometan vigencias fiscales futuras con cargo al presupuesto de Gastos de Inversión del Presupuesto General de la Nación".

Cuarto. Se previene la prohibición que expresamente establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo sobre reproducción de las disposiciones del Decreto 1210 de 1984, cuyos efectos han sido suspendidos provisoriamente.

Quinto. Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos señalados en el numeral 3 del artículo 207 del C.C.A.

Sexto. Por Secretaría se solicitarán los respectivos antecedentes administrativos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación.

Séptimo. Enviar copia de este proveído a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público —Dirección General del Presupuesto— y al Departamento Nacional de Planeación.

Octavo. Notificar personalmente esta providencia al señor Fiscal Primero de la Corporación.

Noveno. Notificar igualmente en forma personal este proveído al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Cópiese, notifíquese y comuníquese.

*Guillermo Benavides Melo,* Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*NACIONALIZACION DE LA EDUCACION. PRESTACIONES MEDICAS Y ECONOMICAS (Suspensión provisional).*

*Se suspende provisionalmente la frase "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975", del inciso del artículo primero y todo el parágrafo del mismo artículo del Decreto 898 de 1981.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº 2176. Decretos del Gobierno. Actor: Agustín Castillo Zárate.

El ciudadano Agustín Castillo Zárate, presentó demanda tendiente a obtener la nulidad del decreto expedido por el Gobierno Nacional número 898 del 3 de abril de 1981 y solicitó, además, se suspendiera provisionalmente.

Para resolver sobre la suspensión provisional se considera:

El artículo 152 del C.C.A. establece que podrán suspenderse los efectos de un acto administrativo, tratándose de las acciones de nulidad, como la propuesta, si existe manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas.

El demandante en la misma sustentación de su solicitud indica que el decreto acusado es violatorio del artículo 182, inciso segundo, de la Constitución Política y del artículo primero, incisos primero y segundo, de la Ley 43 de 1975.

De la sencilla comparación entre el decreto acusado y las normas indicadas por el demandante se llega a estas conclusiones:

1. Habiéndose nacionalizado el servicio educativo de primaria y secundaria que estaba a cargo de los departamentos, intendencias, comisarías, municipios y Distrito Especial de Bogotá, según las previsiones de la Ley 43 de 1975, no es posible que la atención de las prestaciones médicas y económicas a cargo de tales entidades territoriales en virtud de los contratos celebrados con la Nación deba llevarse a cabo "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975".

En lo demás el inciso del artículo primero del decreto se limita a disponer que aquellos servicios pueden prestarse en los términos de

los aludidos contratos, lo cual no contraría dicha ley ni la Constitución Política y no es más que la consecuencia necesaria, que no requería expresarse, de que los contratos válidamente celebrados deben cumplirse.

2. Por la misma razón de que a partir de la vigencia de la Ley 43 de 1975 el aludido servicio educativo quedó a cargo de la Nación, es evidente que el parágrafo del artículo primero del decreto acusado es violatorio de la Ley 43 de 1975 y, además, del artículo 182, inciso segundo, de la Constitución Política, en razón de que sólo otra norma con fuerza legal podía establecer que fueran aquellas entidades territoriales o sus cajas de previsión las encargadas de satisfacer las prestaciones médicas y económicas de los docentes.

En consecuencia, se suspenderán provisionalmente la frase "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975" del inciso del artículo primero y todo el parágrafo del mismo artículo del Decreto 898 de 1981.

En mérito de lo dicho, se dispone:

1º Suspéndense, provisionalmente, los efectos de la frase, "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975" del inciso del artículo primero del Decreto 898 de 1981 y todo el parágrafo del mismo.

2º Admítese la demanda presentada por el ciudadano Agustín Castillo Zárate.

3º Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público y al Ministro de Educación Nacional y por estado.

4º Fíjese en lista por el término de diez (10) días para los efectos del numeral 3 del artículo 207 del C.C.A.

5º Solicítase al Ministerio de Educación Nacional el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado, si los hubiere.

Además, cúmplase.

*Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*SINDICATOS. HUELGA O SOLICITUD DE ARBITRAMENTO. (Suspensión provisional).*

*No parece correcto que si el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 precisa que "la huelga y la solicitud de arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la Asamblea" empero la norma reglamentaria (art. 1º del Decreto 0477 de 1986) determina que los trabajadores que no alcancen a reunir dicha mayoría sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de arbitramento obligatorio.*

*SUSPENSION PROVISIONAL. REQUISITOS DEL ARTICULO 152 DEL DECRETO 01 DE 1984.*

*Suspensión provisional de los efectos de la frase "y por consiguiente sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de arbitramento obligatorio", contenida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1986.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas A. Abogado Asistente.

Referencia: Expediente Nº 1979. Actor: Jairo Higuita Higuita.

Por reunir los requisitos de ley, se admite la demanda de nulidad parcial del artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1986, presentada en su propio nombre por Jairo Higuita Higuita.

Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público y al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Fíjese en lista por el término de diez (10) días para los fines señalados en el numeral 3 del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo.

Admitida la demanda, se entra a estudiar la solicitud de suspensión provisional, que fue formulada y sustentada por el actor de la siguiente manera:

"'*Prima facie*' se observa que el artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1986 excede no solamente la norma a la cual está

circunscrito, sino también el numeral segundo del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, que claramente preceptúa:

" 'En cualquier momento, antes de la declaración de Huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores o en defecto de éstos, los trabajadores, en Asamblea General, podrá (sic) solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación (contenidas en el Pliego de Peticiones de los trabajadores como proyecto de Convención Colectiva o de Pacto Colectivo de Trabajo), sean sometidas al fallo de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante.

" 'El Ministerio de Trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos o en defecto de éstos, de los trabajadores, en Asamblea General someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desean o no sujetar las mencionadas diferencias a Fallo Arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes el Tribunal de Arbitramento Obligatorio llamado a proferir dicho fallo'.

"Por consiguiente, el Tribunal de Arbitramento Obligatorio es un derecho del sindicato mayoritario o en su defecto de la 'totalidad de los trabajadores', dentro del sano principio de que las minorías no pueden imponer su voluntad al resto de los trabajadores.

"El artículo 1º del Decreto 477 de 1986 al establecer para el sindicato minoritario 'la facultad de solicitar la convocatoria de un *Tribunal de Arbitramento Obligatorio*' transgrede en forma directa, por la vía reglamentaria, normas de superior jerarquía, en abierta violación de los artículos 120, ordinal 3º y 55 de la Constitución Nacional".

*Consideraciones:*

El artículo 1º del Decreto 477 de 1986, por el cual se reglamenta la Ley 39 de 1985, que es objeto de impugnación en la demanda, dice:

"Artículo 1º Concluida la etapa de mediación, sin que las partes hubieren logrado acuerdo total sobre los puntos material del diferendo, se realizará una asamblea general de los trabajadores afiliados a la entidad sindical a través de la cual se hubiere promovido el conflicto, o de los trabajadores no organizados si fueren éstos quienes lo plantean, a través de la presentación y trámite legal del respectivo pliego de peticiones, asamblea que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la solicitud al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio.

"En el caso de que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente comprometidos en el conflicto, no alcanzaren a reunir la mayoría absoluta de los trabajadores permanentes de las empresas o establecimientos respectivos, no podrán declarar la

huelga y por consiguiente sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio. Si tales trabajadores no hicieren uso de esta facultad, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá convocar el mencionado tribunal, con el fin de dar solución definitiva al conflicto promovido por la presentación del pliego de peticiones, en armonía con el artículo 9º y demás disposiciones concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.

"La huelga o la solicitud de tribunal de arbitramento serán decididas dentro de los 10 días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de mediación en votación secreta y por la mayoría absoluta de los trabajadores sindicalizados que deban integrar tal asamblea, en su condición de directamente comprometidos en el conflicto.

"Antes de celebrarse la asamblea se dará aviso a las autoridades del Ministerio de Trabajo para que éstas puedan presenciar y comprobar su desarrollo. Este aviso deberá darse con una antelación no inferior a 5 días hábiles".

El artículo 9º de la Ley 39 de 1985, expresa:

"Artículo 9º El artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 31 del Decreto 2351 de 1965 quedará así, precedido del siguiente encabezamiento:

"CAPITULO IV

*"Declaratoria y desarrollo de la huelga.*

*"Decisión de los trabajadores.*

"Artículo 444. Concluido el término legal señalado para la etapa de mediación sin que se hubiere logrado acuerdo total, se realizará una Asamblea General de los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento.

"La huelga o la solicitud de Arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la Asamblea.

"Antes de celebrarse la Asamblea se dará aviso a las autoridades del trabajo para que puedan presenciar y comprobar su desarrollo. Este aviso deberá darse con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles".

El numeral 2º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, reza:

"2. En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de estos, los trabajadores en asamblea general, podrá solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva o de pacto colectivo de trabajo, sean sometidas al

fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante.

"El Ministro del Trabajo, de oficio o a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de estos, de los trabajadores, en asamblea general someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desean o no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudará dentro del término máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido, y se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes el Tribunal de Arbitramento Obligatorio llamado a proferir dicho fallo".

A través de una sencilla comparación de la norma acusada con el texto del artículo 9º de la Ley 39 de 1985 y el del numeral 2º del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, se puede percibir, *"prima facie"* que la norma reglamentaria viola en forma manifiesta las dos disposiciones legales, al preceptuar que: "En el caso de que los trabajadores pertenecientes al sindicato o sindicatos directamente comprometidos en el conflicto, no alcanzaren a reunir la mayoría absoluta de los trabajadores permanentes de las empresas o establecimientos respectivos, no podrán declarar la huelga y por consiguiente *sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio...*" (subraya la Sala).

Esta facultad otorgada por la norma acusada al sindicato o sindicatos que no reunan la mayoría absoluta de los trabajadores permanentes de las empresas o establecimientos respectivos, contraría en forma manifiesta u ostensible, tanto la disposición legal que reglamenta, como el numeral 2 del artículo 3º de la Ley 48 de 1968, las cuales facultan con exclusividad al sindicato o sindicatos en que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de estos, a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, para tomar la decisión de declarar la huelga o de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para los fines previstos en tales preceptos.

No parece correcto que si el artículo 9º de la ley reglamentada precisa que "la huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la asamblea", empero la norma reglamentaria (art. 1º del Decreto 0477 de 1986) determine que los trabajadores que no alcancen a reunir dicha mayoría sí tengan la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio. La oposición del canon de inferior jerarquía normativa al texto superior no sólo es manifiesta, sino que contrariando la más elemental lógica le da a quien no tiene la potestad de declarar la huelga la sucedánea de solicitar el Tribunal de Arbitramento.

Esta Corporación ha dicho:

> "La benéfica institución de la suspensión provisional sólo procede cuando, en tratándose de la acción pública, popular o ciudadana, aparece un choque manifiesto, claro, patente, ostensible, entre el acto acusado y la norma de carácter superior, que deba respetarse. Los actos administrativos llevan en sí implícita una presunción de legalidad. Debe suponérseles conforme con las dis-

posiciones superiores en la jerarquía de la legislación. Unicamente cuando es flagrante la oposición es procedente la suspensión provisional, porque de lo contrario podría paralizarse la acción administrativa con argumentos de mayor o menor fuerza en su simple auto, dictado sin que se hayan producido pruebas, sin que se hayan oído alegatos de las partes, etc.". (Auto de 19 de septiembre de 1945. Anales Nos. 352-356).

En el caso presente se reunen los requisitos del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, para la procedencia de la medida provisoria solicitada en la demanda y, en consecuencia, se

*Resuelve:*

Decrétase la suspensión provisional de los efectos de la frase "y por consiguiente sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio", contenida en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1986.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Gaspar Caballero Sierra.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

## SUB-CAPITULO II

### SUSPENSIONES PROVISIONALES REVOCADAS

*INVESTIGACION DISCIPLINARIA A FUNCIONARIOS. APODERADO QUE DEBE ASISTIRLO. Se revoca la suspensión provisional de los efectos del inciso 5º del artículo 32 del Decreto reglamentario número 0482 de 1985 en la parte que dice: "...a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado preste sus servicios".*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., ocho de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente Nº 186. Actora: María Luisa Pinzón Jaime.

Procede la Sección Primera del Consejo de Estado a resolver el recurso de súplica interpuesto oportunamente por el Agente del Ministerio Público contra la parte del auto admisorio de la demanda que suspende provisionalmente, también en parte, el acto acusado en el proceso bajo referencia.

Mediante providencia fechada el 21 de abril del año en curso (fols. 14 y 20), el H. Consejero ponente del proceso referenciado, admitió la demanda y además de otras medidas, en el literal f) decretó la suspensión provisional de los efectos del inciso quinto del artículo 32 del Decreto reglamentario número 0482 de 19 de febrero de 1985, proferido por el señor Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, en la parte que dice: "...a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios".

Dentro del término de ejecutoria, el señor Fiscal Primero de la Corporación interpuso recurso de súplica contra la providencia admisoria de la demanda, pero solamente en cuanto ésta decretó la suspensión provisional "de la disposición acusada", para que sea revocada en la parte pertinente (literal f) y en su lugar se deniegue la suspensión provisional, por considerar que no debe accederse a la medida cautelar pedida por la accionante, toda vez que, en la forma como se encuentra formulada la solicitud, contradice no solamente lo reglado en el inciso cuarto del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, sino también reiterada y uniforme jurisprudencia que viene sosteniendo el Consejo de Estado desde hace más de cinco lustros, por cuanto le anota dos errores de forma a la suspensión provisional impetrada: la actora simplemente pide la suspensión e invoca, entre las normas presuntamente violadas por el acto que acusa, la Ley 13 de 1984,

sin que determine cuáles de los veinticinco (25) artículos de esta Ley considera infringidos en forma manifiesta; pero, además, la solicitante de la medida cautelar extraordinaria no ofrece ninguna sustentación, no expone en qué radica la manifiesta y ostensible violación de las disposiciones superiores que aparezca o se preciba de la sencilla comparación que prevé el C.C.A.

Además de las razones expuestas por el Ministerio Público, la Sala no comparte el criterio esgrimido en el auto suplicado para que se decrete la suspensión provisional adoptada, en cuanto aquél expresa que la norma impugnada por la actora vulnera el derecho de defensa consagrado en el precepto 26 de la Carta Política y que si se confronta el acto acusado con este canon constitucional "se desprende a primera vista y sin ningún esfuerzo intelectual que aquél al establecer que el funcionario objeto de una investigación disciplinaria estará asistido por un apoderado de oficio que será un abogado en ejercicio del mismo organismo en el cual presta sus servicios, quebranta tal derecho de defensa (...) ya que no puede negarse que dicho profesional por pertenecer a la nómina de la entidad oficial, quien es su patrono, tiene un vínculo jurídico con ella que, en una u otra forma lo hace deberse primeramente a ella y que por lo tanto, podría empeñar su actividad abogadil de consejería en pro del investigado".

El auto suplicado, pues, en primer término reputa como inconstitucional el acto acusado y, en segundo lugar, sienta una doble presunción antitética del abogado apoderado de oficio: que, por una parte, por pertenecer a la nómina de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios se debe primeramente y "en una u otra forma" a ella, por ser su patrono, al cual está ligado, por un vínculo jurídico, es decir, que debe ser leal con su patrono, y simultáneamente, por otra parte ("y que por lo tanto" apunta en forma seguida el auto impugnado") "podría empeñar su actividad abogadil (sic) de consejería en pro de investigado".

Al respecto, en primer término ha de anotarse que ciertamente, *prima facie*, no aparece o no se percibe, de la sencilla comparación entre el inciso quinto del artículo 32 acusado y el artículo 26 de la Constitución, que resulte quebrantado el derecho de defensa, puesto que como es preciso mirar tal inciso frente no sólo a todo el articulado del Decreto reglamentario 0482, sino ante todo frente al largo artículo 32 al cual pertenece y que trata justamente de cómo puede defenderse el investigado, a través de sus descargos, del pliego de cargos que se le formule, comoquiera que dicho artículo 32 del Decreto 0482 dispone en su inciso inicial que el oficio contentivo de los cargos que se le eleven "se entregará personalmente al investigado en su lugar de trabajo", para ordenar en su segundo inciso que si "el investigado se negare a firmar (una copia del oficio que se le entregue personalmente), el comisionado para el efecto dejará constancia de tal hecho en la copia del respectivo oficio y firmará un testigo". Para resguardar precisamente dicho derecho de defensa, el inciso siguiente (tercero) del mismo artículo 32 manda perentoriamente: "Si el empleado se encuentra desvinculado de la entidad o suspendido del empleo que desempeña se solicitará su presentación ante el investigador para hacerle entrega del pliego de cargos, mediante telegrama dirigido a la dirección resi-

dencial que aparezca registrada en su hoja de vida o de la que se tenga noticia por cualquier medio, dejando constancia de ello en el expediente". Esto significa, simplemente, que se busca al empleado (o exempleado o suspendido, según el caso) para que se presente a hacer efectivo su derecho de defensa. Pero es más todavía: el inciso cuarto de este artículo 32 preceptúa lo siguiente, con lo cual se precave indudablemente, si es que esto fuera menester, el tan mentado derecho de defensa del investigado: "Si transcurridos cinco (5) días hábiles, contados a partir de la fecha de envío del telegrama, el investigado no se presentare a notificarse de los cargos, se le designará de oficio un apoderado y se continuará la investigación hasta su culminación". Y a continuación viene el inciso final (ó 5º) atacado por la demandante, que dice: "Se designará como apoderado de oficio a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios. Si ello no fuera posible, se recurrirá para el efecto a la lista de auxiliares de la justicia". Es decir, que en ninguna circunstancia el investigado carecerá de defensa cumplida por un abogado en ejercicio o, lo que es lo mismo, que no se vulnerará por ningún aspecto ese derecho de defensa, sino que de toda suerte habrá de ser ejercido, practicado, realizado. Una acotación más: la asistencia jurídica al investigado es más efectiva a través de un abogado de la entidad, que esté laborando ahí, al lado del cuestionado disciplinariamente y por tanto vigilado por sus compañeros de trabajo y por sus superiores, que por un auxiliar de la justicia, quien por lo general, a disgusto cumple con la obligación impuesta, si es que llega a cumplirla.

Con esto, pues, se reitera, en nada queda menoscabado o lesionado el derecho de defensa del empleado en ejercicio (o suspendido provisionalmente o exempleado, según las circunstancias) de la institución que sea objeto de averiguación disciplinaria, sino que las medidas adoptadas en la forma como se dejan someramente expuestas en conjunto, aseguran la comparecencia del investigado al proceso disciplinario personalmente o a través de apoderado (o defensor de oficio) y, por ende, se ampara, se hace patente su derecho de defensa.

En segundo término, pero plenamente emparentado o concatenado con lo que se acaba de apuntar, precisa señalar cómo no se puede, *ab initio*, presumir que el "abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios" que sea designado "como (su) apoderado de oficio", se deba primeramente a su patrono, a la entidad oficial, y al mismo tiempo, tal como lo dice la providencia impugnada y como se ha dejado transcrita en parte más arriba, ese mismo abogado teniendo "un vínculo jurídico con ella (la entidad) que, en una u otra forma lo hace deberse primeramente a ella", "por lo tanto", pueda "empeñar su actividad abogadil (sic) de consejería en pro del investigado". Tales actividades, por ser coetáneas y sin duda antitéticas, no pueden presumirse de entrada, comoquiera que en nuestro aparte legal sigue siendo válida la presunción contraria, es decir, la presunción de buena fe, por una parte, y por la otra, que si cabe sacar o partir de una presunción es con justicia la atinente a que tal abogado apoderado de oficio, si a alguein se debe primeramente, no es a la entidad a la cual presta sus servicios, sino esencialmente a la propia Constitución Nacional, a la ley, al ordenamiento jurídico y al cabal cumplimiento de sus funciones, puesto que, como lo prescribe

llanamente nuestro Estatuto Máximo, "Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución y de cumplir con los deberes que le incumben". El mejor servicio que le puede prestar un empleado a la entidad en donde trabaja, más aún si es abogado y respeta la dignísima profesión del Derecho, es acatar severamente el juramento que prestó al posesionarse.

Así las cosas, pues, se hace necesario revocar el literal f) de la providencia atacada en súplica por el Fiscal Primero de la Corporación y en su defecto denegar la suspensión provisional impetrada, dadas las consideraciones que anteceden.

En mérito de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en consonancia con su colaborador del Ministerio Público,

*Decide:*

*Primero.* Revocar el literal f) del auto de fecha 21 de abril de 1986, materia de súplica.

*Segundo.* Denegar la suspensión provisional del inciso quinto del artículo 32 del Decreto reglamentario número 0482 de 19 de febrero de 1985.

*Tercero.* Vuelva el expediente al Despacho del H. Consejero ponente, para que siga el proceso en referencia su trámite normal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha ocho de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

*Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey,* no asistió; *Samuel Buitrago Hurtado.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

# CAPITULO III

## RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

*ACTO ADMINISTRATIVO. Promulgación y Publicidad.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., siete de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso Nº 073. Actor: Hélmer Zuluaga Vargas.

El ciudadano y abogado Hélmer Zuluaga Vargas, en ejercicio de la acción de nulidad contemplada en el artículo 84 del C.C.A., ha demandado ante esta Corporación para que se declare la nulidad de la Resolución número 04244 de 28 de abril de 1983 expedida por el señor Ministro de Salud Pública; en subsidio de la anterior solicitud que se declare la nulidad de los artículos 2º, 3º y 4º de la mentada Resolución, y, en subsidio de esto último pide que se declare la nulidad de su artículo 4º.

*El Acto Acusado.*

Lo es, como se dijo, la Resolución número 04244 de 28 de abril de 1983 dictada por el señor Ministro de Salud y cuyo texto es el siguiente:

"Resolución número 04244 de 1983, 28 de abril de 1983.

Por la cual se ordena la revisión de unos productos cosméticos licenciados o registrados en el Ministerio de Salud.

*El Ministro de Salud*

En uso de sus atribuciones legales especialmente las conferidas por los Decretos 281 de 1975 y 522 de 1976,

*Resuelve:*

*Artículo Primero.* Ordenar la revisión de oficio de los productos cosméticos que contengan HIDROQUINONA.

*Artículo Segundo.* Conceder un plazo de sesenta (60) días a partir de la vigencia de la presente Resolución para que los titulares de los Registros o Licencias a que se refiere el artículo anterior, presenten a estudio de la División de Vigilancia de Productos Bioquímicos los productos en referencia.

*Artículo Tercero.* Los Registros o Licencias de los productos cosméticos de que trata esta Resolución que no sean presentados durante el tiempo estipulado en el artículo anterior, serán cancelados.

*Artículo Cuarto.* La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Publíquese y cúmplase.

Dada en Bogotá, D. E., a 28 de abril de 1983.

*Jorge García Gómez,* Ministro de Salud.

*Luis Alberto Tafur Calderón,* Secretario General.

*I. Fundamentos de la demanda*

A. Los hechos.

Como tales señala el actor los siguientes:

a) El Ministerio de Salud Pública procedió a darle obligatoriedad a la Resolución número 04244 acusada antes de su promulgación y publicación.

b) Dicha Resolución no ordena comunicar, ni citar, ni notificar a las personas interesadas que pudieran resultar afectadas, según los registros que lleva tal Ministerio.

c) El Ministerio sin competencia para ello creó un nuevo modo de iniciación del proceso gubernativo, esto es, "de oficio mediante presentación obligatoria de la solicitud de revisión" por parte del titular del registro.

d) Crea el Ministerio de Salud en el artículo 3º de la Resolución, sin competencia para ello, y con pretermisión de los requisitos legales, una nueva causal de cancelación automática de los registros sanitarios.

B. Disposiciones violadas y concepto de la violación.

Se sintetizan así:

a) Se puso en vigencia la Resolución 04244 sin observarse los artículos 52 y 53 del C. de R. P. y M. y el artículo 43 del Decreto 01 de 1984 (nuevo C.C.A.).

b) Desconoció la Resolución los artículos 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959 porque no dispuso notificación alguna a las partes interesadas, ni a terceros interesados, por ello "la notificación es inexistente" y el acto administrativo ineficaz.

Del mismo modo no se tuvieron en cuenta los artículos 28, 14 y 15 del Decreto 01 de 1984 respecto de actos administrativos atinentes a situaciones administrativas iniciadas de oficio, que imponen el deber de hacerlas conocer a terceros determinados, titulares de registros que lleva la misma autoridad, así: por los medios de comunicación

mediante citación y comunicación mediante publicación, si no fuere posible la citación. Y para terceros no determinados por publicación.

c) Se transgrede el artículo 73 del Decreto 281 de 1975 por las siguientes razones: el acto acusado carece de motivación, convierte ilegalmente la revisión oficiosa de todo registro vigente en revisión a solicitud de parte y convierte asimismo la solicitud potestativa del titular en solicitud obligatoria, so pena de cancelación del registro.

Igualmente se crea de manera ilegal un nuevo y tercer modo mixto de iniciar el proceso gubernativo de revisión de los productos registrados porque no existe norma superior que "establezca el deber u obligación legal, a cargo de los administrados, de presentar solicitud de revisión oficiosa de tales productos, dentro de un término perentorio, so pena de cancelación del registro".

d) La Resolución acusada es triplemente violatoria del artículo 75 del Decreto 281 de 1975 por lo siguiente: dispone la cancelación automática o *a priori* del registro, sin previos análisis e investigación y comprobación; dispone la cancelación automática de los registros tanto ajustados como no ajustados a la ley, infringiendo los principios de previo análisis e investigación, comprobación y audiencia de parte.

e) Quebranta la Resolución impugnada el artículo 76 del Decreto 281 de 1975 por lo siguiente: introduce una nueva causal de cancelación de registro de entre las contempladas en ese texto (con las adiciones del Decreto 5512 de 1976), pues dentro de las once causales comprendidas en éste no existe la consistente en que si no se presentan a revisión los productos cosméticos registrados en el tiempo ordenado por el Ministerio se cancelan automáticamente los registros o licencias concedidos. Ni siquiera por analogía podría darse entrada a esta causal porque las normas sancionatarias por ser de estricta interpretación no lo permiten. Además la actividad administrativa es reglada y por ello la Administración no puede realizar una distinta a aquella por la cual está facultada.

### *II. Alegato de conclusión del actor*

a) Lo que él ha alegado es que no obstante no haberse hecho aún la promulgación o publicación de la resolución acusada, ésta aparece ordenada que "rige a partir de la fecha de su expedición".

b) Adjunta copia de la Resolución General número 00010 de 1977 del Ministerio de Salud Pública, según la cual el producto llamado Hidroquinona no está incluido en la lista de productos de "control especial".

### *III. Concepto del Fiscal*

El H. Fiscal Primero ante esta Corporación es de opinión que las pretensiones de la demanda deben prosperar y para ello se apoya en las siguientes razones:

1. Tiene razón el actor "en sus argumentaciones dirigidas a demostrar la infracción de las disposiciones acusadas a los artículos 52

y 53 de la Ley 4ª de 1913 (C. de R. P. y M.), en cuanto que la Resolución que los contiene en su artículo 4º determina que ella rige a partir de la fecha de su expedición —antes de su publicación—, y además, nunca fue publicada, impidiendo que los administrados a quienes va dirigida tengan conocimiento pleno del momento en que comienza su vigencia, para que a partir de ella se hagan las previsiones necesarias con miras al cumplimiento de las exigencias que la Resolución impone".

2. Sobre el particular transcribe apartes de las sentencias de 24 de septiembre de 1971 y 25 de enero de 1983 (Sala Plena) del Consejo de Estado para concluir que son aplicables al caso *sub lite* porque "...el artículo 4º de la Resolución 04244 de 28 de abril de 1983 determina que 'la presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición', cuando en el artículo 2º y 3º consagra obligaciones a los titulares de registro o licencias de productos cosméticos que contengan 'HIDROQUINONA', penalizando con la cancelación, aquellos que en el término de seis (6) meses (sic) no hayan presentado sus productos para revisión".

## *IV. Consideraciones de la Sala*

Después de haberse reconstruido el presente proceso con arreglo al Decreto 3825 de 27 de diciembre de 1985, pasa a decidirse:

Como advertencia previa habrá de decirse que las normas del Decreto número 01 de 1984 invocadas como violadas no se considerarán por no encontrarse vigentes al expedirse el acto acusado.

En este proceso también se invocó la medida precautoria de la suspensión provisional, que fue denegada.

Los cargos contra la Resolución impugnada se analizarán en el orden de su formulación, así:

*Primer Cargo.* Acerca de la violación alegada de los artículos 52 y 53 del Código de Régimen Político y Municipal por la Resolución número 04244 del Ministerio de Salud se observa: prevé el primero que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación y su observancia principia dos meses después de promulgada. Consiste aquélla en su inserción en el Diario Oficial. El segundo, contempla los casos de excepción a la norma anterior así: cuando la ley fija el día en que debe empezar a regir o autorice al Gobierno para fijarlo, o cuando por causa de guerra u otra inevitable estén interrumpidas las comunicaciones, en cuyo caso los dos meses se contarán desde que se restablezcan aquellas.

1. En primer lugar hace ver la Sala que si bien es cierto que la Resolución número 04244 acusada dispone en su artículo 4º que "rige a partir de la fecha de su expedición", de otra parte se advierte también que al final de su texto ordena su "publicación" y "cumplimiento".

Lo precedente quiere decir a la luz de las normas señaladas como transgredidas, que la Resolución no puede entrar a regir desde la fecha de su emisión sino desde la fecha de su publicación, hecho este último que también se contempla en ella y por ello se anulará su artículo 4º. En el lapso entre una y otra data el acto administrativo no será obli-

gatorio para los administrados quienes podrán oponerse a su aplicación, salvo como es obvio que se dé la circunstancia de la notificación personal que se contempla en el numeral 2 siguiente.

2. No debe perderse de vista que la Resolución va dirigida a titulares de registros o licencias de productos llevados por el mismo Ministerio de Salud lo que supone razonablemente desde el punto de vista práctico que éste no podría ponerla en ejecución en abstracto sino que tendría como paso previo que darla a conocer a cada uno de ellos en particular, para así dar comienzo al procedimiento de revisión oficiosa de los productos cosméticos a que la Resolución se refiere.

De todas maneras, cada titular en su caso concreto tendrá a su alcance no sólo los recursos de la vía gubernativa sino las acciones contencioso administrativas para defenderse de una falta de notificación, en los términos expresados, de la actuación administrativa que el Ministerio iniciara y que lo perjudicara.

3. No puede un ordenamiento jurídico prescindir de la exigencia de la promulgación, sobre cuyo hondo sentido social han trabajado incluso los filósofos, Santo Tomás entre ellos. Antes que disminuir la importancia de ese acto trascendental para la comunidad que es la promulgación, la nueva legislación viene a regularlo cada vez con mayor detalle. Es lo que ocurre con la Ley 57 de 5 de julio de 1985 "por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales", que es expresa y categórica en afirmar que "sólo regirán después de la fecha de su publicación" en el Diario Oficial los siguientes actos del orden nacional:

a) Los actos legislativos y las leyes que expida el Congreso Nacional.

b) Los decretos del Gobierno.

c) Las resoluciones ejecutivas, de los actos del Gobierno, de los ministerios, de los departamentos administrativos, de las superintendencias y de las juntas directivas o gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tengan alcance e interés generales, y

d) Los actos de naturaleza similar a la señalada en el literal anterior que expidan otras autoridades por delegación que hayan recibido o por autorización legal. (arts. 2º y 8º).

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 los ciudadanos sus intereses si fuere el caso.

De todo ello surge que el consabido ukase consistente en decir que el acto "rige a partir de su expedición" carece de toda trascendencia jurídica y más bien se interpreta como decisión arbitraria y despreciativa para los miembros de la colectividad.

*Segundo Cargo.* Transgresión de los artículos 10, 11 y 12 del Decreto 2733 de 1959.

Disponen estas norma lo siguiente:

"*Artículo 10.* Las providencias que ponen fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado, dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición.

"*Artículo 11.* Si no se pudiere hacer la notificación personal, se fijará un edicto en papel común en lugar público del respectivo despacho, por el término de cinco días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia.

*Parágrafo 1º* Las providencias que afecten a terceros, que no hayan intervenido en la actuación, se notificarán personalmente a éstos. Si ello no fuere posible, se publicará su parte resolutiva, por una vez, en el Diario Oficial.

*Parágrafo 2º* En el texto de la notificación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra la providencia de que se trata.

"*Artículo 12.* Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la respectiva providencia, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales".

Se observa:

Del examen sistemático que la Sala realiza de la normación pretranscrita, concluye que no es aplicable el caso *sub júdice.* En efecto: dichas normas giran en torno a providencias que finalizan una actuación administrativa para proveer que en primer lugar se notifique personalmente a quien viene interviniendo en ella, si no es posible lo anterior la notificación se hará por edicto y si afecta la providencia a terceros "que no hayan intervenido en la actuación" se notificará personalmente a ellos y si no fuere posible, se publicará en el Diario Oficial.

La Resolución acusada en cambio es de carácter general y no constituye la culminación de actuación administrativa alguna.

*Tercero, cuarto y quinto cargos.*

Se hacen consistir en el quebranto de los artículos 73, 75 y 76 del Decreto 281 de 21 de febrero de 1975 del Gobierno Nacional —reformado en parte por el Decreto reglamentario 522 de 18 de marzo de 1976— y "por el cual se reglamenta el registro de medicamentos, productos alimenticios, cosméticos, materiales de curación, plaguicidas de uso doméstico, detergentes y de otros productos que inciden en la salud".

Los textos anteriores y el artículo 74 del Decreto 281 citado, son del siguiente tenor:

"Artículo 73. El Ministerio de Salud Pública podrá ordenar en cualquier momento de oficio o a petición de cualquier interesado, la revisión de todo registro vigente. Las solicitudes de revisión deben presentarse por escrito y personalmente. También, mediante resolución motivada, podrá ordenarse de oficio la revisión de un grupo de registros.

Las revisiones de que trata este artículo no causarán derechos.

"Artículo 74. El objeto de la revisión oficiosa es determinar si el producto se ajusta a las condiciones del registro correspondiente y a las disposiciones sobre la materia.

"Artículo 75. En caso de revisión oficiosa se tomarán las muestras necesarias del producto, se harán los análisis e investigaciones conducentes y si se comprobaren violaciones de este decreto se cancelará el registro (modificado por el Decreto 522 de 1976).

"Artículo 76 (sanciones). Habrá lugar a la cancelación del registro en los siguientes casos:

a) Cuando se efectuare cualquiera de los cambios previstos en el artículo 69 sin haberse cumplido con los requisitos reglamentarios.

b) En el caso del artículo 75 del presente decreto.

c) Cuando, a juicio de la Comisión Revisora y de acuerdo con el estado de la técnica y los avances científicos, se considere que el producto carece de los efectos o propiedades que se le atribuian a tiempo de su expedición o que es peligroso para la salud.

d) Cuando se altere o se adultere la composición del producto.

e) Cuando se compruebe que, sin autorización del Ministerio de Salud Pública, el producto se fabrica en laboratorio o establecimiento industrial distinto del que se tuvo en cuenta para aprobar el registro o su renovación.

f) Cuando el producto registrado tuviere presentación comercial, empaques, etiquetas o envases diferentes de los aprobados por el Ministerio de Salud Pública.

g) Cuando se hiciere propaganda por medios de información no permitidos por este decreto o se suministraren informes sin la aprobación previa del Ministerio de Salud Pública se llevare a cabo propaganda carente de dicha aprobación.

h) Cuando el titular ampare con el mismo número de registro otro u otros productos.

i) En los casos contemplados en el artículo 78.

j) Cuando el titular del registro o el laboratorio fabricante no cumplieren con las disposiciones legales y los requisitos exi-

gidos por el Ministerio de Salud para la producción, distribución y venta de los productos de control especial, así como de sus materias primas.

k) Cuando se encuentre vencida la licencia de funcionamiento del laboratorio o industria" (Estos dos últimos literales fueron agregados por el Decreto 522).

Se observa:

Estudiados en su conjunto los preceptos anteriores encuentra la Sala que no se dan las infracciones legales que se endilgan al acto impugnado.

En efecto:

1. No es cierto que la Resolución número 04244 carezca de motivación, pues, se funda precisamente en los Decretos 281 de 1975 y 522 de 1976 que facultan al Ministerio de Salud para tomar la medida adoptada en ella, relativa a la revisión de unos productos cosméticos licenciados o registrados.

2. Tampoco introduce la Resolución un modo mixto de dar comienzo al proceso gubernativo de revisión de los productos revisados, ni por ende crea una nueva causal de cancelación de registro.

Y ello es así por las siguientes razones:

a) Prevén los artículos 73, 74 y 75 que la revisión de productos que afectan la salud puede ser de oficio o a petición de parte interesada. Y también que mediante resolución motivada pueda el Ministerio ordenar la revisión de oficio de un grupo de registros.

Tiene como finalidad la revisión oficiosa establecer si el producto se acomoda a las especificaciones correspondientes y a los preceptos legales que regulan la materia.

En tratándose de la revisión oficiosa se tomarán las muestras del producto, los análisis e investigaciones a que haya lugar y si se comprueban violaciones se impondrán las condignas sanciones.

b) Pues bien lo que sucede en el caso objeto de la litis es que, al ordenar el Ministerio de Salud la revisión de los productos cosméticos a que se refiere la Resolución 04244 y someterlos al examen de su División de Productos Químicos está sencillamente ejercitando su facultad, oficiosa al respecto; y al solicitar a los titulares de registros o licencias de dichos productos la presentación de estos para su análisis está utilizando un procedimiento de investigación quizá más cómodo para ellos, pues de lo contrario podría llevarla a cabo directamente en los laboratorios de ellos. En todo caso para tomar la decisión definitiva de entrar o no a cancelar un registro, deberá preceder la investigación y análisis del caso sobre las muestras aportadas.

Mas como no podría quedar *ad libitum* de los titulares de los registros someterse o no a la revisión ordenada por el Ministerio, se les concede un plazo razonable de 60 días para que presenten los productos respectivos ante el mismo. No hacerlo conlleva la cancelación del registro, pues no otra puede ser la sanción para quien desobedezca la facultad legal de revisión oficiosa del Estado.

De todo lo anterior se sigue también que por sustracción de materia no se introduce causal nueva de cancelación de registro, ya que la oficiosa explicada está contemplada como tal en el artículo 76, literal b) del Decreto 281 de 1975.

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

*Falla:*

*Primero.* Declárase la nulidad del artículo 4º de la Resolución 04244 de 28 de abril de 1983 expedida por el señor Ministro de Salud.

*Segundo.* Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 19 de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD. AGENTES DEL MINISTERIO DE SALUD PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA POLITICA NACIONAL DE SALUD.*

*No son en rigor otra cosa, que subalternos que actúan en su nombre en las actividades específicas que les señale el superior jerárquico.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.*— Bogotá, D. E., once de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor Nelson Zuluaga Ramírez. Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 114. Autoridades Nacionales. Actor: Rodrigo Palma Vengoechea.

El Doctor Rodrigo Palma Vengoechea, en su carácter de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicita la declaratoria de nulidad de la Resolución número 5038 de 29 de mayo de 1981, dictada por el señor Ministro de Salud. "Por la cual se hace una delegación".

El acto acusado está concedido en los siguientes términos, en lo pertinente:

"El Ministro de Salud en uso de sus facultades legales, y en especial las otorgadas por el Decreto 350 de 1975, y

*Considerando:*

"Que la Ley 8ª de 1971 establece como función del Ministerio de Salud, la organización y ubicación de las droguerías y farmacias en los diferentes barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieren tal servicio en función del número de habitantes, condiciones socio-económicas, proximidad de un establecimiento a otro, con el objeto de expedir en el futuro los permisos de apertura o de traslado de tales establecimientos, de acuerdo a una distribución más racional y planificada en procura de que se cumpla la función social a que están determinadas por mandato de la ley.

"Que mientras se expida la reglamentación de la Ley 09 de 1977 (Código Sanitario), Título VI, Drogas, Medicamentos, Cosméticos y Similares, se hace necesario delegar en los Jefes de los Servicios Seccionales de Salud esta función.

"Que según lo consagrado en el artículo 5º del Decreto 350 de 1975, los jefes de los Servicios Seccionales de Salud actúan como agentes del Ministerio de Salud para el cumplimiento de la política nacional de salud,

*Resuelve:*

"*Artículo Primero.* Delegar en los jefes de los Servicios Seccionales de Salud, la función establecida en el Parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 8ª de 1971.

"*Artículo Segundo.* Los jefes de los Servicios Seccionales de Salud promulgarán las respectivas providencias tendientes al cumplimiento de lo aquí establecido".

*La demanda:*

En los hechos de la demanda alude el demandante al acto acusado cuyo contenido transcribe. Destaca además el Parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 8ª de 1971 al que se remite el artículo 1º de la resolución demandada, que dice:

"*Parágrafo 2º* Para que las Farmacias y Droguerías no se aglutinen en los denominados sectores comerciales el Ministerio de Salud procederá a estudiar y fijar los barrios, zonas, sectores y lugares que preferencialmente requieren tal servicio en función del número de habitantes, condiciones socio-económicas, proximidad de un establecimiento comercial a otro, con el objeto de expedir en el futuro los permisos de apertura o de traslado de tales establecimientos, de acuerdo a una distribución más racional y planificada en procura de que se cumpla la función social a que están determinadas por mandato de la ley".

Como normas violadas se citan los artículos 1 a 32 del Decreto 350 de 1975, los artículos 63 y 120-3 de la Constitución Nacional y el artículo 1º de la Ley 8ª de 1971.

En cuanto al concepto de la violación, refiere en primer término, que en parte alguna de los artículos 1 a 32 del Decreto 350 de 1975 se faculta al Ministro de Salud para delegar funciones que por mandato legal son de su exclusiva competencia, de acuerdo con el Parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 8ª de 1971. Agrega que si bien es cierto que el artículo 5º, literal a) del Decreto 350 de 1975, que expresamente cita la Resolución, atribuye a los jefes de los Servicios Seccionales de Salud la función de "Actuar como Agente del Ministerio de Salud Pública para el cumplimiento de la política nacional de salud", la realidad es que "esta circunstancia no significa que el Ministro de Salud pueda desprenderse, cuando lo estime conveniente, de una parte o de todas sus funciones y otorgárselas a los jefes Seccionales de Salud". Finalmente, que el artículo 63 de la Carta, que establece que "no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento", fue igualmente quebrantado, por cuanto ninguna norma faculta al Ministro de Salud para delegar las funciones a que se refiere el acto acusado. Y que mediante este

el Ministro, "no hizo más que reglamentar el artículo 1º de la Ley 8ª de 1971 o sea que ejerció una facultad que corresponde al Presidente de la República", al tenor del artículo 120, ordinal 3º de la Carta.

*Concepto Fiscal:*

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en algunos apartes de su concepto de fondo expresa lo siguiente:

"Ahora bien, la función delegada hace relación a la distribución planificada y racionalizada que debe hacer el Ministerio de Salud en el estudio y fijación zonal y sectorial de las Farmacias y Droguerías, a efectos de la expedición de permisos de apertura y traslado de dichos establecimientos, que debe dar el Ministerio, para que ellos cumplan la función social que la ley les determina.

"Dicha función fue radicada en el Ministerio de Salud por el Parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 8ª de 1971, y de conformidad con el artículo 21 del Decreto-ley 1050 de 1968, puede ser delegada, pero en los subalternos del Ministerio de Salud, 'hasta el nivel de jefe de sección' ".

"Considera la Fiscalía que la función delegada en el acto que se acusa, aunque era factible su delegación, como ya se indicó, no era procedente hacerla en los jefes de los Servicios Seccionales de Salud, porque dichos organismos no forman parte de la estructura administrativa del Ministerio de Salud, así esté adscrita a él.

"En efecto, el Decreto-ley 1050 de 1968 en su artículo 1º determina la integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público a nivel central, estableciendo como organismos principales de la administración, la Presidencia, los Ministerios y Departamentos Administrativos; los demás, están adscritos a los principales.

"Para el Despacho, el Sistema Nacional de Salud en su conjunto es una unidad administrativa especial, similar o de las mismas características a la que consagra el inciso 3º del artículo 1º del Decreto-ley 1050 de 1968, y como tal, no puede ser delegatario de las funciones legales asignadas al Ministro de Salud, sino en virtud de ley que expresamente lo permita. Como la Ley 8ª de 1971 así no lo consagra, mal puede el Ministerio *motu propio* delegar la función radicada en el Ministerio bajo su cargo. En concepto de la Fiscalía, procede el cargo imputado al acto demandado y, por ende, debe decretarse la nulidad impetrada".

*Consideraciones de la Sala:*

Como ya se anotó, el Parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 8ª de 1971 otorga al Ministerio de Salud la función de estudiar los barrios, zonas, sectores y lugares que requieren el servicio de las Farmacias y Droguerías, teniendo en cuenta los diversos factores que relaciona la misma norma. Como quedó visto en la transcripción del contenido de la Resolución acusada, el Ministerio de Salud se apoyó en el artículo 5º del Decreto 350 de 1975 para proceder a delegar en los jefes de los Servicios Seccionales de Salud la función estatuida en el citado

"parágrafo". El referido artículo 5º, como ya se anotó, estatuye que los jefes de los Servicios Seccionales de Salud actuando como agentes del Ministerio de Salud para el cumplimiento de la política nacional de salud.

Sostienen tanto el demandante como el Fiscal 1º de la Corporación que la precitada norma no faculta al Ministro de Salud para delegar parte de sus funciones, en la forma como lo hizo, dice el señor Agente del Ministerio Público que por el contrario la norma aplicada al caso de autos sería exclusivamente el artículo 21 del Decreto 1050 de 1968 que autoriza a los Ministros y jefes de Departamentos Administrativos para delegar sus funciones legales en sus subalternos, únicamente "hasta el nivel de jefes de sección... salvo disposición en contrario".

La "disposición en contrario", que permite al Ministro de Salud delegar en los jefes Seccionales de Salud las funciones atinentes al cumplimiento de la política nacional de salud, es precisamente el artículo 5º del Decreto 350 de 1975. Si estos funcionarios son, por mandato legal, "agentes" del Ministerio para los fines aludidos, no son en rigor otra cosa que subalternos que actúan en su nombre en las actividades específicas que se les señale por su superior jerárquico.

Tanto da que se diga que los jefes de los Servicios Seccionales de Salud, al expedir los permisos de apertura o de traslado de las Droguerías y Farmacias, en virtud del acto acusado, lo hacen como "agentes" o como "delegados", pues en ambos casos ejercerán idéntica función: actuar como subalternos del Ministro de Salud en materia específicamente fijada por este. Se trata aquí de un problema de terminología, carente de importancia, que en últimas podría ser zanjado por la previsión exceptiva contenida en la norma traída a cuento por el señor Fiscal.

Son suficientes las precedentes consideraciones para concluir que la delegación contenida en el acto acusado no infringió ninguna norma de estirpe superior, por lo cual la acción incoada ha de decidirse desfavorablemente.

En virtud 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 Ministerio Público y en desacuerdo con él,

*Falla:*

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La sentencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 30 de octubre de 1986.

*Simón Rodríguez Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey.*

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

*ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION DE INVALIDEZ.*

*La incompatibilidad entre estas dos prestaciones no es de esencia ni afecta el nacimiento ni la existencia de ninguna de ellas, sino de disfrute, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución Nacional. El artículo 43 del Decreto 612 de 1977 no estableció la compatibilidad en el disfrute de las dos prestaciones sino que, sobre la base de la existencia jurídica de ambas, dio al beneficiario la facultad de optar por la más favorable.*

*PENSION DE INVALIDEZ Y ASIGNACION DE RETIRO. Incompatibilidad.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº 277-9776. Resoluciones Ministeriales. Actor: Luis Alcibíades Hernández Castellanos.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Luis Alcibíades Hernández Castellanos contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de abril de 1983, mediante la cual dicha Corporación se declaró inhibida para pronunciarse de fondo respecto de las súplicas de la demanda que el recurrente había presentado, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, libelo en el cual solicitó:

"Que mediante sentencia se decrete la nulidad de la Resolución número 2103 del 10 de septiembre de 1980, en cuanto negó la pensión por invalidez a mi mandante. Que como consecuencia del anterior pronunciamiento y con el fin de restablecer los derechos subjetivos desconocidos por la providencia acusada, se decreten los siguientes reconocimientos:

"1. Una pensión del ciento por ciento (100%) con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, pagadera por mensualidades vencidas y a favor del señor Hernández Castellanos Luis Alcibíades, equivalente a la totalidad del sueldo básico y primas computables que en todo tiempo devengue un miembro uniformado del Ejército Nacional, con el grado de sargento 2º y por todo el tiempo que subsista la incapacidad. De los valores reconocidos se descontará lo que mi mandante haya recibido por concepto de sueldo de retiro.

"2. La correspondiente indemnización, que ha de pagarse en los casos de incapacidad absoluta, en la cuantía que resulte de multiplicar la asignación mensual de un sargento 2º por 36 meses. De la suma de pesos que resulte por este concepto se descontará la cantidad que haya recibido el señor Hernández Castellanos Luis Alcibíades a título de indemnización por incapacidad relativa y permanente" (folio 5 del expediente).

Son hechos de la demanda:

"1. El señor Hernández Castellanos Luis Alcibíades, ingresó al Ejército el día 24 de enero de 1966 y fue retirado el 1º de febrero de 1978, en que fue retirado por el Departamento de Sanidad por considerarlo no APTO.

"2. La Sanidad Militar al definirle a mi mandante su situación médico-laboral, dijo lo siguiente en acta de junta y consejo médico del 29 de abril y 8 de junio de 1976 respectivamente.

"a) Presenta una depresión endógena, que le determina una incapacidad relativa y permanente.

"b) NO ES APTO.

"c) De acuerdo con el reglamento de incapacidades (Decretos 1378 de 1967, 382 y 2728 de 1968) le corresponde por depresión endógena numeral 2-030-c, índice lesional de Dieciocho (18).

"3. Por Resolución número 8626 del 27 de diciembre de 1977, el Ministerio de Defensa Nacional, reconoció a mi mandante señor Hernández Castellanos Luis Alcibíades, el pago de una indemnización por incapacidad de conformidad con el índice lesional fijado en las actas médicas.

"4. Mediante solicitud del 9 de agosto de 1979 pedí al Ministerio de Defensa Nacional, el reconocimiento y pago de una pensión por invalidez, para el señor Hernández Castellanos Luis Alcibíades a la cual se le dio respuesta mediante Resolución número 2103 del 10 de septiembre de 1980 (folios 2 y 3 del expediente).

Como disposiciones infringidas se indican en la demanda las siguientes: artículo 150, literal a), del Decreto 612 de 1977, capítulo 1º, literal d) del Decreto 1378 de 1967 y artículos 17 y 30, inciso primero, de la Constitución Nacional.

El apoderado del actor expresa así el concepto de la violación:

"Aun cuando la incapacidad que padece el señor Hernández Castellanos Luis Alciades (sic), fue catalogada como relativa y permanente por la Sanidad Militar no deja por ello de ser absoluta. Sobre el particular observamos que las cosas son por lo que resulte de su naturaleza intrínseca o por el valor que les asigne la ley, no importando para el caso el nombre particular que se le dé. El objeto capital de la presente demanda es establecer precisamente que no obstante la calificación de relativa y permanente que la Sanidad dio a la incapacidad de mi mandante, esta reviste en la práctica todas las características de la absoluta y permanente que da lugar a una pensión de

invalidez al tener cabal cumplimiento en este caso los presupuestos que para el efecto contemplan las normas que hemos citado en la presente demanda.

"El Decreto 612 de 1977 en su artículo dice: Incapacidad absoluta. Los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados por incapacidad sicofísica absoluta y permanente o por gran invalidez, tendrán derecho:

"a) A percibir una pensión mensual del ciento por ciento (100%) de las partidas señaladas en el literal b) del artículo 131 de este decreto pagadera por el Tesoro Público.

Estas normas dejadas de aplicar, están en consonancia con la letra d) del Capítulo 1º del Decreto 1378 de 1967, que define la incapacidad absoluta en los siguientes términos:

"d) Incapacidad absoluta y permanente. Es la determinada por lesiones o afecciones que causan la pérdida de la aptitud sicofísica para ocupar cargos en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional en forma definitiva sin ser susceptibles de recuperación por medio alguno".

"El artículo 17 de la Constitución Nacional dice: 'El trabajo es una obligación social y gozará de la especial protección del Estado'. Tratándose de la propia administración, esta debe ser especialmente celosa del cumplimiento de las normas sociales que amparan al trabajador débil y enfermo.

"El inciso 1º del artículo 30 de la Constitución Nacional garantiza los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes.

"Varias son las enfermedades mentales y de la más diversa índole que afectan a los miembros de las Fuerzas Armadas. Invariablemente, todas se traducen en retiro forzoso del servicio activo de quien las padece decretado por la Sanidad Militar, y en todos los casos estas personas se encuentran imposibilitadas prácticamente de por vida para desempeñar una actividad productiva en forma continua.

"Ha sido reiterada la jurisprudencia del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del H. Consejo de Estado, al reconocer pensiones por incapacidad absoluta del interesaso (sic), tomando en cuenta la gravedad de la enfermedad, su naturaleza, las posibilidades de recuperación del paciente, la edad del mismo, el carácter profesional de su actividad y el grado de disminución de su capacidad laboral.

"El caso del señor Hernández Castellanos Luis Alcibíades merece especial atención, pues en él concurren en forma grave todos los elementos descritos. En efecto, en el acta de la junta médica que le fue practicada por la Sanidad Militar encontramos que su "depresión endógena ansiosa" tiene carácter crónico que requiere permanente atención siquiátrica y eventuales hospitalizaciones, concepto ratificado en las conclusiones del tribunal médico militar de revisión. La cronicidad de su afección hace prever que cuando más los médicos mediante una atención permanente podrán con relativo éxito evitar que la enfermedad progrese en forma acelerada. A estas consideraciones debo solicitar que los H. Magistrados consideren el carácter profesio-

nal de la actividad de mi mandante en la institución armada, a la cual sirvió en forma interrumpida y con especial dedicación durante más de doce años y de la cual deriva su propio sustento y el de su familia, pues es hombre casado y con tres hijos. No puede desconocerse el hecho de que la disminución de la capacidad laboral del señor Hernández Castellanos Luis Alcibíades era superior al 75% para la época en la cual se produjo su retiro y que actualmente este porcentaje es muy posible que haya aumentado.

"Por lo anterior, comedidamente solicito a los H. Magistrados acceder a las peticiones de la demanda reconociendo en especial una pensión por invalidez a mi mandante". (folios 3 a 5).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró inhibido para un pronunciamiento de mérito, con base en las siguientes consideraciones:

"Al examinar el expediente se concluye que a folio 27 del cuaderno administrativo obra copia de la Resolución 2106 de 20 de junio de 1978, proferida por la entidad mencionada, por la cual se ordena el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al demandante equivalente al 58% del sueldo de actividad correspondiente a su grado.

"La concurrencia de estas dos pensiones no es jurídicamente posible a partir de la vigencia de la Ley 6ª de 1945, incompatibilidad que continúa vigente en los artículos 31 del Decreto 3135 de 1968 y 88 y 89 del Decreto 1848 de 1969.

"Naturalmente el trabajador puede optar por la prestación que le resulte más favorable, pero, cuando aspire a sustituir una pensión por otra, debe demandar el acto que reconoció la primera, según lo ha definido el H. Consejo de Estado en conocida jurisprudencia.

"Como en el presente caso no fue demandada la providencia que reconoció a favor del acto la pensión de retiro y sin solicitar la sustitución pensional se pretende el otorgamiento de una pensión de invalidez la demanda resulta inepta por tratarse de dos pensiones que desde el punto de vista legal se excluyen" (folios 15 y 16).

Contra la sentencia del Tribunal el apoderado del actor interpuso recurso de apelación y estando el negocio a consideración del Consejo de Estado, fue destruido durante los hechos violentos del 6 y 7 de noviembre de 1985, por lo cual hubo de ser reconstruido, a petición de parte (folios 18, 35 y 36 del expediente).

A folios 25 y 26 del expediente aparece un memorial del apoderado de la Nación —Ministerio de Defensa Nacional—, en el cual se dice:

"El demandante prestó servicios como suboficial de las Fuerzas Militares —Ejército Nacional— durante 17 años habiendo consolidado el derecho al reconocimiento de una asignación de retiro en porcentaje del 58% de los haberes mensuales devengados en el grado de Sargento Segundo. Asignación que se reajusta anualmente con referencia al sueldo básico señalado para dicho grado conforme a las distintas disposiciones legales.

"El fallador de primera instancia declaró configurada la excepción de inepta demanda, al no haberse demandado el acto administrativo expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares que ordenó reconocer la asignación de retiro según Resolución 2106 de 1978, aprobada por el Ministerio mediante Resolución 4599 de ese año.

"El actor fue examinado por la Sección de Medicina del Trabajo la que en dictamen número 66 de 13 de abril de 1982 le señaló una pérdida de su capacidad laboral para las actividades de los servicios en la vida militar, del 75%.

"Si bien en la demanda no se solicitó expresamente la sustitución de la asignación de retiro por la pensión de invalidez, tan sólo se hizo referencia al descuento que debe ordenarse de lo percibido por concepto de sueldo de retiro, y atendiendo el dictamen de Medicina Laboral, aquella deficiencia en los requisitos de la demanda no inhibe a la Corporación para fallar de fondo como lo señaló el H. Consejo en Sala Plena al rectificar su criterio jurisprudencial consignado en varios fallos. Expediente 10912, actor Napoleón Acosta Gualteros. En estas condiciones el actor puede optar por la pensión que le sea más favorable, pero por tratarse de prestaciones incompatibles entre sí no puede percibir las dos.

"Por lo expuesto solicito que de accederse al reconocimiento de la pensión de invalidez, se ordene su pago teniendo en cuenta el sueldo básico y las primas percibidas en actividad por el actor, reajustada conforme a la ley y ordenando descontar lo percibido por concepto de asignación de retiro durante todo el tiempo".

Habiendo culminado la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

*Consideraciones:*

Debe la Sala estudiar, ante todo, si procede en este caso un pronunciamiento inhibitorio, como lo hizo el Tribunal, y por la razón que lo motivó.

El *a quo* se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo, con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, según la cual cuando se pretende sustituir una prestación por otra debe demandarse el acto administrativo que reconoció la primera. Pero esta jurisprudencia, a todas luces equivocada, fue modificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 22 de abril de 1983 (Actor: Napoleón Acosta Gualteros. Ponente: Dra. Aydée Anzola Linares).

La jurisprudencia que acogió el Tribunal es equivocada, pues un acto jurídico no se vicia por hechos o circunstancias posteriores a su nacimiento, constitución o expedición, y si el actor hubiera pedido, con fundamento en su derecho de opción y para efectos de la sustitución de prestaciones, la nulidad de la providencia que le reconoció el derecho a la asignación de retiro, no habría tenido la jurisdicción de lo contencioso administrativo base legal para declararla respecto de un acto administrativo que *por ese aspecto* no violó ningún precepto legal. Dicha providencia no podía viciarse después de su expe-

dición y sólo porque el beneficiario de la prestación reconocida por ella prefiera después, en uso de una facultad legal, acogerse a otra que considera más favorable.

Téngase en cuenta que la incompatibilidad —entre las dos prestaciones— la asignación de retiro y la pensión de invalidez no es de esencia ni afecta el nacimiento ni la existencia de ninguna de ellas, sino de disfrute, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución Nacional, según el cual "nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes". En el caso de la asignación de retiro y de la pensión de invalidez el artículo 43 del Decreto 612 de 1977 no estableció la compatibilidad en el disfrute de las dos prestaciones, sino que, sobre la base de la existencia jurídica de ambas, dio al beneficiario la facultad de optar por la más favorable.

Precisamente, sólo en el supuesto de que se hubieran adquirido los dos derechos y dada la prohibición legal de disfrutarlos en forma simultánea, es posible la opción autorizada por el artículo 143 del Decreto extraordinario 612 de 1977, es decir, la sustitución del uno por el otro. Si uno de ellos no se ha adquirido no es posible la sustitución, como es obvio.

Según el Tribunal habría que anular la providencia que reconoció la asignación de retiro para que se pueda reconocer el derecho a la pensión de invalidez. Pero, entonces, si posteriormente desaparece esta última, v. gr., porque el inválido fue rehabilitado, ¿no tendría derecho a percibir la asignación de retiro, válidamente adquirida por él, si se reunieron en su caso todos los requisitos legales?

La opción implica la renuncia tácita a disfrutar de una de las prestaciones a que se tiene derecho y si es viable, ocasiona la suspensión de los efectos de la providencia que la reconoció y ordenó su pago, mientras se disfruta de la otra, como sucede con la pensión de jubilación cuando el pensionado se reintegra al servicio público, en los casos autorizados por la ley, y entra por lo tanto, a devengar un sueldo.

Ahora, el actor no solicitó la sustitución de la asignación de retiro por la pensión de invalidez ni a la Administración ni ante esta jurisdicción. Pidió al Ministerio de Defensa únicamente el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez y el reajuste de la indemnización que le fue reconocida mediante Resolución 08626 del 23 de diciembre de 1977.

Consta en el expediente que al actor se le reconoció la asignación de retiro, mediante Resolución número 2106 del 20 de junio de 1978 (folios 39 y 40 del expediente).

En la sentencia a que se ha hecho referencia, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo consideró que a pesar de que el actor no había solicitado la sustitución de la asignación de retiro por la pensión de invalidez y que la "demanda no se ciñe a los requisitos mínimos exigidos por la técnica jurídica, pues no se hace alusión alguna al sueldo de retiro que devenga el demandante ni se solicitó expresamente

la sustitución de esta prestación por la pensión de invalidez, como era de rigor hacerlo, esas deficiencias no constituyen inepta demanda y por lo tanto, es el caso de entrar a estudiar el fondo de la controversia".

Aunque el ponente de este negocio no estuvo de acuerdo con ese criterio de que a pesar de las deficiencias anotadas a la demanda no se configuraba la ineptitud de la misma, esta Sala y aquél lo acatan y aplican en este caso en que las fallas son similares, y, por lo tanto, se entra a decidir el fondo de la controversia.

En el caso *sub júdice*, según se desprende del informativo, en actas de Junta y Consejo Médicos números 545 y 546 del 29 de abril y del 8 de junio de 1976, respectivamente, se reconoció que el actor presentaba una depresión endógena, determinante de incapacidad relativa y permanente y que no era apto para el servicio de las Fuerzas Militares, como suboficial, y que de acuerdo con el reglamento de incapacidades, le era aplicable el numeral 2-030-c, con un índice lesional dieciocho (18). Con base en esa calificación se le reconoció al actor sólo la indemnización a que se refiere la Resolución número 08626 del 23 de diciembre de 1977 (folios 42 y 43 del expediente). La incapacidad diagnosticada no daba derecho a pensión de invalidez.

Posteriormente el actor solicitó al Ministerio de Defensa la convocatoria de un Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, el cual, según acta de fecha 23 de noviembre de 1978, ratificó "en todas sus partes las conclusiones de las Actas de Junta y Consejo Médicos números 545 y 546 del 29 de abril y 8 de junio de 1976 respectivamente". Con fundamento en este dictamen, el Ministerio de Defensa, mediante la Resolución número 2103 del 10 de septiembre de 1980, negó el reajuste de la indemnización y el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez que había solicitado el actor (folios 27 a 29 del expediente).

Fue contra esta providencia que el señor Luis Alcibíades Hernández Castellanos accionó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en solicitud del reconocimiento de su derecho a una pensión de invalidez y a una indemnización, basadas en la incapacidad absoluta que según el demandante lo afecta.

En la primera instancia, tramitada en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se rindió concepto por el Jefe de la Sección de Medicina del Trabajo, dependiente del Ministerio del Trabajo y de Seguridad Social, en el cual se lee lo siguiente:

"Me refiero a su oficio número 82-017 de fecha marzo 12 de 1982, para comunicarle que, la revisión y estudio de los datos amnésicos y de los demás elementos de juicio médicos que obran en el informativo sometido a nuestra consideración, los cuales complementan la observación y examen clínicos del momento, permiten establecer que, el Cuadro Semiológico *actual* de la Afección Psiquiátrica que padece el señor Luis Alcibíades Hernández Castellanos, identificada como Depresión Endógena Crónica, le determina la pérdida absoluta y permanente de la aptitud para poder desempeñar las actividades propias del personal combatiente y una disminución de la capacidad laborativa en relación con su edad y el índice lesional dieciocho (18), del

setenta y cinco y medio por ciento (75,5%) para efectuar las ocupaciones u oficios asignados al personal de los servicios en la vida Policial." (folio 8 del expediente. Se subraya).

Según lo anterior, el actor en 1976, cuando se dio el concepto de Sanidad Militar, en 1978, cuando se le retiró del servicio, y en 1980, cuando decidió sobre su caso el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, sólo estaba afectado de incapacidad relativa, que no da derecho a lo que pretende en este proceso. Cuatro años después de su retiro del servicio se produce, dentro del proceso, el concepto de la Sección de Medicina del Trabajo, según el cual *en esa fecha* (13 de abril de 1982), *no cuando se retiró el actor del servicio*, padecía de una disminución de su capacidad laboral equivalente al setenta y cinco y medio por ciento (75,5%) "para efectuar las ocupaciones u oficios asignados al personal de los servicios en la vida Policial". De suerte que el demandante cuando se retiró del servicio y dos años después estaba afectado de incapacidad relativa y sólo cuatro años más tarde de su separación de las Fuerzas Militares se le diagnosticó una incapacidad absoluta.

Según el artículo 150 del Decreto 612 de 1977, "los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares *que sean retirados por incapacidad sicofísica absoluta y permanente* o por gran invalidez, tendrán derecho:

"a) A percibir una pensión mensual del ciento por ciento (100%) de las partidas señaladas en el literal b) del artículo 131 de este decreto, pagadera por el Tesoro Público.

"b) A que se les pague por el Tesoro Público, por una sola vez, la indemnización que corresponda a su lesión, determinada por la Sanidad Militar de acuerdo con el reglamento respectivo.

"c) Al auxilio de cesantía y demás prestaciones correspondientes a su grado y tiempo de servicio.

*"Parágrafo.* Si la incapacidad absoluta o gran invalidez fueren adquiridas como consecuencia de hechos ocurridos en misión del servicio, la indemnización prevista en el literal b) de este artículo se aumentará en la mitad" (Subraya la Sala).

Conforme a la anterior disposición para tener derecho a la pensión de invalidez y a la indemnización por incapacidad absoluta y permanente se requiere que esta exista en el momento del retiro del servicio y no que se presente posteriormente, como es el caso del actor.

No habiendo demostrado el demandante los fundamentos de su pretensión, la Sala habrá de denegar las súplicas de la demanda, previa revocación de la providencia apelada.

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

*Falla:*

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de abril de 1983, y en su lugar, se dispone:

NIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el 14 de noviembre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* ausente con excusa; *Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.,* Secretario.

# CAPITULO IV

## ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

*ABANDONO DEL CARGO.*

*1. ¿Cuándo se incurre en abandono del cargo? (artículo 72 del Decreto 1950 de 1973).*

*2. ¿Cuándo se produce? (artículo 126 del Decreto 1950 de 1973).*

*3. La DECLARACION DE VACANCIA DEL CARGO no constituye una sanción (Reiteración jurisprudencial).*

*4. Abandono del cargo de empleados públicos escalafonados o no en carrera administrativa: Consecuencias.*

*Establèce el artículo 72 del Decreto 1950 de 1973 que "al vencerse cualquiera de las licencias o sus prórrogas el empleado debe reincorporarse al ejercicio de sus funciones. Si no las reasume incurrirá en abandono del cargo conforme al presente decreto".*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., veintinueve de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº 1330. Autoridades Nacionales. Actor: Guillermo Franco Quevedo.

El Doctor Guillermo Franco Quevedo, actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, presentó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, demanda contra el Instituto de Seguros Sociales en la cual se solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Es nula la Resolución número 1651 de abril 18 de 1984, mediante la cual se dispuso "Declarar vacante a partir del 4 de abril de 1984, el cargo de Médico Especialista en Pediatría Seis Horas Servicio de Especialidades Pediátricas Unidad Programática Institucional Rafael Uribe Uribe Clase IV Grado 40 por abandono del cargo del Titular Doctor Guillermo Franco Quevedo" que mi mandante venía desempeñando.

"2. El Instituto de los Seguros Sociales, pagará al Doctor Guillermo Franco Quevedo, los sueldos dejados de percibir, desde la fecha en que fue desvinculado del servicio por la declaratoria de Vacante del Cargo como Médico Especialista en Pediatría Seis Horas Servicio de Especialidades Pediátricas Unidad Programática Institucional Rafael

Uribe Uribe Clase IV Grado 40, hasta el día en que sea restablecido en dicho empleo o en otro igual o de superior categoría y sueldo, dentro de su Especialidad, así como las primas y partidas suplementarias a que tenga derecho.

"3. Para efectos de las prestaciones sociales se entenderá que no ha habido solución alguna de continuidad en las relaciones de servicio público que unía al Doctor Guillermo Franco Quevedo con el Instituto de los Seguros Sociales seccional del Valle del Cauca.

"4. La sentencia deberá cumplirse dentro del término y en las condiciones señaladas por los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley 01 de 1984)" (folio 8).

Los hechos principales de la demanda son los siguientes:

"4. Mi mandante después de 20 años de servicios ininterrumpidos al ISS del Valle, en su especialidad de Pediatría, quien a nivel regional ha sido varias veces reconocido como EL MEJOR. A principios del mes de marzo del año en curso, sintió pequeños movimientos en su cara y brazo derecho, lo cual le hizo pensar que se encontraba en peligro de sufrir una Trombosis Cerebral, pues desde tiempo atrás viene en tratamiento para la Hipertensión Arterial. Por este hecho se trasladó de inmediato a Urgencias del ISS en donde fue atendido por el médico Arcesio Gil, quien le manifestó que pese a la droga que venía recibiendo para el control de su Hipertensión Arterial, la presión estaba muy alta y le ordenó de inmediato otras drogas y visita al Cardiólogo para una revisión, lo que así hizo al siguiente día.

"El médico Cardiólogo Doctor Pérez Starusta, quien luego de ordenarle Radiografías del Tórax, y varios exámenes, le informó a mi mandante que el Colesterol le había subido al igual que su Presión Arterial, razón por la cual le aumentó la dosis de drogas y le recomendó una dieta especial, ejercicios físicos, bajar de peso y llevar una vida más tranquila.

"5. Mi mandante quien por razón de su limpia trayectoria al servicio del ISS en el Valle del Cauca y sus serios quebrantos de salud, tenía pleno derecho a ser incapacitado por el tiempo necesario para su recuperación física, no se le reconoció este derecho, ni siquiera se le insinuó por los médicos tratantes, y él por obvias razones de dignidad personal no lo pidió, muy probablemente por motivo del ambiente de hostilidad que contra mi mandante se había creado a partir de los hechos de que se da cuenta en el hecho 3º de este escrito, razón por la cual solicitó que se le concediera el disfrute de sus vacaciones a las cuales tenía derecho pues desde el mes de noviembre de 1982, no tomaba este descanso legal, derecho que tampoco se le concedió. Se vio precisado a pedir una Licencia sin derecho a sueldo, por el término de 15 días, la cual le fue concedida y designada en su reemplazo a la Doctora Miryam de Carvajal, Médica Especialista en Pediatría.

"6. Estando para vencerse el término de la Licencia sin derecho a sueldo, mi mandante, quien personalmente le había manifestado al Doctor Edgar Angel Arango, Jefe de Servicios Pediátricos del ISS Seccional del Valle, los motivos que tenía para que se le concediera una Licencia, pues no se le había incapacitado, ni reconocido sus vacacio-

nes, consideró, en razón de los quebrantos de su salud que continuaban, con el agravante de que la Lumbangia había aumentado considerablemente a consecuencia de los ejercicios recomendados, como también la presión arterial, hablar con la Doctora Miryam de Carvajal, quien lo venía reemplazando en el cargo, que continuara en él, hasta fines del mes, a lo cual accedió, pues en esa forma podía él continuar con el tratamiento, sin perjuicio alguno del servicio.

"7. La Doctora Miryam de Carvajal, luego de seis días de estar reemplazándolo, en lo que pudiera denominarse 'Prórroga de la Licencia' lo llamó para informarle que había recibido órdenes de suspender su labor, pues el Doctor Angel Arango, se lo prohibía. En ese mismo día fue llamado mi mandante por el mencionado Doctor Angel Arango para que de inmediato se reintegrara a su cargo, citándolo a su Despacho para tratar sobre éste asunto. De inmediato mi mandante se reintegró y se dispuso a entrevistarse con el Doctor Angel Arango, a quien no pudo localizar desde entonces, 11 de abril próximo pasado, fecha en que se reintegró al servicio, y sólo el 23 del indicado mes, el Doctor Angel, se dignó hablarle para preguntarle si había recibido una comunicación, en efecto, horas después le fue entregado el oficio número UPI-0389 de abril 18 de 1984, suscrito por el Jefe de Personal de la Unidad Programática Institucional Rafael Uribe Uribe, informándole la decisión tomada en la Resolución número 1651 de abril 18 de 1984, con efecto retroactivo al 4 del mismo mes, y fotocopia del Télex dirigido desde Bogotá, al Gerente Seccional del ISS por la Secretaria General, señora María Camacho de Samper, transcribiendo la decisión contenida en la citada resolución.

"8. Desde la fecha de su reintegro al servicio el día 11 de abril hasta el 23 del mismo mes del año en curso, mi mandante prestó sus servicios y estuvo listo a rendir las explicaciones que le solicitaran los investigadores, que según la comunicación a él dirigida por el Jefe de Servicios Especiales, Doctor Edgar Angel Arango, el 10 de abril de 1984, se sucedería.

"En la comunicación citada que se distingue con el número SE-P-1237 se le informó que se había solicitado una investigación administrativa a la Dirección de la Clínica, investigación de la cual sólo se conoce el resultado, pues ella se realizó con la total y absoluta ausencia de mi mandante, actuación a todas luces inconstitucional e ilegal, siendo él, el acusado cuya conducta se anunciaba investigar" (folios 10 y 11).

Como disposiciones violadas por el acto administrativo acusado se señalan los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional; 23, literales c), e), i), 35, 48, 49, 58, 60, 61, 68, 73, 74, 75, 76, 77, 82, 87 y 88 del Decreto extraordinario 1651 de 1977.

Luego de comentar los artículos 20 y 62 de la Constitución Nacional y de transcribir, en lo pertinente, las normas que consagran derechos en beneficio de los funcionarios de seguridad social, especialmente en materia de licencia remunerada por enfermedad, lo mismo que las relativas al régimen disciplinario, dice el apoderado del demandante, al exponer el concepto de la violación:

"Como ha quedado suficientemente explicado y del oficio número SE-P-1237 de fecha abril 10 de 1984, que el Jefe de Servicios de Especialidades Pediátricas UPI RUU, Doctor Edgar Angel Arango, le dirigiera a mi mandante, cuyo texto original se acompaña con ésta Demanda, se afirma una seria acusación por presunto abandono del cargo, y se le informa de 'una investigación administrativa que aclare esta situación' investigación que mi mandante esperó confiado de poder explicar y justificar su conducta, pues no había incurrido en ninguna de las causales que pudieran agravar la falta que se le imputaba, pues su Hoja de Servicios era y es limpia, y además estaba de por medio su salud y su vida, cuya protección no es solamente su primordial deber personal, sino también el de las autoridades. Artículo 16 de la Constitución.

"Como es muy seguro que los funcionarios intuyeran esta situación, al parecer eludieron el procedimiento de la investigación en la cual mi mandante, podría con suficientes razones explicar y justificar, repito, su conducta y optaron por el fácil expediente de 'Declarar vacante a partir del 4 de abril de 1984, el cargo de Médico Especialista Pediatría Seis Horas Servicio de Especialidades Pediátricas Unidad Programática Institucional Rafael Uribe Uribe, Clase IV Grado 40, por abandono del cargo del Titular Doctor Guillermo Franco Quevedo', sin investigar las causas o motivos del presunto abandono, con lo cual se desvinculaba a mi mandante del servicio, sin tener que acudir al procedimiento legal, que repito, muy seguramente daría oportunidad a mi mandante de justificarse y dejar en claro las maniobras que contra él se venían urdiendo. Es tal la parcialidad con que se obró, que el cargo fue declarado vacante, precisamente a partir del día en que mi mandante se debía reintegrar al servicio, hecho éste que es de singular significación, pues se creyó que en ésta forma se borraba la tolerancia que por razón de la continuidad de la Doctora Miryam de Carvajal en el cargo que venía desempeñando mi mandante se había dado, sin perjuicio alguno para el ISS pero sí en el desmedro de los intereses económicos de mi mandante, quien no obstante estar seriamente delicado de salud, a sabiendas de su Jefe inmediato, debía costearse su propia incapacidad, pero era que ese trato descortés e inhumano dado a mi mandante, le acrecentaban los méritos ante el Gerente Seccional dentro de la nueva 'Carrera Administrativa' establecida en ese organismo, paralela a la legalmente establecida en el Estatuto del Decreto-ley 1651 de 1977" (folios 16 y 17).

El apoderado de la entidad demandada, al contestar la demanda, se expresa así sobre las afirmaciones del actor en cuanto a los hechos concernientes a la acción:

"5º Sostiene el abogado demandante que el Doctor Franco, tenía derecho a ser incapacitado para trabajar, *por razón de su trayectoria en el ISS*, pero que ello no se le reconoció, ni se le insinuó, y que él *por dignidad* no lo pidió.

"Es elemental saber que de acuerdo con las normas vigentes sobre la materia cualquier trabajador afiliado al ISS tiene derecho a ser incapacitado para trabajar, y a recibir durante la incapacidad el subsidio salarial establecido, cuando el médico que lo atienda considera que la enfermedad que lo aqueja causa esa inhabilidad para laborar;

y para ello, sobra anotarlo, no tiene por qué tenerse en cuenta consideración alguna sobre la clase de persona de que se trate. Si los médicos que lo trataban no le expidieron certificado de incapacidad fue porque, en su criterio y teniendo en cuenta la actividad laboral del empleado, consideraron que la enfermedad no lo inhabilitaba para el cumplimiento de sus labores; y ello lo debe saber y conocer hasta la saciedad el propio Doctor Franco. Por ello, aparece extraño que ahora, sin el más mínimo respaldo, se pretenda cuestionar este aspecto de su actuación médica en el ISS. De otra parte, quién puede creer que dentro del campo de la relación médico-paciente, entre dos médicos, si la enfermedad realmente le impedía sus labores, no hubiere el Doctor Franco tratado el caso con miras a obtener su incapacidad.

"Pero continuando en la pertinaz tarea de aseveraciones absurdas, se lanza por el distinguido abogado demandante la afirmación, que es una acusación contra los médicos tratantes, de que ello ocurrió muy probablemente por motivo del ambiente de hostilidad que contra mi mandante se había creado".

"Entrando ya al hecho concreto de su licencia se halla claramente establecido que ella le fue concedida mediante la Resolución número 000803, para el lapso de marzo veinte (20) a abril tres (3) de 1984. Y para su reemplazo durante ese tiempo, fue nombrada con carácter provisional la Doctora Miryam Carvajal, nombramiento este que quedó incluido en la Resolución 001000 de la Dirección de la Unidad Programática Institucional Rafael Uribe Uribe.

"6º Se reconoce en este hecho que cuando estaba próxima a vencerse la ameritada licencia, el Doctor Franco resolvió hablar con la Doctora Carvajal, para pedirle que continuara reemplazándolo hasta finales del mes de abril, que él le pagaría, a lo cual ella accedió.

"El mismo Doctor Franco en la carta que envió con fecha abril 12 de 1984 al Doctor Edgar Angel, Jefe del Servicio de Pediatría, y cuya copia se ha presentado con la demanda, también reconoce expresamente esta conducta.

"Estimo no se requiere mayor esfuerzo mental para entender cómo legalmente el procedimiento utilizado por el Doctor Franco no tiene el más mínimo asidero. Hasta el empleado de menor categoría comprende que ello no es dable hacerlo.

"¿Cómo puede concebirse que el mismo empleado decida prorrogarse su licencia, que le diga al reemplazante que siga haciéndolo, pagándole de su peculio, y que en esa forma labore en la Institución una persona que legalmente no es empleado posesionado, y que reciba el pago no de la Institución sino de un particular?

"Allí lo que se produjo, lisa y llanamente, fue el abandono del cargo por parte del Doctor Franco, situación legal que condujo a la declaratoria de vacancia y su consiguiente retiro de la Institución, procedimiento y decisión tomada por el ISS con pleno arreglo a las normas legales, como se explicará y fundamentará más adelante.

"7º Se comenta en este hecho que la Doctora Carvajal, después de seis (6) días de estar reemplazándolo, 'en lo que pudiera denominarse prórroga de la licencia, lo llamó para informarle que había reci-

bido orden de suspender su labor' y que el día once (11) se reintegró al trabajo. Se agrega además que el Doctor Franco recibió la comunicación escrita sobre la vacancia por abandono del cargo, en fecha abril 18.

"Debo manifestar que la orden impartida por el Jefe del Servicio para que la Doctora Carvajal suspendiera labores era apenas normal, ya que, como lo comentamos anteriormente, ella no estaba nombrada legalmente para continuar en ese cargo, y sólo lo había hecho atendiendo la irregular solicitud del Doctor Franco.

"8º Se manifiesta que el Doctor Franco estuvo esperando investigación que le anunciara el Doctor Angel.

"Debe anotarse, y ello lo ampliaré más adelante que en los casos de abandono del cargo sólo se precisa el establecimiento claro del hecho, y legalmente no se exige adelantamiento de investigación alguna. El propio profesional aceptó y confesó por escrito el haber incurrido en el incumplimiento, reconociendo además las demás conductas que hemos dejado analizadas" (folios 49 a 51).

Mediante sentencia de fecha 24 de octubre de 1985, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las súplicas de la demanda, por cuanto, según su criterio no se produjo la alegada violación legal, pues el demandante efectivamente incurrió en abandono del cargo, lo cual da lugar a la declaración de vacancia, con el consiguiente retiro del empleado de la carrera administrativa, sin que sea necesario adelantar previamente un procedimiento disciplinario, ya que no se trata de imponer sanción alguna.

Contra la sentencia del Tribunal el actor interpuso recurso de apelación, con el fin de obtener que el Consejo de Estado revoque dicha providencia y acceda a las súplicas de la demanda.

En el memorial en que interpuso y sustentó el recurso de apelación dice el apoderado del demandante:

"Como se ha expresado en los hechos de la Demanda y se probó fehacientemente durante el período probatorio del juicio, existía un ambiente hostil por parte de las Directivas del Instituto del Seguro Social, contra el Doctor Guillermo Franco Quevedo, provocado por su valiente y honesta actitud frente al problema que los estudiantes de Medicina de la Universidad Libre de Cali tuvieron durante finales del año de 1983 y en los cuales mi mandante tenía obligatoria participación debido a su calidad de profesor de esa Institución Docente.

"Durante el Proceso se pudo comprobar que efectivamente las Directivas del ISS, encabezadas por el Doctor Carlos Agualimpia habían creado un ambiente de abierta animadversión contra mi mandante y otros profesionales que trabajan para esa institución y que la enfermedad que sufría y aún sufre el Doctor Franco Quevedo y que obligó a pedir la Licencia no remunerada, configuró la oportunidad precisa para organizar la desvinculación de que fue posteriormente objeto.

"Las pruebas aportadas aclaran que los días de Licencia que mi mandante se tomó, confiado en primera instancia por el reemplazo

que la Doctora Miryam de Carvajal hacía de su cargo, evitaba que el servicio se desmejorara por su ausencia y segundo, era de todos conocido que la salud del Doctor Franco continuaba desmejorándose y por consiguiente, las Directivas deberían entender que su ausencia no se explicaba por la pereza o por atender otros asuntos profesionales, sino porque su salud así lo requería.

"Sin embargo una vez se reintegró al cargo, mi mandante se encontró con la grosería de haberle sido declarado vacante el cargo con una comunicación que emanaba de la Resolución 1651 de abril 18 de 1984 y cuyo efecto se hacía retroactivo al 4 del mismo mes.

"Existe un principio de Derecho Administrativo, relacionado con la potestad de nombrar y remover funcionarios, y es que el nominador deberá hacerlo siempre buscando un mejoramiento en el servicio que prestará el funcionario nombrado o removido, nunca entendiéndose la discrecionalidad como una potestad omnímoda, impensada o que obedezca a un interés personalista, rencor o venganza. Haber prescindido de los servicios invaluables del Doctor Guillermo Franco Quevedo, una autoridad en Pediatría internacionalmente reconocido, dista mucho de ser 'un mejoramiento de servicios'. La vacancia del cargo, si bien no corresponde a una sanción, como lo ha dicho la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, busca como todos los procedimientos relacionados con la vinculación y remoción de personal al servicio del Estado, proteger la prestación de un servicio adecuado, tanto más cuando se trata del servicio de salud. Cuando un puesto se declara vacante significa que su titular no se ha hecho presente para ejercer las funciones propias del mismo, injustificadamente. La justificación en el caso de mi mandante, constituye a la vez la prueba de que nunca abandonó el cargo, era su estado de salud delicado, lo cual era conocido por todos sus colegas y personal administrativo del ISS, sobre todo teniendo en consideración que en ninguna parte del Decreto 1950 de 1973 ni en el Decreto-ley 2400 de 1968, se ordena que las justificaciones, permisos o solicitudes que hagan los empleados a sus superiores o viceversa, deben ser escritas.

"En el caso que nos atañe, como se ha probado en el juicio, las dolencias de mi mandante configuraban una justa causa, pues habiendo solicitado sus vacaciones, habiendo solicitado licencia remunerada, todo lo cual le fue injustamente negado, terminó por aceptar una licencia no remunerada que le permitiera descansar y procurarse un tratamiento para su salud. Habiéndose reintegrado el 11 de abril de 1984 y habiendo trabajado hasta el 23 de ese mismo mes y año, las Directivas del Seguro Social le comunicaron que había abandonado el cargo, como antes se expresó.

"La Resolución 1651 que se impugna configura una clara desviación del poder pues si la intención del nominador hubiera sido en efecto la de aplicar las disposiciones legales en aras del servicio público, no hubiera habido necesidad de organizar la trama de prohibirle a la Doctora Miryam de Carvajal reemplazar a mi mandante en su cargo, obligarlo a reintegrarse a pesar de sus dolencias, evitar recibirlo en las oficinas administrativas a las cuales había sido citado para que 'explicara' su ausencia, amenazarlo con una investigación, tenerlo

trabajando normalmente (a pesar de su salud) por dos semanas más y luego, en una actitud inelegante, comunicarle que había sido declarado vacante de su cargo" (folios 100 y 101).

Admitido y tramitado el recurso de apelación interpuesto, en esta Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, se dio traslado al señor Fiscal Cuarto de la Corporación quien se expresó en los siguientes términos:

"En el entendimiento de esta Fiscalía el fallo apelado debe ser confirmado, en razón de que se ajusta a los elementos de juicio que obran en el proceso, a la preceptiva jurídica que regla el evento objeto de examen y a los lineamientos jurisprudenciales que en casos análogos al que ahora se debate ha sentado el honorable Consejo de Estado.

"En efecto, el acto cuya validez se impugna (Resolución número 01651 de abril 18 de 1984, folio 24, cuaderno 1) contiene en su parte resolutiva la declaratoria de vacancia, a partir del 4 de abril de 1984, al cargo de Médico Especialista (Pediatría) seis (6) horas Servicio de Especialidades Pediátricas-Unidad Programática Institucional Rafael Uribe Uribe Clase IV Grado 40, por abandono del cargo del titular Doctor Guillermo Franco Quevedo.

"Los fundamentos de hecho que sirvieron de soporte a la decisión enjuiciada, están acreditados de manera fehaciente en el proceso, con las documentales de folio 45, cuaderno 1 (Resolución 803 del 9 de abril de 1984, licencia no remunerada por 15 días a partir del 20 de marzo de 1984) y de folios 2 y 3, del mismo cuaderno, en su orden, notificación al actor de su no reintegro oportuno al cargo y de su conducta irregular respecto al modo de designación de su reemplazo y respuesta de aquel reconociendo los hechos y dando razones de su conducta.

"Los fundamentos de derecho del acto, reglan lo relativo al abandono del cargo, a la declaratoria de vacancia de éste por su abandono y a la cesación definitiva de funciones por la misma circunstancia.

"De consiguiente, no encontrándose justificada la actitud del funcionario (demandante en el proceso), como se desprende de las diversas documentales y de los testimonios que obran en el expediente, la declaratoria de vacancia del cargo que aquel desempeñaba se ajustó a la normatividad jurídica que la gobierna.

"Ahora bien, siendo el abandono del cargo una figura jurídica independiente con características propias que la distinguen de las demás causas de fenecimiento de la relación funcional, entre las cuales se encuentran, con arreglo a la preceptiva que las rige, la de que a la administración sólo le basta verificar el hecho no justificado para proceder a declarar la vacancia, la de que, por su propia naturaleza, tal declaratoria no requiere previo adelantamiento de proceso disciplinario, la de que es procedente tanto para los empleados de libre nombramiento y remoción como para los inscritos en carrera administrativa y la de que implica el retiro del funcionario de la carrera, todos los argumentos de agravio a las disposiciones constitucionales y legales que se deducen en la demanda, en los alegatos de conclusión

y en el de sustentación del recurso resultan carentes de la fuerza dialéctica para desvirtuar la presunción de legalidad del acto cuestionado, bajo cuyo amparo ingresó al juicio y que, por ende, continúa vigente.

"Por ello, y porque la Fiscalía considera válidos los razonamientos que sirvieron de apoyo a la resolución del *a quo,* como lo expresó *ab initio,* reitera su pedimento de confirmación" (folios 107 y 108).

Habiendo culminado la actuación a que dio lugar el recurso de apelación, y no observándose irregularidad alguna que invalide el procedimiento, se entra a decidir, previas las siguientes

*Consideraciones:*

Examinadas las pruebas que obran en el expediente y las normas aplicables al caso controvertido, la Sala llega a la conclusión de que la sentencia del *a quo* interpreta fielmente los hechos y las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la declaración de vacancia por abandono del cargo y, por consiguiente, es acertado el criterio del señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado expuesto en el escrito que se transcribió parcialmente.

En efecto, según la demanda y las pruebas allegadas al proceso, al actor se le concedió licencia no remunerada por el término de quince días, que se venció el 3 de abril de 1984, por lo cual debía reintegrarse a sus labores el 4 del mismo mes, lo que no sucedió, pues sólo se hizo presente en el trabajo ocho días después, como lo manifiesta el propio demandante, luego de haber recibido sobre el particular comunicación del Jefe de Servicio de Especialidades Pediátricas de la Unidad Programática Institucional Rafael Uribe Uribe (folios 2, 3 y 11 del cuaderno principal).

En la comunicación que envió al Jefe del Servicio de Especialidades Pediátricas y en la demanda que dio origen a este proceso, el actor dice que al término de la licencia, como continuaban sus quebrantos de salud, para no causar molestias a la Institución solicitó a la Médica Pediatra Miryam Carvajal que le "hiciera el favor personal" de continuar reemplazándolo por el mes de abril, a lo cual ella accedió (folios 3 y 11 del cuaderno principal).

Dado el hecho de que el actor no reasumió sus funciones una vez vencido el término de la licencia no remunerada que le fue concedida, cabe dilucidar si existió una justa causa que impidiera en su caso la configuración del fenómeno administrativo del abandono del cargo que sirvió de fundamento para la declaración de vacancia del mismo.

Alega el actor en su comunicación al Jefe del Servicio de Especialidades Pediátricas, y lo mismo hace su apoderado en la demanda y otros memoriales que figuran en el expediente, que la no reincorporación al servicio se debió a quebrantos de salud, circunstancias que no pudo probar el demandante ni siquiera mediante los testimonios que pidió y que fueron recibidos en el proceso durante la primera instancia. No pudo entonces el actor justificar su ausencia del trabajo y, por consiguiente, se configuró el abandono del cargo que no podía

tener consecuencia distinta de la declaración de vacancia del mismo, que fue lo que hizo la entidad demandada.

Establece el artículo 72 del Decreto 1950 de 1973 que "al vencerse cualquiera de las licencias o sus prórrogas el empleado debe reincorporarse al ejercicio de sus funciones. Si no las reasume incurrirá en abandono del cargo conforme al presente decreto".

En armonía con la anterior disposición el artículo 126 del mismo decreto dispone que "el abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa: 1. no reasume sus funciones al vencimiento de una licencia..."

De suerte que cumplido el plazo de la licencia, el actor debió reintegrarse a sus funciones en vez de incurrir en la irregularidad de prorrogarla por una decisión unilateral suya y de mantener un reemplazante que cumpliera con los deberes de su cargo en virtud de un acuerdo privado. Tal conducta es totalmente contraria a las normas que regulan la prórroga de la licencia y la designación de quien deba sustituir al empleado que la obtuvo, actos que pertenecen al ámbito de las facultades de la entidad pública u oficial a la cual se presta el servicio y que deben ser materia de una decisión suya de carácter unilateral.

Si el actor sufría quebrantos de salud que imposibilitaban la reincorporación a sus actividades, debió solicitar y obtener la correspondiente licencia por enfermedad, con fundamento en dictamen médico sobre su incapacidad para trabajar. Si otra era la causa impeditiva de la reasunción de sus funciones, el camino lógico era la obtención de una prórroga de su licencia no remunerada. Pero no hizo lo uno ni lo otro y según declaración de los médicos que lo atendieron, lo primero no era posible porque las afecciones de que padecía el demandante eran leves, en ningún caso de naturaleza incapacitante, como se infiere de tales testimonios (fols. 1 y 2, 5 y 6 del cuaderno Nº 3).

No es válido el argumento de que no le fueron concedidas las vacaciones que solicitó antes de optar por la licencia no remunerada pues es potestativo del jefe del organismo público o del funcionario en quien haya delegado la correspondiente atribución, señalar la época para el disfrute de dicha prestación y aún aplazarlo, según el artículo 6 del Decreto extraordinario 1653 de 1977.

También se impugna la resolución del Instituto de Seguros Sociales por una supuesta omisión del previo procedimiento disciplinario, objeción que no tiene razón de ser puesto que la declaración de vacancia del cargo no constituye una sanción. Simplemente se declara un hecho que opera por ministerio de la ley, dado el supuesto previsto por ella. O sea que, comprobado que el empleado dejó de ejercer sus funciones o, cuando debía hacerlo, no las reasumió, esto es, que hizo abandono del empleo, se declara que ocurrió algo que determina la ley: la vacancia del cargo (artículo 25, literal -h-, del Decreto 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, artículo 18, literal -i-, del Decreto 1651 de 1977). Esa declaración tiene como consecuencia, para los empleados escalafonados, el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos y garantías que de ella se derivan (artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 y 123, literal -h-, del Decreto 1651 de 1977).

Ha sido constante la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que cuando se produce el abandono del cargo por parte de un empleado público, aún escalafonado en la carrera administrativa, no se requiere adelantar procedimiento alguno, que no está establecido en ninguna norma legal, y mucho menos el disciplinario por lo que ya se dijo: la declaración de vacancia del cargo no es una sanción. Al funcionario competente le basta comprobar que, sin causa que lo justifique, el empleado dejó de prestar sus servicios en una de las formas previstas en el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973, en este caso que no reasumió sus funciones al término de la licencia que se le concedió. Sólo hay lugar a investigación, según el artículo 128 *ibídem,* cuando a causa del abandono del cargo "se perjudicare el servicio".

Teniendo en cuenta, en este caso, la causa del retiro del servicio y la modalidad del mismo, no cabía alegar un no demostrado ambiente hostil o de abierta animadversión en contra del actor como antecedente de su desvinculación del Instituto de Seguros Sociales. Y ningún asidero tiene en los elementos probatorios allegados al proceso ni en la correspondiente preceptiva legal y reglamentaria esa "clara desviación del poder" que menciona el apoderado del demandante. No se ve cómo quien se ciñe a un mandato legal, ejerce las facultades que se le han otorgado, la competencia que le ha sido dado, sin apartarse de los fines previstos, expresa o tácitamente por el legislador, y más bien obra con miras a la realización de los mismos, puede incurrir en desviación de poder. Así como, en general, no pudo violar la ley una providencia que, sustancial y formalmente, se ajustó a ella al declarar la vacancia del cargo desempeñado por quien sin justa causa no reasumió el ejercicio de sus funciones al término de la licencia que le fue concedida.

No se produjo, pues, la transgresión legal en que se fundamentó el actor para impugnar la providencia que declaró la vacancia del cargo que ejercía y, por consiguiente, tampoco contradijo la ley la sentencia apelada que desestimó las súplicas de la demanda. En consecuencia, habrá de ser confirmada.

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 Valle del Cauca, el 24 de octubre de 1985.

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada en sesión celebrada el día 15 de agosto de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*COMPETENCIA SOBRE CONTROVERSIAS QUE VERSEN SOBRE ASUNTOS CONCERNIENTES A LA NAVEGACION AEREA, MARITIMA O FLUVIAL EN QUE SE VENTILEN CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO, y que se aduzcan por la vía de la pretensión de nulidad, o la de restablecimiento del derecho cuando carezcan de cuantía, corresponde conocerlas al Consejo de Estado en única instancia, mientras que, cuando se ejercite la pretensión de restablecimiento de derecho con cuantía competirá tal conocimiento a los tribunales administrativos en única o primera instancia, teniendo en cuenta el lugar donde se produjo el acto (arts. 131 Nº 9 inciso 3º y 132 Nº 9 inciso 3º del Decreto 01 de 1984 C.C.A.).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Proyectó: Doctora Myriam Guerrero de Escobar, Magistrada Auxiliar.

Referencia: Proceso Nº 52. Actora: AEROVIAS DEL NORTE S. A. (AERONORTE).

Se decide el incidente de nulidad propuesto por el H. Fiscal Primero ante esta Corporación.

*Antecedentes:*

1. Mediante auto de 14 de febrero de 1986 (fols. 86 a 91) de esta Sala Unitaria, se declaró caducada la acción de restablecimiento del derecho respecto de las Resoluciones números 0053, 0050 y 0017 de 1984 expedidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes e improcedente la demanda de nulidad de los oficios números 0866 de 2 de marzo, 1445 de 9 de abril y 3605 de 24 de octubre de 1984, emitidos por dicho Consejo.

2. Contra dicho auto interpuso la Fiscalía Primera ante esta Corporación recurso de reposición, argumentando que tratándose de una acción de restablecimiento del derecho en que se controvierten actos del orden nacional y excediendo la cuantía de $ 720.000.00, en aplicación del artículo 132 numeral 9 del Decreto número 01 de 1984, es el Tribunal Administrativo el competente para conocer de ella y

más exactamente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por cuanto los actos tuvieron ocurrencia en Bogotá (fols. 92 y 93).

3. Tramitado el recurso de reposición, en auto de 22 de marzo de 1986 se declaró improcedente el recurso intentado por la Fiscalía con fundamento en que el auto inadmisorio de la demanda es interlocutorio y siendo el proceso de única instancia, el medio de impugnación legalmente admisible es el recurso de súplica ante el resto de los Consejeros de la Sala, anotando, además, que la competencia en el presente negocio la rige el artículo 128 numeral 5 del C.C.A.

4. Contra la misma providencia recurrida en reposición (auto de 14 de febrero de 1986) interpuso el demandante recurso de súplica (fols. 94 a 101).

5. En escrito de 16 de junio de 1986, la Fiscalía propone el incidente de nulidad que ahora se decide, argumentando lo siguiente:

a) Los actos acusados son resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes en ejercicio del artículo 11 del Decreto 1060 de 1984, que adicionó el artículo 83 del Decreto 1188 de 1974, Estatuto Nacional de Estupefacientes.

b) El artículo 128 numeral 5 del C.C.A. dispone:

"'El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

5. De los relativos a la navegación marítima, fluvial o aérea, en que se ventilen cuestiones de derecho administrativo;

....."

"Ahora bien, las materias de que trata el numeral antes transcrito, en la Rama Ejecutiva nivel central, están distribuidas así:

—La navegación marítima, compete a la Dirección General Marítima y Portuaria, organismo adscrito al Ministerio de Defensa Nacional;

—La navegación fluvial, corresponde al Ministerio de Obras Públicas y Transporte;

—La navegación aérea, la dirige y orienta el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Por otra parte, la norma trae como requisito de la competencia que otorga, el 'que se ventilen cuestiones de derecho administrativo' ".

c) Concluye la Fiscalía que la materia sobre que versan los actos acusados expedidos por el Ministro de Justicia en su calidad de Pre-

sidente del Consejo Nacional de Estupefacientes "en nada se compagina con la que se especifica en el numeral 5 del artículo 128 del C.C.A., ni menos, en los actos impugnados se ventilan cuestiones de derecho administrativo, específicamente".

d) Agrega el H. Fiscal que tratándose de actos del orden nacional demandados en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, podría darse aplicación al numeral 3 del artículo 128 aludido, si no existiera de por medio la cuantificación de los perjuicios; en este evento lo precedente es aplicar el artículo 132 número 9 del C.C.A. y radicar la competencia en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por cuanto, además de tratarse de una acción de restablecimiento del derecho en que se controvierten actos de orden nacional de cuantía superior a $ 720.000.00, fueron expedidos en Bogotá.

*Consideraciones:*

I. No comparte el Despacho los planteamientos del H. Fiscal a que se hizo relación en el punto 5 letra c) de los antecedentes, por cuanto la competencia que el numeral 5 del artículo 128 del C.C.A. asigna al Consejo de Estado parte de dos presupuestos, que si bien miran al factor materia (*ratione materiae*), son perfectamente diferenciables, llenándose los dos en el caso *sub lite*, así:

a) Que el proceso verse sobre asuntos relativos a navegación aérea, marítima o fluvial.

b) Que en él se ventilen cuestiones de derecho administrativo.

En el presente caso se controvierten decisiones tomadas por el Consejo Nacional de Estupefacientes y que se relacionan con la navegación aérea, como son las concernientes a los permisos de operación de empresas y aeronaves y de aeronavegabilidad de estas últimas, en ausencia de las cuales no es permitido desarrollar actividades de tal índole (navegación aérea) y cuya expedición compete precisamente al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil que, como bien lo anota el señor Fiscal, es el organismo al cual se asignó, exactamente, la dirección y orientación de la navegación aérea, luego por este aspecto la competencia correspondería al Consejo de Estado en única instancia.

En lo que concierne al presupuesto enunciado en la letra b) anterior, el recto entendimiento de la norma (art. 128 numeral 5 del C.C.A.) conduce a efectuar una separación de competencias no entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, sino entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción contencioso administrativa, fundamentada en la naturaleza y en consecuencia en el régimen jurídico aplicable a los actos que se dicten o en las actuaciones que se realicen en aspectos relacionados con la navegación aérea, marítima o fluvial, ya que aquéllos y éstas pueden estar regidos tanto por el derecho privado, como por el derecho público, concretamente el derecho administrativo, según que la naturaleza del acto o actuación sea industrial, comercial o administrativa, calificación que implicará correlativamente la sujeción de la controversia que ellos puedan suscitar a una u otra jurisdicción.

En el caso *sub júdice* se trata de decisiones unilaterales que conciernen a la esencia misma del Estado a quien compete según la Carta Fundamental intervenir en el desarrollo de las actividades de los particulares y en el ejercicio de su garantía social de libertad de empresa y de iniciativa privada, en defensa del bien común, la utilidad pública y el interés social. Luego desde el punto de vista formal, por provenir de un Ente Público (Consejo Nacional de Estupefacientes) y desde el punto de vista funcional, por la naturaleza misma de los actos impugnados que son de la esencia e inherentes al Estado y por tanto reflejan el ejercicio de la Función Pública, se trata de actos y actuaciones administrativas sujetos al derecho administrativo y al control jurisdiccional de la jurisdicción contencioso administrativa.

De aceptarse el planteamiento de la Fiscalía que en este punto se analiza, habría que concluir que la causal de nulidad que se presenta no sería la falta de competencia sino la de carencia de jurisdicción, por no ser, a su juicio de una parte y principalmente, las decisiones controvertidas objeto de regulación por el derecho administrativo y de otra, relativas a la navegación aérea.

II. Los planteamientos anteriores conducirían a no acceder a la declaratoria de nulidad solicitada, si no fuera porque la ley (Código Contencioso Administrativo) al distribuir las competencias entre el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, no solamente tuvo en cuenta la materia, el territorio, la cuantía, los sujetos implicados en la controversia, sino también la naturaleza misma de las acciones, más exactamente las *pretensiones* que se ejerciten y para el caso que nos ocupa, la de nulidad y la de restablecimiento del derecho, así:

a) Al Consejo de Estado compete privativamente y en única instancia conocer de la acción o pretensión de nulidad de actos administrativos del orden nacional y de actos relativos a la navegación aérea, marítima o fluvial en las que se ventilen cuestiones de derecho administrativo, o como ya se dijo, que por su naturaleza estén regulados por tal disciplina jurídica, y de la acción o pretensión de restablecimiento del derecho en que se impugnen actos administrativos del orden nacional y que carezca de cuantía (artículo 128 numerales 1, 5 y 3 del C.C.A.).

b) A los Tribunales Administrativos les corresponde conocer en única o en primera instancia, atendiendo a las reglas que sientan los artículos 131 y 132 del C.C.A., de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos del orden local y de las de restablecimiento del derecho en que se cuestionen actos administrativos del orden local o del orden nacional, en este último caso cuando no carezcan de cuantía, así como de las de restablecimiento de carácter laboral (artículos 131 numerales 1, 2, 4, 6 y 9 y 132 numerales 1, 2, 3, 5, 6, y 9 *ibídem*).

De lo expuesto se concluye que las controversias que versen sobre asuntos concernientes a la navegación aérea, marítima o fluvial en que se ventilen cuestiones de derecho administrativo y que se aduzcan por la vía de la pretensión de nulidad, o de la de restablecimiento del derecho cuando carezcan de cuantía, corresponde conocerlas al Consejo de Estado en única instancia, mientras que cuando se ejercite la pretensión de restablecimiento del derecho con cuantía competerá tal

conocimiento a los Tribunales Administrativos en única o primera instancia, teniendo en cuenta el lugar donde se produjo el acto (artículos 131 numeral 9 inciso tercero y 132 numeral 9 inciso tercero del C.C.A.).

III. En el caso *sub júdice* se impugnan, en ejercicio de la pretensión de restablecimiento del derecho, actos administrativos del orden nacional atinentes a la navegación aérea, en que se ventilan cuestiones de derecho administrativo, proferidos en la ciudad de Bogotá y con cuantía determinada ($ 1.055.453.624.74, fols. 44, 45, 77), luego la competencia corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y por tanto se configura la causal de nulidad prevista en el artículo 152 numeral 2 del C. de P. C. en armonía con el artículo 165 del C.C.A.

IV. Por sustracción de materia (incompetencia) no es dable entrar a resolver el recurso de súplica interpuesto por la parte demandante.

En mérito de lo expuesto y acogiendo la petición del H. Fiscal Primero, con las precisiones conceptuales que se hicieron, resuelve:

I. Declárase la nulidad de todo lo actuado a partir del auto inadmisorio de la demanda, inclusive.

II. Remítase el expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Simón Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*SOCIEDADES COMERCIALES. INSPECCION Y VIGILANCIA. REFORMA ESTATUTARIA. EXCLUSION DE SOCIOS. Normas reguladoras.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo.. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., cuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso Nº 314. Actor: Aníbal Roa Villamil.

Se decide el recurso de súplica interpuesto en oportunidad legal por la parte actora contra el auto de 25 de junio de 1986 que negó la suspensión provisional del acto acusado.

*Antecedentes:*

El señor Aníbal Roa Villamil, mediante procurador judicial, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del C.C.A., ha solicitado de esta corporación lo siguiente:

a) Que decrete la nulidad de las Resoluciones números SL-DAL-09327 de 17 de octubre de 1985 y 11069 de 12 de diciembre de 1985, expedidas por la Superintendencia de Sociedades y mediante las cuales autorizó con la primera y confirmó con la segunda, la solemnización —escrituración de una reforma estatutaria consistente en la expulsión del actor y de Ramón Hernando Roa Villamil de la Sociedad Colectiva de Comercio "Rafael V. Roa V. & Hermanos", con domicilio en la ciudad de Bogotá.

b) Que se restablezca el derecho del demandante, así: Que se le restituya su condición de socio y particularmente al ejercicio pleno de los derechos que dicha condición le otorga. Y que se le ordene inscribir en el Registro Mercantil la sentencia "que intervenga (sic) en este proceso".

*La Providencia Suplicada*

El Consejero Sustanciador mediante providencia de 25 de junio de 1986 negó la suspensión provisional de los actos administrativos impugnados, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) Al tenor del artículo 152 del C.C.A. es condición *sine qua non* para la prosperidad de la medida de suspensión provisional que "la violación demandada sea ostensible, captable al primer golpe de vista, sin necesidad de profundos análisis jurídicos, ni de estudio pormenorizado del contenido del acto acusado o de las disposiciones que se citan como infringidas".

b) El actor sustenta la petición de la suspensión en el quebranto por el acto acusado de una diversidad de normas, así:

I. El artículo 26 de la Constitución Nacional porque la Superintendencia de Sociedades dentro del "insólito concepto" de "la sanción privada" permitió que a él se le expulsara perdiendo sus derechos políticos y patrimoniales en la Sociedad sin antes haber sido oído.

II. Violación de los artículos 266 y 267 del Código de Comercio porque dicho ente oficial omitió verificar si los hechos atribuidos al demandante como causales de expulsión estaban demostrados en debida forma.

III. Infracción de los artículos 182 y 186 del Código de Comercio porque convalidó la Superintendencia de manera indebida lo decidido en una Junta de Socios sin los requisitos sobre convocatoria.

IV. Transgresión de los artículos 190 y 197 del Código de Comercio dado que la Superintendencia desconoció que las decisiones de la Junta de Socios eran ineficaces y por ello no podían producir efectos ante nadie sin necesidad de declaratoria judicial y menos ante ella que es la entidad controladora.

V. Violación del artículo 1890 del Código de Comercio "en cuanto que la Superintendencia de Sociedades con sus actuaciones desvirtuó el mérito del Acta número 19, complementando su contenido".

VI. Quebranto de los artículos 297 y 298 del Código de Comercio en cuanto que la Superintendencia entró a calificar la existencia de las conductas allí relacionadas sin esperar el pronunciamiento de los funcionarios competentes.

c) Se concluye de la anterior relación de normas que la comprobación de las infracciones exigiría un prolijo estudio y "un análisis concienzudo de las motivaciones de los actos demandados y de los antecedentes administrativos. La anterior labor jurídica es precisamente materia de la sentencia de fondo que ponga fin a la instancia, que no del simple auto que resuelva sobre la suspensión. Como en esta etapa del proceso no es por consiguiente posible captar *prima facie*, mediante la mera comparación de la normatividad de rango superior con los actos acusados, los quebrantos denunciados, forzoso es concluir que no ha de prosperar la medida pretendida".

*Recurso de Súplica de la Parte Demandante*

a) La suspensión provisional procede cuando hay manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación "o del examen de las pruebas aportadas".

En el evento *sub lite*, se acompañó a la demanda junto con los actos acusados el Acta número 019 de la Junta de Socios de la Sociedad Rafael V. Roa V. y Hermanos, correspondiente a la sesión del 22 de agosto de 1985 en la cual se expulsó de ella al actor y que sirvió de apoyo a la Superintendencia de Sociedades para la expedición de dichos actos. Y prosigue:

"En el examen de esta prueba y la comparación de los actos acusados frente a los artículos 182, 186 y 190 del Código de Comercio, sin hacer ningún análisis de fondo, sin necesidad de ninguna disquisición jurídica, se encuentra a la simple vista del lector desprevenido la *violación manifiesta* por las resoluciones acusadas de las disposiciones del Decreto 410 de 27 de marzo de 1971, normatividad superior a la cual se encuentran sujetas las decisiones de la Superintendencia de Sociedades".

En la página 2 del Acta número 019 aparece la convocatoria que no contiene como temario o punto a tratar en la sesión "la expulsión de mi mandante como socio".

Así las cosas, se presentó un vicio en la misma convocatoria que trajo como consecuencia la ineficacia de las decisiones, que no podrán ser convalidadas por la Superintendencia de Sociedades.

b) Del mismo modo "del examen conjunto del Acta número 19 de las resoluciones acusadas frente al artículo 189 del C. de C.", se percibe la violación ostensible de este último texto, sin acudir a análisis jurídico de fondo.

Tal artículo previene que a los administradores no les será admisible prueba de ninguna clase para establecer hechos que no consten en las actas y que en el acta se harán constar las decisiones de la Junta, por quiénes fueron tomadas, los votos emitidos en cada caso y si se designaron personas para votar por otras.

Y sobre la atinencia de esta norma en el caso examinado comenta el suplicante:

> "En el texto del Acta 19, se dice que Marcela Roa Ocampo estuvo representada por el Doctor Luis Manrique Naranjo y en relación con Claudia Patricia Roa se dice en unas partes del acta que estuvo representada por Raúl Trujillo y en otras que actuó personalmente; sin embargo, el considerando cuarto de la Resolución SL-DAL-09327 del 17 de octubre de 1985 señala que el Doctor Manrique Naranjo representó a Claudia Patricia Roa y el Doctor Trujillo a Marcela Roa Ocampo. Claramente se ve que la Superintendencia de Sociedades cambia el texto del acta, además de interpretarla a su acomodo diciendo que quien actuó en nombre de Claudia Patricia fue el Doctor Luis Manrique; y lo que es peor, la resolución en mención en sus considerandos fundamenta la expulsión del socio Rafael Roa V. en la susodicha Acta número 19, la que para nada se ocupa de la expulsión de éste, dado que había fallecido tiempo atrás y por esta circunstancia sus hijas Marcela y Claudia concurrían como herederas de sus derechos sociales".

c) Por último en los considerandos de las resoluciones acusadas se da como fundamento la necesidad de establecer una "sanción privada", infringiéndose así el artículo 26 de la Carta Política, ya que esa pena no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

*Alegato de oposición de la Sociedad Colectiva de Comercio Rafael V. Roa y Hermanos*

Se sintetizan así las razones expuestas por esta Sociedad, por conducto de apoderado:

a) La controversia sometida a la decisión del Consejo de Estado envuelve una cantidad de hechos que desembocaron en la exclusión de los señores Aníbal Roa Villamil y Ramón Hernando Roa Villamil de dicha Sociedad.

b) Se pregunta si es de competencia de la justicia administrativa los conflictos surgidos dentro de la vida de una sociedad comercial, cuando el Código de Comercio ha previsto acciones especiales contra decisiones de Asambleas o Juntas de Socios y los artículos 414 y 438 del Código de Procedimiento Civil tienen un procedimiento para darles respuesta. Y cuando, como en el presente caso, de una acción de tal clase está conociendo el Juez Civil del Circuito de Bogotá como se demuestra con las copias que acompaña.

Entonces no parece prudente atender la solicitud de suspensión provisional mientras no se tenga completamente clara la competencia de la justicia administrativa.

c) Plantea a continuación los siguientes interrogantes respecto del Acta número 19 controvertida:

> "¿La circunstancia de que se especifiquen los asuntos sobre los cuales se deliberará (artículo 182 del Código de Comercio) excluye que la mayoría de los miembros de la Junta de Socios agregue otros después de los tratados? ¿No juega para ello el artículo 188 del mismo estatuto que se refiere a la obligatoriedad de las decisiones de la Junta de Socios tomadas por la mayoría correspondiente? ¿Los puntos del orden del día sobre informe del representante legal (en el momento el señor Aníbal Roa Villamil) y del balance general, no pueden conducir al examen de la conducta de administradores y socios y a determinar la exclusión de algunos? ¿No cuando el artículo 425 del Código de Comercio sólo prohibe para cierto tipo de sociedades tratar temas no incluidos en el orden del día publicado, pero autoriza a la vez a que por mayoría se pueda ocupar de otros y, en todo caso, permite examinar siempre la actuación de los administradores y funcionarios?".

d) Los errores en que se hubiera podido incurrir en las resoluciones de la Superintendencia al referirse a personas que figuran en el Acta número 19, son de la parte considerativa y no de la resolutiva y por ello no alteran el contenido del acto impugnado.

e) Sobre "la sanción privada" de que habla la parte recurrente, existe una confusión porque la exclusión de socios de una sociedad

comercial no es una sanción del Estado, sino un derecho de los socios delante de "infracciones" de algunos de ellos, como dice el artículo 297 del Código de Comercio.

*Consideraciones:*

Estima la Sala que debe mantenerse la negativa de la suspensión provisional, por las siguientes razones:

1. La cuestión que plantea el recurrente, desde el mismo escrito de demanda, gira en torno a la exclusión que de la Sociedad en Comandita de Comercio Rafael V. Roa V. y Hermanos hizo su Junta de Socios de sus miembros Aníbal Roa Villamil y Ramón Hernando Roa Villamil en sesión de 22 de agosto de 1985 recogida en el Acta número 19, por irregularidades que se les imputan en el manejo de la Sociedad, con fundamento en los artículos 296, 297 y 298 del Código de Comercio.

De su lado y a petición de socios de la misma, la Superintendencia de Sociedades procedió a autorizar la solemnización de la reforma de sus estatutos consistente en la aludida exclusión, y para ello expidió las resoluciones que ahora son enjuiciadas ante esta jurisdicción.

2. Según el artículo 266 del Código de Comercio el Presidente de la República ejerce por medio de la Superintendencia de Sociedades la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales, con el fin de que en su formación y funcionamiento se ajusten a las leyes y decretos y de que se cumplan normalmente sus propios estatutos según lo previsto en dicho Código o en leyes posteriores.

Previene el artículo 267 regla segunda *ibídem* que corresponde a dicha Superintendencia "autorizar la solemnización de las reformas introducidas a los estatutos".

Toda reforma estatutaria requiere de escritura pública que debe registrarse en la Cámara de Comercio, requisitos éstos sin los cuales no produce el acto efectos respecto de terceros, cual lo estatuye el artículo 158 *ibídem*.

La exclusión de socios del caso *sub lite* a que se contrae el Acta número 19 constituye una reforma estatutaria, así que su solemnización, en virtud de las normas precedentes, se sujeta a la autorización de la Superintendencia de Sociedades, lo cual halla corroboración especial en el artículo 297 *in fine* del C. de C. conforme al cual "aprobada la exclusión el representante legal de la Compañía solemnizará la correspondiente reforma de estatutos".

3. Pues bien, la antedicha decisión de la Junta de Socios ha sido demandada ante la justicia ordinaria y es así que cursa el respectivo proceso abreviado (artículo 418 y 438 del C. de P. C.) ante el Juzgado 21 Civil del Circuito, según documentación obrante a folios 103 a 191.

Entonces no le es dable a esta Corporación entrar ahora a pronunciarse en relación con la suspensión provisional impetrada sobre violaciones de derecho que están *sub júdice* en la justicia ordinaria.

Ello equivaldría a entrometerse en asuntos para los cuales no es competente y de contera a entorpecer la decisión del juez civil.

4. Será entonces con ocasión de la sentencia que dirima el presente contencioso de restablecimiento del derecho en que se tome la decisión que corresponda frente a las resoluciones impugnadas de la Superintendencia de Sociedades y estando clarificada previamente la cuestión de la exclusión de socios por la justicia ordinaria.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (Sala de Decisión),

Decide confirmar el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha dieciocho (18) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Miguel Betancourt Rey,* con salvamento de voto; *Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*SOCIEDADES COMERCIALES. EXCLUSION DE SOCIOS. (Salvamento de voto).*

*Los conflictos sobre exclusión de socios son puntos para los cuales el C.P.C. asigna competencia a los jueces civiles (artículos 418 y 436).*

*SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO MIGUEL BETANCOURT REY*

Magistrado ponente: Doctor *Buitrago Hurtado.*

Expediente Nº 314. Actor: Aníbal Roa Villamil.

Respetuosamente disiento ahora de mis compañeros de sección, por estas razones:

1ª La exclusión del socio es un acto eminentemente comercial, como lo es la reforma estatutaria consiguiente. Ni la una ni la otra tienen carácter administrativo sino comercial. Y la autorización que da la Superintendencia para "solemnizar" la reforma no es un acto judicial de la entidad, sino un simple requisito que se cumple previo estudio apenas somero, casi podría decirse formal, de la exclusión, de modo que aquella autorización no convierte a la Superintendencia en autora de la exclusión, ni da al acto de la Superintendencia el carácter administrativo (que sí tienen otros como la imposición de multas), sino que le deja el de simple formalidad *accesoria* de actos comerciales.

2ª Los conflictos sobre exclusión del socio son puntos para los cuales el C.P.C. asigna competencia a los jueces civiles (arts. 418 y 438), y los interesados lo saben bien puesto que ya cursa el proceso civil, en cuya demanda se pide la nulidad de la exclusión, la inscripción de esa nulidad a cambio de la reforma estatutaria mencionada en la Cámara de Comercio, y hasta la comunicación de la suspensión de la exclusión a la Superintendencia de Sociedades (fol. 125). Desde luego, si el juez decreta esa nulidad e inscripción, explícita o implícitamente queda ya anulada también la autorización de la Superintendencia para la reforma estatutaria, y esta no necesita ni está facultada para volver sobre ello.

3ª Asumir el Consejo de Estado el conocimiento de la demanda contenciosa significa, por una parte, someter lo principal a lo accesorio, y por la otra, acumular actos procesales que sólo pueden conducir a un fallo inhibitorio por falta de jurisdicción. ¿Podría el Consejo de Estado contradecir la decisión, que sobre este conflicto produzca la jurisdicción ordinaria? O ¿podría siquiera repetirla, y para qué?

Por lo dicho, a mi parecer, lo que ha debido decretar la sección es la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción.

Bogotá, a diez de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

*Miguel Betancourt Rey.*

*SERVICIOS DE PUERTOS.*

*La explotación y prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje, son actos mercantiles para todos los efectos legales a que haya lugar, el cual conduce, indefectiblemente a concluir que por serlo, el juez de las controversias que resulten por razón de dichos actos, será el juez ordinario, así el servicio lo preste Puertos de Colombia, a las Empresas Privadas (REITERACION JURISPRUDENCIAL. VER AUTO DE MARZO 14 DE 1986. SECCION PRIMERA. PONENTE DR. GUILLERMO BENAVIDES MELO. EXP. 30. EXTRACTOS 1986. PAG. 48).*

*DEMANDA. CADUCIDAD POR REMISION AL COMPETENTE.*

*Debe conservarse la fecha de presentación del Tribunal a donde fue dirigida (art. 143 del Decreto 01 de 1984).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., doce de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº 28. Demandante: Sociedad Navemar Limitada.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Navemar Limitada contra el auto de 28 de octubre de 1985, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Magdalena decidió rechazar la demanda y ordenar su devolución al interesado.

Persigue ella la revocación de él y en cambio que se le admita la demanda.

*La Providencia Recurrida*

Lo es, como se dijo, la proferida por el referido Tribunal el 28 de octubre de 1985 (fols. 118 y 119) que decidió rechazar la demanda instaurada por la Sociedad Navemar Limitada y a través de la cual y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho persigue la nulidad de las Resoluciones 545 de 1984 y 128 y 28326 de 1985 dictadas por la Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS.

El Tribunal adoptó tal determinación fundado en las siguientes razones:

a) La demanda fue presentada inicialmente ante el Consejo de Estado, quien mediante providencia de 16 de agosto de 1985 ordenó remitirla a dicho Tribunal para conocer de ella en razón de ser competente por la cuantía y por el factor territorial.

b) De conformidad con los artículos 136 y 142 del Código Contencioso Administrativo, la demanda en cuestión fue recibida en el Tribunal el 17 de septiembre de 1985 (fol. 117) cuando habían transcurrido más de cinco (5) meses desde la notificación de la última resolución, esto es, la número 28326 de 13 de febrero de 1985, razón por la cual operó el fenómeno procesal de la caducidad de la acción cuatrimestral.

*Sustentación del Recurso por la Parte Demandante*

Sostiene ésta en síntesis lo siguiente:

1. No es aplicable al presente evento el artículo 142 del Código Contencioso Administrativo, que contempla el supuesto de la autenticación de la demanda, porque no se reside en el lugar donde tiene asiento el Tribunal que se estima competente de antemano: se presentará entonces ante el juez o notario, caso en el cual se considera presentada al recibo en el despacho judicial de destino.

Diferente es la hipótesis en que el libelo se presenta ante el Tribunal al cual se dirige porque se estimó desde su comienzo que era el competente, ante el Consejo de Estado, cual es lo sucedido en autos aplicable por remisión extrema al artículo 140 del C. C. A. según el cual "siempre que un juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente" sin que se afecte la validez de la actuación cumplida hasta entonces".

*Consideraciones de la Sala:*

*A*

Previene el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, sobre "Negativa de curso, inadmisión y corrección de la demanda" que "En caso de falta de competencia se ordenará enviar el expediente a la corporación que fuere competente" (inciso 3º).

Se recogió así legislativamente en el Decreto número 01 de 1984 la jurisprudencia del Consejo de Estado en tal sentido, que fundada cabalmente en el principio de economía procesal, persigue salvaguardar los intereses del administrado demandante que se equivoca en la escogencia del organismo judicial competente dentro de la misma jurisdicción, en cuyo caso quien no lo es lo enviará al competente, pero en todo caso y como es lógico y razonable conservándose la fecha de presentación del Tribunal a donde fue dirigida originalmente. No tiene por qué el actor correr con la contingencia del tiempo que transcurra durante el envío de uno a otro ente jurisdiccional.

Los autos enseñan que la demanda fue introducida oportunamente ante este Consejo, esto es, el 27 de junio de 1985, ya que la última resolución fue notificada el 27 de febrero de 1985 a la Sociedad

demandante (fols. 18 y 111 vlto.), vale decir dentro del término de los cuatro (4) meses previstos en el artículo 136, inciso 2º del Código Contencioso Administrativo.

*B*

Lo anterior sería suficiente para revocar el auto suplicado, mas encuentra la Sala que se da la causal de nulidad insaneable de falta de jurisdicción contemplada en el artículo 152, numeral 1 del C. de P. C. aplicable por remisión del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, y por lo mismo la competencia del caso corresponde a la justicia ordinaria.

En efecto:

I. a) La Empresa Puertos de Colombia —COLPUERTOS— fue creada por la Ley 154 de 1959 como establecimiento público, con personería jurídica, independencia patrimonial y organización autónoma, con el fin de asumir la organización y administración de los terminales y puertos nacionales. Por Decreto-ley 3160 de 1968 fue adscrita al Ministerio de Obras Públicas, conservándose su índole de establecimiento público y sus estatutos fueron aprobados por el Decreto 730 de 1971.

b) Según la definición que da el artículo 6º del Decreto 1050 de 1968 "por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional", las empresas industriales y comerciales del Estado "son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que *desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley...*" (se subraya).

c) De acuerdo con el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 "por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional", "los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado... realicen para el desarrollo de *sus actividades industriales y comerciales, están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia.* Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

Del mismo modo el artículo 34 de dicho Decreto 3130 previene que los contratos que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado "para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno. *Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares*" sin perjuicio de que se pacte la cláusula de caducidad (se subraya).

d) Navemar Limitada es una Sociedad de agenciamiento comercial que cumple actividades comerciales definidas en el artículo 20 numeral 8 del Código de Comercio en armonía con el artículo 1489 *ibídem.*

La Empresa Puertos de Colombia, entidad demandada, es una empresa comercial del Estado y entre sus funciones se hallan las de "organizar y prestar por intermedio de sus terminales servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga que entre, salga, permanezca o circule dentro del área del Terminal" y "liquidar, cobrar y recaudar el importe de los servicios que preste la empresa" (artículos 2º y 5º numerales 1 y 8 del Decreto 972 de 1975; 1º y 3º numeral 1 del Decreto 1147 de 1980; 2º y 5º numeral 1 del Decreto 2465 de 1981 aprobatorio del Acuerdo número 857 de 1981 de la Junta Directiva).

Del mismo modo, el artículo 20, numeral 9º del Código de Comercio tiene como acto mercantil "la explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes y campos de aterrizaje" (el subrayado no es del texto).

Así, COLPUERTOS despliega *actividad mercantil por excelencia* cuando suministra sus servicios a las naves o mercancías que llegan a los puertos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Santa Marta, Tumaco, San Andrés y Leticia. Y cobra también por ellos a sus usuarios las tarifas fijadas en los Decretos 853 de 1979 y 1714 de 1980.

e) Conforme a los artículos 43 del Decreto 972 de 1975, 24 del Decreto 1174 de 1980 y 39 del Decreto 2465 de 1981, como regla general se sienta que el régimen jurídico de los actos y contratos de la Empresa Puertos de Colombia será el previsto en las normas que regulan la actividad y el funcionamiento de las empresas industriales y comerciales del Estado y del orden nacional.

f) De todo lo expuesto anteriormente surge de manera indubitable que las relaciones entre COLPUERTOS y las empresas navieras o sus agentes marítimos son de índole comercial y que los actos que realicen en desenvolvimiento de ellas son "actos u operaciones mercantiles" (artículo 20 numerales 8º, 9º y 11 del C. de C.).

Derivación obvia y normal dentro de esa clase de actos son las facturas comerciales que en virtud de la prestación de tales servicios expide COLPUERTOS a esas empresas (Ver extractos de 1986, página 48).

La presente litis persigue como pretensiones las siguientes:

*De Nulidad*

1. "Que se declare nula la Resolución número 545 de fecha 2 de enero de 1984, emanada del gerente de la Empresa Puertos de Colombia, COLPUERTOS, Terminal Marítimo de Santa Marta, mediante la cual se negó el reclamo de Navemar contra la liquidación contenida en la factura FN 184 de 2 de septiembre de 1983, y se confirmó el monto facturado y cobrado por servicios prestados a la motonave Efdim Junior y además ordenó cobrar $ 65.020.00 a los señores de Navemar Limitada, dejados de cobrar, la cual acompaño en original al carbón.

2. "Que se declare nula la Resolución número 128 (sin fecha) mediante la cual el Gerente General de la Empresa Puertos de Colom-

bia, COLPUERTOS, Terminal Marítimo de Santa Marta, no accedió a la solicitud de reposición interpuesta contra la Resolución número 545 de 2 de enero de 1984, la confirma en todas sus partes y concedió la apelación interpuesta, la cual acompaño en original al carbón.

3. "Que se declare nula la Resolución número 28326 de 13 de febrero de 1985, mediante la cual el Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia resolvió confirmar la Resolución número 545 de enero 2 de 1984, y declaró agotada la vía gubernativa, la cual acompaño en original con sellos.

4. "Subsidiariamente, y para efecto de que se considere que esta factura es también acto administrativo o que su nulidad es presupuesto para el éxito de la acción, también pido que se declare nula la factura FN número 184 de fecha 2 de septiembre de 1983 mediante la cual Puertos de Colombia —Terminal de Santa Marta—, liquidó a Navemar servicios prestados a la motonave Efdim Junior por varios valores, la que acompaño en original".

*Reparación del Daño*

Que como consecuencia de las nulidades solicitadas en los puntos anteriores, COLPUERTOS está obligado a repara a Navemar Limitada, el daño causado, así:

1. "El mayor valor facturado y cobrado por COLPUERTOS a Navemar Limitada, y pagado indebidamente por la segunda a la primera, por concepto de servicios prestados a la motonave Efdim Junior, en el descargue de 1.070.770 kilos de rollos de papel periódico, mediante factura FN 184 de 2 de septiembre de 1983, confirmada por los actos impugnados, *por haber utilizado el factor volumen y no el factor peso,* de acuerdo con el estatuto tarifario de COLPUERTOS aprobado por el Decreto 550 de 1981, en cuantía de $ 538.728.00.

2. "Más los intereses moratorios comerciales de la suma anterior, liquidados a la tasa que certifique la Superintendencia Bancaria, o la que legalmente corresponda, desde la fecha del pago de la factura que tuvo lugar en 5 de agosto de 1983 hasta la fecha en que se produzca la restitución del mayor valor pagado a COLPUERTOS.

3. "Más el importe de la depreciación monetaria de la suma de $ 538.728.00 en el período comprendido entre la fecha del pago de los servicios a COLPUERTOS arriba indicada y la fecha en que según la sentencia deba hacerse la restitución del importe enunciado en el numeral primero anterior, computado conforme al índice de variación de precios al consumidor de ingresos medios, o equivalente, fijado por el Departamento Nacional de Estadística, DANE, en este período, según certificación que solicito decretar en el capítulo de pruebas de este escrito para la fecha en que ha de proferirse el fallo".

La factura objeto de discusión es, como se vio, la número 184 de 2 de septiembre de 1983 y el error de facturación es explicado así en el escrito de demanda en los hechos 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 13 y 16.

4. "El día 5 de agoto de 1983 la motonave Efdim Junior llegó al puerto colombiano de Santa Marta con un cargamento de 1.070.770 kilos de papel.

5. "Navemar Limitada agenció el buque Efdim Junior a su llegada a puerto colombiano y en la época en que COLPUERTOS facturó servicios con relación a dicha motonave.

6. "La motonave Efdim Junior transportó 3.151 rollos de papel periódico para impresión, *con peso de 1.070.770 kilos,* del puerto de Dalhousei al puerto de Santa Marta, Colombia, bajo los conocimientos de embarque número 1, 2, 3 y 4 (B/L Nº 1, 2, 3 y 4) y del puerto de Trois Rivieres, Quebec, al puerto de Santa Marta, Colombia, bajo el conocimiento de exmbarque (sic) número 1 (B/L Nº 1), los primeros de fecha julio 7 de 1983 y el último de fecha 14 de junio de 1983, expedidos en Montreal, los cuales acompaño.

8. "La Empresa Puertos de Colombia tiene a su cargo la prestación de servicios a las naves que llegan a puertos colombianos administrados por ella, entre ellos el de Santa Marta (D. 1174/80 art. 1), incluyendo el desembarque (desestiba), movilización y almacenamiento de la carga que transportan (*ibidem,* art. 3). Estos servicios le han sido atribuidos con exclusividad a dicha Empresa.

9. "La Empresa Puertos de Colombia prestó diversos servicios a la motonave Efdim Junior, incluyendo el descargue de la mercancía transportada.

10. "De conformidad con el artículo 13 del estatuto tarifario de la Empresa Puertos de Colombia (aprobado por Decreto número 550 de 6 de marzo de 1981, emanado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, vigente por la época de la liquidación), 'para la liquidación de los servicios a las embarcaciones en puerto', la Empresa (Puertos de Colombia) tomará por regla general la liquidación de los fletes por parte del *naviero*". Es decir que si el naviero liquida el flete por peso, COLPUERTOS debe hacer otro tanto; y si lo liquida al volumen, COLPUERTOS también debe liquidarlo al volumen.

11. "En los conocimientos de embarque número 1, 2, 3, 4 y 1 mencionados, el naviero liquidó y cobró el flete por el transporte de los rollos de papel *al peso,* a razón de US$ 102/1.000 kilos, de manera que por los 1.070.770 kilos de papel el transportador liquidó un flete de US$ 109.218.53, como aparece en la casilla correspondiente de los citados conocimientos.

13. "El día 2 de septiembre de 1983, la Empresa Puertos de Colombia, Terminal de Santa Marta, por medio de su factura 184 liquidó por tonelada/*volumen* varios servicios prestados a la motonave Efdim Junior incluyendo el de descargue del papel.

16. "De la factura FN 184 que fue confirmada por las resoluciones atacadas, Navemar impugna en todos sus rubros".

II. Se desprende con toda nitidez de lo dicho, que siendo la litis de carácter mercantil (así se hayan dictado las resoluciones acusadas que no son sino confirmación por COLPUERTOS de la liquidación contenida en las facturas comerciales por los servicios prestados a las actoras) debe ser dirimida por la justicia ordinaria y no por la contencioso administrativa.

Bajo ningún respecto podría pensarse que COLPUERTOS al expedir esas resoluciones ejercía "función administrativa", pues se repite, todo el asunto en su concepción general gira alrededor de la inconformidad de la actora con la facturación de servicios hecha por la demandada, y que consideró indebida.

El hecho de que COLPUERTOS tenga establecido un mal llamado "procedimiento gubernativo" (Resolución Nº 083 de 17 de junio de 1983) en virtud del cual se dictaron esas resoluciones no puede ni por asomo cambiarle, por arte de birlibirloque, al carácter de comerciales de derecho privado a los contratos mercantiles de prestación de servicios objeto de la presente controversia.

III. Se trata cabalmente de someter a la justicia ordinaria —y sustraerlos a la de derecho público— los litigios que se susciten con ocasión de la *prestación de servicios públicos industriales y comerciales* por entidades del Estado que se comportan como cualquier empresario particular. Y que a propósito fue lo sucedido en Francia con el célebre caso del fallo Bac D'Êloka de 22 de enero de 1921 de su Tribunal de Conflictos.

IV. Existen ya antecedentes de esta Sala en casos similares, de los despachos del H. Consejero Miguel Betancourt Rey, del actual Ponente (autos de 27 de mayo de 1985) y de la Sala (auto de 14 de mayo de 1986, expediente Nº 30).

V. Se encuentra entonces esta Corporación frente a una causal de nulidad insaneable, esto es, la de corresponder el presente asunto a "distinta jurisdicción", esto es, a la ordinaria, según lo previene el artículo 152, numeral 1 del C. de P. C., aplicable tanto en la vigencia de la Ley 167 de 1941 como en la del Decreto 01 de 1984.

En mérito de lo expuesto, esta Corporación con base en el artículo 157 del C. de P. C. (art. 165 del C.C.A.) declara la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso incluyendo el auto admisorio de la demanda, y, ordena el archivo del expediente, una vez ejecutoriada la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en sesión del 17 de octubre de 1986.

*Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán*, Secretario.

*ACTO ADMINISTRATIVO. Condición Resolutoria.*

*ACTO DE CANCELACION Y ACTO DE REVOCACION DIRECTA. Diferencias.*

*COMERCIO EXTERIOR. EXPORTADORES DE CAFE.*
*Según el artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967, en el caso de exportadores de café, el registro como tales ante el Incomex, ha de estar precedido de un visto bueno expedido por la Federación Nacional de Cafeteros. ACTO DE CANCELACION Y ACTO DE REVOCACION DIRECTA. DIFERENCIAS. Las situaciones particulares y el reconocimiento de derechos a que se refiere el artículo 73 del C.C.A., resultan de actos administrativos no condicionados a ninguna conducta específica del beneficiario, una vez creadas o modificadas por ellas y por tanto, no son "actos administrativos PRECARIOS" como los llama la doctrina, sino DEFINITIVOS, en el sentido de no depender, desde el momento de su firmeza, de acontecimientos posteriores a ella. CONDICION RESOLUTORIA. Aplicación en el derecho administrativo.*

*REVOCACION DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO DE CANCELACION. Diferencias.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., catorce de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente Nº 49. Actor: Fabio Tobón Jaramillo.

El actor de la referencia, por intermedio de apoderado, solicita que esta Corporación declare:

"1. Que es nulo el acto administrativo consagrado en los oficios GG-273 de abril 9 de 1985 y GG-320 de abril 23 de 1985, el primero de los cuales toma la decisión y el segundo la explica, mediante los cuales la Federación Nacional de Cafeteros canceló el visto bueno otorgado a Fabio Tobón Jaramillo para su registro como exportador de café ante el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, 'INCOMEX'.

"2. Que es nulo el oficio GG-0702 de octubre 21 de la Federación Nacional de Cafeteros, mediante el cual esta entidad se niega a desatar el recurso de reposición interpuesto contra los oficios GG-273 y GG-320 de abril de 1985, por considerar que estos son simples actos de trámite.

"3. Que en consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Federación Nacional de Cafeteros a reconocer y pagar el valor de los perjuicios

Nacional de Cafeteros a reconocer y pagar el valor de los perjuicios causados al demandante en razón de la decisión tomada, y se le permita reanudar sus labores como exportador de café".

Como la demanda reune los requisitos de orden formal establecidos en la ley para estos casos, será admitida.

*Suspensión provisional*

En la demanda también solicita el actor la suspensión provisional de los actos contenidos en los oficios números GG-273 y GG-320, ambos de 1985, por considerar que ellos violan manifiestamente las siguientes normas de superior jerarquía: Constitución Nacional, artículo 26; Decreto-ley 444 de 1967, artículo 50; Decreto-ley 151 de 1976, artículos 3º, 6º y 8º; C.C.A., artículos 59 y 84; y C.C.A., artículo 73.

La acusación puede agruparse en los siguientes puntos:

1. El acto contenido en los oficios de que ya se habló, es violatorio de los artículos 26 de la C. N., 50 del Decreto 444 de 1967, 3º, 6º y 8º del Decreto 151 de 1976, porque implica una competencia de la cual carece la Federación, toda vez que ella se reduce a la facultad para la expedición del visto bueno a fin de que el exportador de café pueda registrarse como tal en las dependencias del Incomex; mas esa competencia no la tiene la entidad para retirar dicho visto bueno. Además, porque no existiendo un procedimiento legalmente señalado para estas actuaciones, mal podía la Federación disponer uno.

2. Dicho acto no fue suficientemente motivado, ya que donde primero se plasmó (oficio GG-273), no aparecen razones suficientes que lo justifiquen, y sólo posteriormente, a través de oficio GG-320, fueron consignadas unas explicaciones que naturalmente no pueden considerarse como fundamento de un acto anterior.

3. Con el acto acusado se revocó directamente otro que había creado una situación jurídica particular y concreta, sin que para ello hubiera mediado el consentimiento expreso y escrito del beneficiario de la misma.

No comparte el Despacho las apreciaciones del demandante, por las siguientes razones:

1ª Según el artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967, en el caso de exportadores de café, el registro como tales ante el Incomex, ha de estar precedido de un visto bueno expedido por la Federación Nacional de Cafeteros. Es natural que para la expedición de dicho visto bueno, resulte indispensable que la Federación se cerciore de que el futuro exportador reune las calidades y cumple las exigencias pertinentes para serlo, calidades y exigencias que no se agotan con el hecho de acreditarlas una vez, para que sirvan de fundamento permanente al visto bueno, sino que han de continuar en el tiempo y ponerse de manifiesto cada vez que el exportador se propone ejercer su actividad. No aparece manifiesta la conducta ilegal de la Federación cuando por hallar que, según sus averiguaciones y conclusiones, esas calidades y exigencias dejaron de ser exhibidas por el exportador, y encuentra

necesario revisar el otorgamiento del visto bueno que, en principio, no puede ser considerado como inmutable aun cuando las condiciones bajo las cuales se dio hayan desaparecido. Si conforme al aforismo "las cosas en derecho se deshacen como se hacen", no aparece flagrante la violación de la norma contenida en el artículo 50 del Decreto 444 de 1967, porque la Federación no se limita a conceder visto bueno, sino a cancelarlo cuando encuentre que han variado las circunstancias que sirvieron de base para otorgarlo.

El juicio definitivo sobre ese comportamiento de la Federación debe consignarse al final del debate promovido por el proceso, mas no el resolver sobre la admisión de la demanda y la suspensión provisional, porque para ello es preciso el examen de otras normas, como son las relacionadas con la organización de los registros en Incomex y las decisiones mismas de la Federación.

Por otra parte, no parece que resulte quebrantado el precepto del artículo 26 constitucional porque la Federación adopte un procedimiento que sirva tanto para el otorgamiento del visto bueno, como para su cancelación, porque dicho procedimiento, lejos de cegar o limitar el derecho de defensa, si así puede llamarse en este caso, le pone de presente y lo regula. Además, como el artículo 26 citado habla de "leyes preexistentes", "tribunal competente" y "plenitud de las formas de cada juicio", será necesario precisar a través de examen de fondo, si la Federación de Cafeteros, como entidad privada encargada de función pública, puede o no expedir procedimientos que resultarían administrativos, o si por el contrario, ha de esperar a que el Estado le señale uno especial.

2ª Es evidente que el oficio GG-273 se halla motivado, como de sobra lo está el distinguido con el número GG-320. Decir expresamente que el café exportado fue de calidad deficiente y que el exportador incurrió en violación de algunas disposiciones, por haber cambiado café excelso por pasilla, son fundamentos de la decisión. Que ellos sean o no todos los necesarios para generar el acto administrativo, tampoco es cuestión que pueda decidirse a esta altura del asunto materia de la presente providencia, porque ello implica un estudio más a fondo que permite precisar cuáles son las motivaciones exactas que han de contener pronunciamientos como el ahora enjuiciado por el actor.

3ª Si se observa la naturaleza del visto bueno otorgado por la Federación, se encuentra que dicho acto no crea ninguna situación jurídica de carácter particular y concreta, ni reconoce un derecho de igual categoría, de aquellos a que se refiere el artículo 73 del C.C.A. La verdad es que ese acto de la Federación Nacional de Cafeteros envuelve una condición resolutoria, figura que no por venir del derecho privado deja de tener fisonomía y aplicación en el derecho administrativo. En efecto, el visto bueno que permite la inscripción en el registro de exportadores de café en el Incomex, ha de suponer, por lo menos en principio, que el solicitante acreditó sus calidades como exportador y que, una vez inscrito, las mantiene y por ello puede continuar siendo exportador. Mas cuando desmerece como tal, según lo establecido por la Federación, se cumple la condición resolutoria que

quita el fundamento al visto bueno; de donde puede válidamente deducirse que este constituye un acto con vigencia sometida a la satisfacción continua de los requisitos que sirvieron de base para su expedición.

En cambio, las situaciones particulares y el reconocimiento de derechos a que se refiere el artículo 73 del C.C.A., resultan de actos administrativos no condicionados a ninguna conducta específica del beneficiario, una vez creadas o modificadas por ellos y, por tanto, no son actos administrativos "precarios", como los llama la doctrina, sino definitivos, en el sentido de no depender, desde el momento de su firmeza, de acontecimientos posteriores a ella.

Como consecuencia de lo anterior, puede decirse que la revocación directa con las restricciones predicadas por el artículo 73 en cita, sólo es posible en relación con actos administrativos que tengan el carácter definitivo antes anotado, y por las causales específicas que señala el artículo 69 del mismo estatuto. Estos, evidentemente, no podrían predicarse de actos como el que es objeto de la presente acción, porque las razones de ilegalidad, inconstitucionalidad e inconveniencia en que se apoya el texto del artículo 69, no son predicables en principio, se repite, del acto que concede el visto bueno. Al respecto resulta aplicable la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado:

"A juicio de la Sala, la resolución impugnada no es un acto de revocación del permiso otorgado, sino de cancelación del mismo. El acto de revocación se funda en circunstancias anteriores o coetáneas al acto que se revoca, constitutivas de vicios que afectan su validez o legitimidad. En cambio, la cancelación se produce por circunstancias sobrevinientes y que, por lo mismo surgen durante la ejecución del permiso, que no afectan su validez sino que impiden que continúe su ejecución. En el caso de autos se trata de un acto de cancelación por hechos sobrevinientes, constitutivos de incumplimiento de obligaciones derivadas del permiso, y por esta razón no se configura violación del artículo 24 del Decreto 2733 que regula un fenómeno jurídico diferente, como es el de la revocación directa" (Sección Primera, Sentencia, agosto 30 de 1978, Ponente, Doctor Carlos Galindo Pinilla. Anales, Tomo XCV, Nos. 459/60, Segundo Semestre, 1978, pág. 180).

Otra cosa es que la Federación proceda a la cancelación o retiro del visto bueno, apoyada en hechos no constitutivos de causal para ello, o insuficientes para adoptar tal decisión. Mas este aspecto es precisamente el fondo del presente asunto, y sólo después del amplio debate que suponen las etapas del proceso, será posible concluir con suficientes razones, si la Federación violó la ley.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

*Decide:*

Primero. Admitir la demanda propuesta. Por tanto, dispone lo siguiente:

a) Tener como parte demandante al señor Fabio Tobón Jaramillo;

b) Notificar personalmente esta providencia al señor Fiscal Primero de la Corporación;

c) Notificar también en forma personal al señor Gerente General de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia en calidad de parte demandada;

d) Fijar en lista este negocio por el término legal de diez (10) días, para los efectos del artículo 207.3 del C.C.A.;

e) Solicitar a través de la Secretaría los respectivos antecedentes de los actos acusados (oficios) a la Federación Nacional de Cafeteros.

Segundo. Tener como apoderado del demandante, al Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

Tercero. Denegar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo consagrado en los oficios GG-273 de abril 9 de 1985 y GG-320 de abril 23 de 1985, expedidos por la Federación Nacional de Cafeteros.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Guillermo Benavides Melo,* Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*EMPLEADOS DEL CONGRESO. PROVISION DE EMPLEOS. ESTABILIDAD. Situaciones que puedan presentarse.*
*INSUBSISTENCIA. Funcionario encargado de declararla.*
*INSUBSISTENCIA EN EMPLEADOS DEL CONGRESO.*
*VER: EMPLEADOS DEL CONGRESO. Provisión de empleos. Estabilidad. EXTRACTOS página 643.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., cinco de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente Nº 1101. Actor: César Dimas Barrero Mosquera. Autoridades nacionales.

El Doctor César Dimas Barrero Mosquera actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción para entonces consagrada por el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, demandó la nulidad de la Resolución 108 de 15 de octubre de 1982, proferida por la Comisión de la Mesa del Senado de la República, por la cual se le declaró insubsistente del cargo de Jefe de División de Referencia Legislativa de esa Corporación, y que a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación a reconocerle y pagarle los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos que hubiere dejado de percibir desde la fecha de retiro, hasta la fecha en que sea efectivamente restituido al servicio. Así mismo pide que para todos los efectos legales, se disponga que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados.

*I. Hechos fundamentales de la acción*

Relata el libelo en sus aspectos fundamentales que el actor fue nombrado como funcionario del Senado, mediante resolución número 31 de 27 de noviembre de 1979, para el cargo anteriormente referido y por designación que efectuara el Director Administrativo de esa Corporación conforme al artículo 4 de la Ley 52 de 1978; que con fecha 2 de octubre de 1979 tomó posesión del cargo, habiendo obtenido con posterioridad el reconocimiento y pago tanto de una prima técnica del 40% del sueldo mensual devengado como de una prima de antigüedad equivalente a un 10% como incremento de ese mismo sueldo; que la Comisión de la Mesa del Senado, extralimitándose en el

ejercicio de sus facultades legales, invadiendo la órbita de competencia del Director Administrativo, con violación manifiesta de la Ley 52, se declaró insubsistente al demandante en el cargo ya referido mediante la resolución que aquí se enjuicia; que contra el acto demandado sólo cabe el recurso de reposición, por no tener la Comisión de la Mesa superior jerárquico; que ese acto nunca le fue legalmente notificado y que sólo hasta fines del mes de octubre de 1982 pudo persuadirse de aquella circunstancia cuando se hizo presente en su despacho la persona que le sucedió en el cargo, con el fin de recibir la oficina; que al retirarse del servicio, tenía una asignación total de $ 68.573.25 mensuales.

*II. Disposiciones violadas y concepto de la violación*

Se traen como preceptos jurídicos quebrantados los artículos 16, 17 y 20 de la Constitución Nacional, como los artículos 3 y 14 de la Ley 52 de 1978.

En parte alguna señala el actor la manera como pudieron haberse violado por el acto demandado los referidos cánones legales, pero en todo caso sí precisa el alcance de la violación de las referenciadas normas de la Ley 52, cuyo quebranto se hace consistir precisamente en la falta de competencia de la Comisión de la Mesa del Senado de la República, para señalar la declaratoria de insubsistencia, que exclusivamente le correspondía al Director Administrativo, como también a su posibilidad de permanecer en el cargo, durante el período constitucional de la respectiva Cámara.

*III. Cuantía de la acción*

La estimó el demandante en suma mayor a $ 500.000.00, por lo que con base en las normas a la sazón vigentes para la fecha de presentación de la demanda (9 de febrero de 1983), el Consejo de Estado debería conocer en única instancia.

*IV. Reconstrucción del proceso*

El proceso instaurado fue objeto de reconstrucción según los términos del Decreto 3825 de 1985, y al efecto se dispuso en providencia ya ejecutoriada de 26 de agosto del presente año, que se le declaraba como tal hasta el estado de hallarse al despacho para sentencia, teniéndose como pruebas las allí mismo relacionadas.

*V. Consideraciones de la Sala*

Habiéndose trabado la relación jurídico-procesal con el lleno de todas las formalidades legales, y tratándose como se dijo de un proceso que para antes de la vigencia del Decreto-ley 01 de 1984, era de conocimiento del Consejo de Estado en única instancia, pero que según la nueva normatividad debiera tener dos instancias, por disposición del artículo 266, *in fine*, de aquel estatuto legal, ha de ser conocido y fallado por esta corporación judicial, por lo cual así se procede con una sentencia de mérito.

Evidencian los autos que César Dimas Barrero fue vinculado al Senado de al República, como Jefe de la División de Referencia Legislativa, a partir del 2 de octubre de 1979 y que por la resolución demandada, con efectividad a su fecha (15 de octubre de 1982) fue declarado insubsistente, teniendo para entonces una asignación básica mensual de $ 50.850.00, más $ 12.638.25 de prima técnica y $ 5.085.00 de prima de antigüedad.

El aspecto que se debate es saber si el acto administrativo demandado, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo antes dicho, emana del funcionario competente. Al respecto aparece la norma del artículo 14 de la Ley 52 de 1978, por la cual se determinan la planta de personal para el Congreso Nacional, se fijan sus asignaciones y se dictan otras disposiciones, que a la letra dice "La provisión de los empleos del Congreso corresponde a los Directores Administrativos de candidatos que postularán las mesas directivas de la respectiva Cámara, y las Comisiones Permanentes o Legales, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, la proporcionalidad de los partidos políticos representados en la corporación y dando prelación al personal que actualmente labora, cuando cumplan los requisitos exigidos para el cargo. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los empleados cuya designación se haga por elección de las Cámaras y los Secretarios de las Comisiones Constitucionales. *Parágrafo transitorio.* Mientras los directores administrativos no hagan los nombramientos en propiedad continuarán en sus cargos los empleados que actualmente presten sus servicios a las Cámaras con las asignaciones señaladas en esta ley. Así mismo, mientras no se haga la designación de los Directores Administrativos, las Mesas Directivas ejercerán provisionalmente las funciones de Administración de personal, excepto la de nombrar nuevos empleados".

Del artículo anteriormente transcrito resulta apenas nítido que por regla general la capacidad nominadora de empleados de las cámaras legislativas compete a los Directores Administrativos, con la simple posibilidad de que las mesas directivas de las mismas, y las comisiones permanentes o legales postulen candidatos. Esos nombramientos deben obedecer a los criterios consignados allí en la norma, con el sano propósito obviamente de lograr un sano manejo administrativo del personal al servicio del Congreso. Esa competencia resulta ser exclusiva para el respectivo Director Administrativo, y tan es así que cuando no se haya efectuado la designación de éste último, las mesas directivas de las Cámaras pueden ejercer provisionalmente las funciones de administración de personal, excepto las de nombrar nuevos empleados.

Naturalmente que el funcionario público llamado a efectuar el nombramiento es el encargado así mismo de declarar su insubsistencia o remoción, a menos que la ley para cada caso señale mecanismos especiales. Los empleados del Congreso son nombrados por los Directores Administrativos como se acaba de ver, sin que por otro lado la ley en referencia permita su desvinculación por parte de otras jerarquías por mayores que estas sean, admitiéndose apenas de una manera provisional que las mesas directivas de uno y otro cuerpo legislativo puedan ejercer funciones de administración de personal, pero sólo en

el único evento de que aquellos directores no hayan sido designados. Ya esta Corporación en auto de 28 de marzo de 1980 (exp. 3678. Consejero ponente: Dr. Ignacio Reyes Posada) con base en la referida Ley 52 de 1978 precisó que esa provisión de empleos del Congreso corresponde a los Directores Administrativos antes señalados. No parece correcto dentro de un sano manejo de personal, que la capacidad de remoción de empleados esté fijada en funcionarios diferentes a los nominadores, a menos que criterios especiales tenidos en cuenta por el legislador posibiliten tal circunstancia. En el caso de los empleados de las cámaras legislativas, no parece permitida una conducta diferente, y por tanto la resolución enjuiciada que es la número 108 de 15 de octubre de 1982, por medio de la cual la Comisión de la Mesa Directiva del Senado de la República, "en uso de sus facultades legales y reglamentarias, y en especial las que confiere la Ley 52 de 1978", declaró insubsistente el nombramiento del demandante resulta írrita por la manifiesta incompetencia de tal organismo para tomar semejante medida.

El demandante fue designado mediante la resolución número 031 de 27 de septiembre de 1979 (fol. 13), proferida por el Director Administrativo del Senado de la República, y en tal orden de ideas, sólo un acto de este mismo funcionario era el llamado a producir su remoción.

Empero es del caso tener en cuenta que el artículo 3º de aquella ley consagra un régimen de estabilidad para los empleados del Congreso y tan sólo para el período constitucional de la Cámara en que hubieran sido nombrados, por lo que vencido éste y habiendo proseguido en sus funciones en el subsiguiente, nada obsta a que puedan ser declarados insubsistentes. Otra suerte sería que ya en un nuevo período sean objeto de un nuevo nombramiento por parte del Director Administrativo.

El anterior ha sido el parecer de esta Corporación consignado en otras circunstancias análogas, como en el fallo de 29 de julio de 1986 (Consejero ponente: Aydée Anzola Linares).

Al demandante se le removió como ya se dijo mediante un acto producido por un organismo directivo del Senado, incompetente para el caso, que no por el Director Administrativo como era lo correcto, con fecha 15 de octubre de 1982 (fol. 11). Al demandante como es apenas natural entenderlo no se le puede reintegrar al cargo que venía desempeñando, por lo que se dejó consignado atrás, y tan sólo tendrá derecho a que se le paguen los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde la fecha de su remoción hasta el día de la posesión de la persona nombrada en su reemplazo dentro del período 1982 a 1986.

## *VI. Decisión de la Sala*

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

*Falla:*

*Primero.* Declárase la nulidad de la Resolución número 108, de fecha 15 de octubre de 1982, proferida por la Comisión de la Mesa del Senado de la República, tan sólo en cuanto declaró insubsistente el nombramiento de César Dimas Barrero Mosquera, como Jefe de la División de Referencia Legislativa de dicha Corporación.

*Segundo.* No ordenar el reintegro del demandante al cargo antes referido por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

*Tercero.* Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del numeral primero, y a modo de restablecimiento del derecho, condénase a la Nación —Senado de la República—, a reconocer y pagar al señor César Dimas Barrero Mosquera los sueldos, primas, vacaciones, bonificaciones y demás emolumentos que hubiere dejado de percibir, desde la fecha en que fue retirado hasta el día de la posesión de la persona nombrada en su reemplazo para el período constitucional del Senado de la República (1982-1986).

*Cuarta.* Dése cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y archívese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 24 de octubre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*ACTO ADMINISTRATIVO. Presunción de legalidad.*
*DIRECTIVAS PRESIDENCIALES.*
*Las DIRECTIVAS y las ORDENES que emita el Presidente de la República serán obedecidas por sus subalternos y agentes, si con ellas no se cercenan las facultades que a éstas les otorga la ley.*
*ACTO ADMINISTRATIVO. Presunción de legalidad.*
*INSUBSISTENCIA. Dicha facultad no puede ser derogada, modificada o suspendida por una simple directiva presidencial, sino por norma de igual o superior jerarquía.*
*INSUBSISTENCIA. Discrecionalidad de la administración.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Proyectó: Doctor Tulio Chirolla Escaño. Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 620. Actor: Rafael Figueroa Figueroa. Autoridades nacionales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia proferida el 1º de noviembre de 1985 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que denegó las súplicas de la demanda, en la cual se hicieron las siguientes peticiones:

"*Primera.* Que se decrete la nulidad de la Resolución número 0006 del 10 de enero de 1984, proferida por el Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, 'INDERENA', mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de mi mandante Doctor Rafael Figueroa Figueroa, en el cargo que desempeñaba como Director Regional del INDERENA para Boyacá y Casanare, con una asignación básica mensual de $ 55.650.00 M/Cte. y gastos de representación mensuales por la suma de $ 6.800.00 M/Cte.

"*Segunda.* Declarar que es nula la resolución o actos administrativos similares, por medio de los cuales la entidad demandada le haya designado reemplazo al actor, para ocupar el cargo que éste venía desempeñando en el momento de ser declarado insubsistente su nombramiento.

"*Tercera.* Que como consecuencia de las nulidades solicitadas por inconstitucionalidad e ilegalidad y el restablecimiento del derecho violado, se condene al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, 'INDERENA', al reintegro de mi poderdante Doctor Rafael Figueroa Figueroa al cargo que desempeñaba como Director Regional del INDERENA para Boyacá y Casanare, o a uno de igual o superior categoría, dentro de los términos legales previstos por el C.C.A., comunicándose tal decisión al Gerente General del INDERENA en el país, para efectos de la antigüedad, ascensos, prestaciones legales y extralegales, reajustes salariales y demás derechos establecidos para los empleados públicos del orden descentralizado nacional por las leyes vigentes, sector administrativo al cual pertenece la entidad demandada donde labora el actor.

"*Cuarta.* Que como consecuencias de las declaraciones anteriores, se condene a la entidad demandada, al pago de sueldos percibidos mensualmente por el demandante con los respectivos reajustes que se decretaren posteriormente, prima de navidad, prima de servicios, reconocimiento en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas, prima de vacaciones, gastos de representación mensuales y sus reajustes, promedio mensual de viáticos percibidos por el actor y las cesantías y demás prestaciones legales y extralegales dejadas de percibir, desde el día en que se decretó la insubsistencia del nombramiento de mi mandante, hasta la fecha en que se produzca su reintegro, tomándose como base para la liquidación la remuneración mensual que devengaba el actor en la fecha de separación del cargo y los aumentos porcentuales que posteriormente se hubieren decretado, tanto en sueldos como gastos de representación mensuales para la posición ocupada por mi representado, dentro de la planta de personal y escalas de asignaciones de la entidad pública descentralizada demandada.

"*Quinta.* Declarar que para el reconocimiento de prestaciones y todos los demás efectos jurídico-laborales, no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte del demandante durante todo el tiempo de cesación en el empleo ocasionado por el acto administrativo que se acusa, y que, en consecuencia, tiene derecho a que se le compute todo el tiempo de separación del cargo como de servicio activo, especialmente a lo atinente al reconocimiento y pago de cesantías, pensión de jubilación y demás derechos que puedan derivarse de su posición administrativa en ejercicio".

Como hechos de la demanda se relacionaron los siguientes:

"1. El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, 'INDERENA', es una establecimiento público adscrito al Ministerio de Agricultura, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, creado y reorganizado por los Decretos 1050, 2420 y 3130 de 1968 y Decreto 133 de 1976 y Decreto 2683 de noviembre 28 de 1977.

"2. El Gerente General del INDERENA es el representante legal y estatutario de la entidad citada como demandada, tal como lo preceptúa el Decreto 2420 de 1968, artículo 26 y Decreto 2683 de 1977, artículo 8.

"3. Por medio de Resolución número 0684 del 22 de septiembre de 1977 de la Gerencia General del INDERENA, se nombró a mi poderdante para desempeñar el cargo de Jefe de Seccional del INDERENA de Boyacá, tomando posesión por medio del Acta número 113 del 1º de octubre de 1977 en Bogotá.

"4. Por Resolución número 1741 del 10 de agosto de 1979 de la Gerencia General del INDERENA, el actor Figueroa Figueroa, fue promovido del cargo dentro de la misma entidad demandada.

"5. Posteriormente por medio de Resolución número 0068 del 20 de enero de 1981 de la Gerencia General del INDERENA, el actor fue incorporado a uno de los cargos creados por el Decreto número 2683 de octubre 8 de 1980, llevándose a cabo la respectiva posesión por medio de Acta número 061 del 10 de marzo de 191, (sic) en el cargo de Director Regional 2035-08 Regional Boyacá.

"6. Por Resolución número 0274 del 1º de marzo de 1983 de la Gerencia General del INDERENA, se dispuso incorporar entre otros al actor en la nueva Planta de Personal establecida para la entidad demandada, por Decreto número 3194 de noviembre 12 de 1982, habiendo tomado posesión el actor por medio de Acta número 491 del 16 de marzo de 1983.

"7. El Doctor Rafael Figueroa Figueroa desde la fecha de su vinculación al INDERENA hasta cuando se produjo su retiro por insubsistencia de su nombramiento, desempeñó sus funciones ininterrumpidamente a satisfacción, con plena capacidad e idoneidad profesional, observando intachable conducta y honorabilidad y cumpliendo a cabalidad con los reglamentos de trabajo y demás órdenes que le eran impartidas por sus superiores.

"8. Las funciones que cumplía mi representado en el cargo que venía desempeñando eran de carácter administrativo, directivo y técnico relacionadas directamente con la conservación, aprovechamiento, uso, fomento, control y vigilancia de aguas, bosques, recursos hidrobiológicos, suelos, fauna y flora silvestre en general, propendiendo por la defensa y conservación de los recursos naturales renovables de esta sección del país (Boyacá y Casanare).

"9. Inexplicablemente y en directa violación de normas nacionales específicas que regulan la relación entre los empleados públicos a nivel del sector administrativo descentralizado nacional, mi poderdante fue retirado del servicio sin mediar ninguna fundamentación de hecho o de derecho para tan arbitraria y unilateral determinación, cuando se encontraba laborando normal y cumplidamente, desconociéndose la "inmovilidad relativa" que lo amparaba de su empleo de conformidad con lo clara y categóricamente establecido en la Directiva Presidencial, del 10 de noviembre de 1983, suscrita por el Presidente de la República Doctor Belisario Betancourt Cuartas.

"10. La resolución impugnada de nulidad número 0006 del 10 de enero de 1984, le fue comunicada oficialmente a mi mandante el 12 de enero de 1984 por medio de oficio número 00390, siendo que dicho acto administrativo de la Gerencia General es de plano y motivado

en la unilateral, ilegal e injusta determinación que en él se plasmó y con la cual se ha causado serio agravio económico patrimonial y moral a mi representado.

"11. Cabe anotar, que en el acto administrativo acusado, no fue consultado previamente y por escrito con el señor Ministro de Gobierno para que diera su concepto sobre su conveniencia y fundamental (sic) su legalidad, tal como lo preceptúa imperativamente la directiva presidencial número 13 del 10 de noviembre de 1983, observándose que nada se dice al respecto de esta exigencia ni en la parte motiva ni resolutiva de la resolución 0006 del 10 de enero de 1984, lo cual implica que se está burlando por parte de la Gerente General del INDERENA, el control o tutela administrativa previa y obligatoria del Ministerio de Gobierno, sobre los actos que los gerentes de entidades descentralizadas del orden nacional profirieran entre el 10 de noviembre de 1983 y el 11 de marzo de 1984, sobre nombramientos, traslados, ascensos, o remociones de empleados, incurriéndose por ello en una directa y regular expedición de la resolución por medio de la cual se declaró la insubsistencia de nombramiento del actor.

"12. El ilegal e injusto retiro del servicio de mi poderdante, por medio del acto administrativo acusado lo colocó en difícil situación económica que le ha venido causando graves perjuicios de orden moral, ya que se le ha privado del medio laboral por medio del cual derivaba su subsistencia cotidiana, lo mismo que a su familia.

"13. El proferimiento de la Resolución número 0006 del 10 de enero de 1984 por la cual se decretó la insubsistencia del nombramiento del actor, en ningún momento obedeció a motivos de orden público, mala conducta, infracciones penales o supuestas necesidades del servicio, y por el contrario como se acreditará dentro del debate probatorio pertinente dicho acto administrativo adolece fundamentalmente del vicio denominado DESVIACION DE PODER, puesto que, fuera de que carece de motivación alguna, de que está irregularmente despedido, sus motivos determinantes fueron única y exclusivamente de carácter político partidista persecutorio preelectoral.

"14. El Doctor Rafael Figueroa Figueroa, venía prestando sus servicios al INDERENA, desde el primero de octubre de 1977, en forma ininterrumpida hasta el instante de ser declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Director Regional de INDERENA para Boyacá y Casanare con sede en Tunja, instante en el cual tenía una asignación básica mensual de $ 55.650.00 y gastos de representación mensual por $ 6.800.00.

"15. Ante la certidumbre de que la declaratoria de insubsistencia era injustificada, inmotivada en absoluto y arbitraria y que respondía fundamentalmente a fines proclives y oscuros de persecución política partidista preelectoral, el Doctor Rafael Figueroa Figueroa, con fecha 26 de marzo de 1984 envió un telegrama al señor Presidente de la República poniéndole en conocimiento tal situación, documento cuya copia adjunto al libelo, y que era efectivamente recordatorio de su oficio de fecha enero 30 de 1984, que con antelación había dirigido al Primer Magistrado de la Nación.

"16. No se agotó la vía gubernativa, ya que el acto acusado por medio del cual se declaró la insubsistencia del cargo que venía desempeñando el actor es un típico acto-condición, y con la expedición y perfeccionamiento de la resolución impugnada se agotó por sí mismo la administración, su poder al efectuar el acto-condición acto dispositivo y no decisorio, tal como invariablemente lo ha venido sosteniendo el H. Consejo de Estado, desde la sentencia de fecha 30 de julio de 1960, T. LXII, números 387-391, TG 607".

Como disposiciones infringidas se señalan en la demanda, las siguientes: artículos 17, 20, 26 y 30 de la C. N.; Decretos 3135 de 1968; 1848 de 1969; 1950 de 1973; 2400 de 1968, artículo 26 y artículo 240 de la Ley 4ª de 1913. En torno a estas disposiciones el actor desarrolla el concepto de la violación (folios 26 a 33).

Para decidir,

*Se considera:*

Se basa la impugnación del acto acusado, en síntesis en que de una parte violó la Directiva Presidencial número 10 de noviembre de 1983, que le deparaba al actor una relativa inamovilidad en el cargo, y de otra, que se profirió con desviación de poder.

La Sala comparte los razonamientos hechos por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en el sentido de que una Directiva Presidencial no puede pugnar con normas superiores, cuando dice en su fallo:

> "El Presidente de la República es el Jefe de la Administración, es cierto, pero sus actos se encuentran circunscritos al marco legal y constitucional, de suerte las directivas y órdenes que emita serán obedecidas por sus subalternos y agentes, si con ellas no se cercenan las facultades que a éstos les otorga la ley.
>
> "Mientras las normas no sean suspendidas, modificadas, o derogadas regularmente y mediante los procedimientos prefijados, es claro que cualquier determinación presidencial deberá someterse a ellas..."
>
> "Entonces, conforme se ha planteado, si una directiva presidencial, limita, muta o cercena esa facultad que la ley le otorga al nominador, no cabe duda, la directiva en cuestión resulta ineficaz, pues, otra vez se repite, no posee la virtualidad de suspender por ciertos espacios de tiempo la vigencia de ninguna norma, ni mucho menos establecer procedimientos en contra o paralelos a los a los (sic) ya diseñados por la norma superior".

Por otro aspecto, en autos no está demostrado que el actor estuviera adscrito en la carrera administrativa, de donde se infiere, que se trataba de un funcionario perteneciente al régimen de libre nombramiento y remoción, que no obligaba por lo tanto a que se motivara el acto de su desvinculación del servicio. Acto que al estar amparado por la presunción de legalidad, se reputa encaminado hacia el buen servicio, mientras no se demuestre lo contrario. Con las pruebas apor-

tadas al proceso, el actor no logró desvirtuar esa presunción, las cuales analiza muy bien el *a quo*, cuando dice:

"...al proceso se trajeron las declaraciones de Gladys Angarita (fol. 99 cuaderno 2), Luis Hernández (fol. 97 *ibídem*), Lilia Vargas Cepeda (fol. 98 *ibídem*) cuyos testimonios concuerdan absolutamente en señalar cómo el actor durante el desempeño como Director de la Regional de Boyacá-Casanare del INDERENA, fue particularmente fructífera. Indican que se trataba de una persona absolutamente estimada por todos los compañeros de trabajo, que no tuvo ningún tipo de problemas en el ejercicio de sus funciones.

"Pero, también es uniforme su versión en indicar que no les consta en manera alguna que haya habido algún tipo de persecución política en contra del demandante y por parte de la Gerente General de la entidad demandada.

"Y dentro de la misma línea de conducta se mueve el testimonio del Doctor Alirio Rodríguez (fol. 99 *ibídem*) y de José Leovigildo Puentes (fol. 100 *ibídem*).

"Solamente el testimonio del señor Leonel Nevardo Buitrago Carreño (fols. 102 y ss. del cuaderno 2), se aparta de la anterior línea de conducta y afirma que el demandante ciertamente se le persiguió por su posición política. Afirma que lo supo directamente de la Asesora Jurídica de la Regional y de aquella época, aun cuando no le consta que la Gerente General haya expresado personalmente tal vivencia.

"Este testigo fue tachado por sospechoso desde la contestación del libelo inicial, y luego por el señor Fiscal Segundo de la Corporación.

"La razón en virtud de la cual se indica la calidad de sospechoso del aludido testigo se fundamenta en que éste fue destituido del INDERENA, luego de la correspondiente tramitación administrativa, y, por lo tanto su testimonio resulta interesado.

"Y es ésta la oportunidad para calificar el testimonio en cuestión.

"Es humano pensar que una persona a la cual se le destituye de un cargo, pueda tener en contra de quien produjo el acto, algún desafecto que, a su vez, le induzca a significar cierto interés negativo.

"Eso es apenas normal. Sin embargo, aun cuando son razones ponderadas, muchas veces pueden resultar equívocas; puesto quien se tacha de sospechoso, puede resultar aportando un testimonio totalmente equidistante y absolutamente serio; de suerte que no siempre es razonable el argumento expuesto.

"En el presente caso, el testigo Buitrago Carreño, según se desprende de la Resolución número 236 del 9 de marzo de 1984 y que obra a los folios 64 y ss. del cuaderno número 1, tuvo serios problemas con la Asesora Jurídica de entonces, y a partir de ellos vino la destitución del aludido.

"Y dentro de su versión, comenta que justamente esa funcionaria le hizo saber que su objeto principal era el de buscar la salida del Director Regional, y por orden de la Gerencia.

"Y es posible que así le hubiese dicho la aludida Asesora. Sin embargo, el mismo testigo posteriormente manifiesta que no le consta que la Gerente General hubiese negociado el cargo con algún otro grupo político, sino que era voz común tal supuesto.

"Bien. Tenemos en primer término que la Asesora Jurídica de la Regional, con la cual tuvo el altercado el testigo cuestionado, claro, era una funcionaria importante, pero no tanto ni de tanta relievancia como para determinar la voluntad de la entidad nominadora. Ella no lo era, y sí pone de manifiesto el testigo que con la aludida las relaciones no eran las mejores.

"Y, de otra parte, la versión de la persunción (sic) política o por éste tipo de razones, simplemente la plasmó con la base en el comentario común; en que lo escuchaba del decir de las gentes, pero no lo que hubiese advertido directamente. Si así hubiera sido, es claro que la situación sería absolutamente diversa.

"En suma: lo que el testigo manifestó o puso de relieve fue resaltar cierta prevención en contra de una funcionaria subalterna, la Asesora Jurídica de la Regional, por aquel entonces; pero no que a través de dicho testimonio pueda relievarse plenamente, completa y totalmente la desviación de poder. Genera sospechas, pero estas no alcanzan a desvirtuar la presunción de legalidad del acto censurado.

"Y así, además de que resulta excesiva la calificación de sospechoso del testigo Buitrago, no encuentra el Tribunal prueba idónea para significar que hubo desviación de poder".

En su concepto, el señor Fiscal del Consejo de Estado corrobora lo dicho por el *a quo,* cuando expresa:

"Se trata de dilucidar en el presente proceso si el actor tiene derecho a ser reintegrado al cargo que, como Director de la Regional de Boyacá y Casanare del INDERENA venía desempeñando y al pago de los sueldos y demás prestaciones que dejó de percibir desde la fecha en que fue separado de su cargo.

"Fundamenta el actor sus peticiones, en el hecho de que fue declarado insubsistente desconociéndose la 'inamovilidad relativa, que lo amparaba de su empleo de conformidad con lo claro y categóricamente establecido en la Directiva Presidencial del 10 de noviembre de 1983, suscrita por el Presidente de la República, Doctor Belisario Betancur Cuartas' ".

"Igualmente aduce el actor, que el acto demandado adolece del vicio denominado desviación de poder, ya que sus motivos determinantes fueron única y exclusivamente de carácter político, partidista persecutoria preelectoral, nunca en busca del buen servicio.

"El Tribunal en la sentencia apelada mediante un amplio análisis que este Despacho comparte, negó las peticiones del libelo,

por considerar que a lo largo del proceso el actor no logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado al no probar la desviación de poder alegada; y por cuanto las directivas presidenciales tienen validez y obligan en la medida en la cual no pugnen, limiten o de alguna manera quebranten normas superiores (fl. 96).

"Realmente el actor carece de razón en sus pretensiones.

"En ningún momento demostró estar amparado por carrera administrativa, ni gozar de período fijo, ni nada en fin, que impidiera a la Administración hacer uso de su facultad para remover libremente, mediante la declaración de insubsistencia a un empleado público no amparado por un fuero de estabilidad.

"Ahora bien, como lo anota el *a quo*, dicha facultad (declaración de insubsistencia) no puede ser derogada, modificada o suspendida por una simple directiva presidencial, sino por norma de igual o superior jerarquía.

"Por consiguiente, a pesar de las directivas presidenciales, las autoridades nominadoras continúan en ejercicio de las facultades de que las invistió la ley y que para el caso está contemplada en el artículo 26 del Decreto extraordinario 2400 de 1968.

"Así las cosas, al ser el actor un empleado de libre nombramiento y remoción, y al no haber demostrado fehacientemente como le correspondía, la existencia de los motivos alegados, ajenos a la efectividad del buen servicio, su nombramiento podría ser declarado insubsistente como se hizo, con ajuste a derecho".

Acorde la Sala en el criterio del Tribunal y con el concepto de la Fiscalía, el fallo objeto del recurso habrá de confirmarse.

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

*Falla:*

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 1º de noviembre de 1985.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 14 de noviembre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*VIA GUBERNATIVA. Recurso de apelación.*

*SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO.*

*EMPLEADOS DEL ORDEN NACIONAL DE LA RAMA EJECUTIVA Y DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES.*

*Normas aplicables.*

*JUBILADOS. Reintegro al servicio a los cargos de Diputados o Congresistas. Reliquidación de la pensión y reajuste.*

*RECURSO DE APELACION EN VIA GUBERNATIVA.*

*¿Contra qué se interpone?*

*Regulación en el Decreto 2733 de 1959 y en el nuevo Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984.*

*PENSION DE JUBILACION. RELIQUIDACION O REAJUSTE POR REINGRESO AL SERVICIO DE JUBILADOS A LOS CARGOS DE DIPUTADOS A LAS ASAMBLEAS O CONGRESISTAS.*

*1º Normación aplicable (artículo 4º de la Ley 171/61).*

*2º Requisitos del reintegro. Mínimo por tres años.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., quince de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas A. Abogado Asistente.

Referencia: Expediente Nº 70. Actor: José Joaquín Torres Bohórquez.

Se decide el recurso de apelación, interpuesto y sustentado oportunamente por el señor Agente del Ministerio Público ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, contra la sentencia proferida por dicho Tribunal el 26 de octubre de 1985.

*La sentencia recurrida*

En la ameritada sentencia se declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y que tuvo operancia el silencio administrativo por parte de la misma sobre el recurso subsidiario de apelación interpuesto por el actor contra la resolución que le denegó la reliquidación de su pensión de jubilación.

Esta sentencia declaró nulas las Resoluciones números 5317 del 23 de septiembre de 1981 y 5949 del 27 de julio de 1982, expedidas

por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por las cuales, respectivamente, se negó la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, y se confirmó esa negativa.

La misma providencia ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social reliquidar la pensión mensual vitalicia del demandante, "a partir del 1º de enero de mil novecientos ochenta, en la suma que resulte luego de los promedios respectivos y con base en las certificaciones sobre emolumentos recibidos durante los últimos tres años de servicio; suma que se incrementará con los reajustes que hayan tenido suceso desde entonces, y hasta la fecha, conforme lo dispone la Ley 4ª de 1976". (fols. 79-80).

El fallo apelado se fundamentó en las consideraciones siguientes:

En primer lugar, se decidió que no prosperaban las excepciones de la demanda, ni la petición de fallo inhibitorio hecha por el Fiscal colaborador, que estaban fundamentadas en el no agotamiento de la vía gubernativa por no haberse tramitado y resuelto el recurso subsidiario de apelación interpuesto por el actor contra la Resolución número 05317 de septiembre 23 de 1981 del Subdirector de Prestaciones Económicas de "CAJANAL", por estas razones:

"El señor apoderado de la entidad demandante (sic) propone su cuadro exceptivo, sobre la base de que el señor apoderado del demandante cuando se notificó personalmente de la resolución en virtud de la cual se resolvía el recurso de reposición expresó: 'acepto y renuncio a términos', razón por la cual se liberaba a la administración de continuar con el procedimiento gubernativo.

"Entendió que habría renunciado a que este se continuase, es decir, que tal frase indicaría que habría desistido del recurso subsidiario.

"Nada más inexacto.

"En primer lugar, al resolverse el recurso de reposición, dentro de la resolución notificada al apoderado del demandante y en donde impuso la frase que se ha reproducido en comillas, *también se disponía conceder el recurso de apelación interpuesto como subsidiario.*

"La aceptación no podía entenderse, siguiendo el patrón expuesto por la demandada, en forma parcial, sino integral. Esto, de una parte.

"De otra; tal expresión, en ningún momento puede tomarse como un desistimiento por parte del recurrente, puesto que expresamente no se aludió, y, además, porque el aludido apoderado no se encontraba facultado para ello. Así se deduce de la lectura atenta del poder conferido por el demandante y que el señor apoderado de la entidad demandada, debió consultar detenidamente, como era su obligación. Este poder obra al folio 138 del cuaderno número 2, y que fue sustituido al apoderado que reci-

bió la notificación, con las mismas facultades iniciales (fol. 158 cuaderno 2), como es natural.

"Además de lo anterior, el mismo artículo 18 del Decreto 2733 de 1950 (sic) en su parágrafo único, consignaba:

"'Se entenderá agotada la vía gubernativa cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en los artículos anteriores, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de UN (1) MES SIN QUE RECAIGA DECISION RESOLUTORIA SOBRE ELLOS' (otra vez se resalta).

"Buscando el alcance de la citada norma, claro, a través de su propio contenido, debe entenderse que al haberse interpuesto como principal el recurso de reposición y como subsidiario el de apelación, resuelto aquel, tendría la administración un plazo de un mes para solucionar el subsidiario. Al precluir este término, se subentiende, habilita al interesado para que concurra al recurso jurisdiccional, no cabe duda. Y podrá ejercer la acción correspondiente, entonces, en cualquier tiempo.

"En el presente caso, negado el recurso de reposición, tenía la administración el deber jurídico de resolver la apelación propuesta, dentro del plazo aludido. Al no hacerlo, habilita al recurrente para acudir al recurso jurisdiccional.

"Así las cosas, se advierte que las excepciones propuestas por la entidad demandada, no prosperan, y que tampoco es posible resolver como lo propone el señor Fiscal Segundo del Tribunal, en consecuencia, es procedente la decisión de mérito correspondiente" (fols 69 a 71).

Sobre el mérito de las pretensiones del demandante, el *a quo* consideró:

"Habiendo concluido, en consecuencia, que la norma invocada por la Caja Nacional de Previsión Social dentro de los actos acusados, no podía aplicársele al demandante, quien, de otra parte demostró que su reincorporación al servicio oficial no fue dentro de un cargo de la Rama Ejecutiva Nacional, sino como Diputado a la Asamblea de Boyacá, según las certificaciones expedidas por la Contraloría General del mismo Departamento y que se consultan a los folios 119 y 120, y de la Asamblea Departamental de Boyacá, folios 16, 17, 18 y 21 del cuaderno número 1; veamos si tales condiciones fueron acreditadas oportunamente ante la entidad demandada.

"Dentro del término probatorio, fue solicitado a la Caja Nacional de Previsión Social, el expediente respectivo y correspondiente al demandante, en donde se legajó la tramitación surtida por la citada entidad para pronunciar los actos acusados.

"Dentro de dicha actuación, encontramos que, efectivamente el demandante se encontraba pensionado por la Caja Nacional de Previsión Social, en virtud de la Resolución número J-6529 del 19 de noviembre de 1969, cuyo texto se consulta a los folios 127 y siguientes del cuaderno número 2.

"Por medio de apoderado judicial, solicita la revisión de su pensión vitalicia de jubilación, según escrito que obra a los folios 135 y siguientes del mismo cuaderno, con fecha 29 de abril de 1981; en donde señala que por mandato popular ejerció el cargo de Diputado a la Asamblea de Boyacá, durante las legislaturas de 1976, 1977, 1978 y 1979 por lo que pide su respectivo reajuste pensional.

"Y al efecto acredita con certificaciones expedidas por la Contraloría General de Boyacá, que ejerció el cargo de Diputado a la Asamblea de Boyacá, y percibió ingresos por concepto de dietas, durante las legislaturas de 1976 (del 1º de octubre al último de noviembre); 1977 (entre similares fechas) y 1979 (1º de octubre al 30 de noviembre) según se puede observar a los folios 140 y 141 *ibídem*; lo mismo que la declaración rendida por el mismo demandante, ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, extraproceso, sobre la veracidad de los hechos relatados ante la entidad demandada.

"Es decir, con lo anterior, el demandante, ante la Caja Nacional de Previsión Social, había demostrado, que era jubilado; que fue reincorporado al servicio oficial, en un cargo que no era de la Rama Ejecutiva Nacional, sino de elección popular, concretamente, en el de Diputado a la Asamblea de Boyacá; que por lo mismo obtuvo durante las legislaturas asistiendo a las sesiones ordinarias y extraordinarias, por ese motivo, asignaciones a cargo del Tesoro Público; y que, a la sazón de la solicitud elevada, se encontraba desvinculado del servicio oficial.

"A su vez, se conoce, por ser mandato normativo, que las legislaturas de las Asambleas Departamentales son de dos meses en el año, entre el primero de octubre y el último de noviembre, se entiende, para las sesiones ordinarias; y además, porque es la única norma vigente para estos temas, conforme a la Ley 5ª de 1969, artículo 3º, las sesiones ordinarias y extraordinarias, en el cargo de senador, representante, diputado a la Asamblea Nacional Constituyente, o a los Departamentos en el de Diputado a la Asamblea para efectos de la jubilación, se computarán, en materia de tiempo y asignaciones, como si el congresista o diputado hubiera servido los doce mes (sic) del respectivo año calendario, cuando textualmente dispone:

" 'Para los efectos del artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, los lapsos o períodos de tiempo en que se hayan devengado asignaciones por servicios prestados a la Nación, en ejercicio del cargo de Senador, Representante, o Diputado a la Asamblea Nacional Constituye, o a los Departamentos en el de Diputado a la Asamblea se acumularán a los lapsos de servicio oficial o semioficial. Para efectos de la jubilación precedente a las sesiones ordinarias o extraordinarias de esas corporaciones en cada legislatura anual se *computarán en materia de tiempo y de asignaciones como si el Congresista o Diputado hubiese servido los doce meses del respectivo año calendario* y hubiese percibido durante cada uno de dichos doce meses idénticas asignaciones mensuales a las devengadas en el tiempo de sesiones.

" 'Si los miembros de las mencionadas corporaciones hubiesen asistido a todas las sesiones ordinarias de la legislatura, se hará el cómputo en proporción al tiempo de servicio.

" 'Parágrafo 1º Si las corporaciones públicas no se hubiesen reunido por cualquier causa, se aplicará el presente artículo para los efectos de tiempo y asignaciones como si dichas corporaciones hubiesen estado reunidas.

" 'Parágrafo 2º Estas reglas se aplicarán cualquiera que fuese la época en que se hayan prestado éstos servicios a la Nación o a los Departamentos'. (Se ha subrayado).

"Además de lo anterior, también se conoce, por ser un mandato legal, que la Ley 171 de 1961, en virtud de la cual se reformó la Ley 77 de 1959, en su artículo 4, previene el derecho que le asiste al jubilado oficial, cuando ha sido reincorporado y servido por un lapso de tres o más años.

"Así ordena el mencionado artículo:

" 'Al pensionado por servicios de una o más entidades de derecho público, que haya sido o sea reincorporado a cargos oficiales y haya permanecido o permanezca en ellos por tres (3) años o más, continuos o discontinuos, le será revisada su pensión a partir de la fecha en que quede nuevamente fuera del servicio, con base en el sueldo promedio de los tres últimos años'.

" '..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....'

"En suma:

"La entidad demandada no podía darle aplicación al artículo 78 del Decreto 1848 de 1969, pues el demandante no sirvió ni fue reincorporado en entidad o rama a la cual se dirige la normación del aludido decreto. Tuvo la administración la oportunidad de observar cómo el solicitante y hoy actor, demostró oportuna y legalmente, que era pensionado oficial, y que habiendo sido reincorporado sirvió al Estado, por lo menos tres años.

"En consecuencia, los actos acusados resultan violatorios de normas superiores, y, así, la acción prospera" (fols. 75 a 78).

*El recurso de apelación*

La apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia por el señor Fiscal del Tribunal, se basó en los planteamientos hechos por el mismo en su alegato de conclusión ante el Tribunal y en las excepciones propuestas por la entidad demandada. Así argumentó la falta de competencia de esta jurisdicción y la ineptitud de la demanda, por no haberse agotado la vía gubernativa, debido a que dejó de tramitarse y resolverse el recurso de apelación interpuesto por el actor contra las resoluciones de CAJANAL números 05317 de septiembre 23 de 1981 y 5949 de julio 27 de 1982. Se dice en la sustentación del recurso:

"Al no reponerse naturalmente la Resolución número 5949 de julio 27 de 1982 y al concederse en forma subsidiaria la apelación, ordenándose el envío del expediente a la oficina jurídica de la entidad, la aceptación y renuncia de los términos hecha por el Doctor Prieto Rincón mal podía significar la lesión de los intereses del mandante. Lo que con ello se pretendía era agilizar el trámite procedimental para que la apelación se surtiera.

"Si el proceso nunca se remitió para tal efecto a la oficina jurídica de la Caja Nacional de Previsión, por acción u omisión de persona alguna encargada de dichos trámites, pensamos que la suerte de los intereses del Estado o de las entidades demandadas mal puede quedar al arbitrio de quienes de modo alguno olviden u omitan aunque sea involuntariamente el curso de sus deberes. El silencio Administrativo es por su naturaleza un fenómeno que se opera ante una negativa o ante un pronunciamiento. Habiéndose ordenado en autos la remisión del expediente debe cumplirse lo dispuesto en dicha providencia para que jurídicamente se resuelva la inquietud a manera de agotar conforme a derecho la vía gubernativa. Si a la sazón regía el Decreto 2733 de 1959 que en su artículo 18 reglamentaba el trámite de los recursos, entendido queda que cuando menos se opera un vicio de nulidad supralegal, pues ordenado en la providencia respectiva la remisión del expediente, tal hecho ha debido ejecutarse. La entidad demandada cumplió con ordenarlo. Su responsabilidad no podría diluirse y bien podría vincularse al proceso a los responsables de aquellas omisiones conforme al artículo 177 del C.C.A. en forma posterior.

"Como se ve, se ha otorgado improcedente ambivalencia a la irregularidad relacionada con el trámite de la apelación. Se pretende conferirle el valor de un silencio gubernativo, del agotamiento de la vía gubernativa. A la postre, podría de manera alguna invocarse el sentido contrario arguyéndose que el allanamiento del apoderado en la renuncia de términos no podría lastimar los derechos del demandante, solicitándose el trámite del pronunciamiento gubernamental.

"Creemos por lo demás que con las premisas que anteceden las excepciones de falta de competencia y de ineptitud de la demanda por ausencia de requisitos propuestas por el apoderado de la Caja Nacional de Previsión en su escrito de noviembre 2 de 1984 (fol. 56) hallan asidero. Contraen rigor jurídico. Por ello esta Fiscalía las prohija, las invoca y las hace suyas. Sustentan la causal segunda de la apelación. Así lo pensamos a pesar del debido respeto que nos merece el pronunciamiento de la H. Sala Contenciosa" (fols. 84 y 85).

Admitido el recurso de apelación, se tramitó la segunda instancia de conformidad con el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo y, durante los traslados de rigor, las partes alegaron para reafirmar las razones expuestas por ellas durante el proceso (fols. 92 a 102 y 107 a 110, C. 1).

No observándose causal alguna de nulidad del proceso, se entra a dictar sentencia de segunda instancia, previas las siguientes CONSIDERACIONES:

La señora Fiscal Quinta de la Corporación, en su concepto de fondo, que la Sala comparte, analiza acertadamente los hechos de la controversia, tal como aparecen demostrados en el expediente, los argumentos de las partes y las normas jurídicas pertinentes sobre la acción y las excepciones para concluir solicitando que se confirme la sentencia apelada. Dice la distinguida Agente del Ministerio Público:

"Se solicitó en la demanda la nulidad de dos resoluciones proferidas por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, mediante las cuales negó la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación del demandante, señor José Joaquín Torres Bohórquez, y no accedió a reponer esa negativa. Se invocó además el silencio administrativo en que incurrió la entidad, respecto al recurso de apelación oportunamente interpuesto y se pidió el restablecimiento del derecho en la forma indicada en la demanda.

"El Tribunal en la sentencia apelada declaró no probadas las excepciones propuestas por la Caja Nacional de Previsión Social, se apartó del criterio expuesto por el señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior, declaró configurado el silencio administrativo y accedió a las demás súplicas impetradas.

"El señor Fiscal Segundo del Tribunal Superior fundamentó su inconformidad con el fallo recurrido en la falta de competencia de esta jurisdicción por no haberse agotado la vía gubernativa y en la ineptitud de la demanda por esa misma causa.

"Reconoce que no se dio curso debido y oportuno a la apelación interpuesta contra la Resolución número 5949 de 27 de julio de 1982, expedida por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja, y que en ningún momento hubo desistimiento del recurso ni pronunciamiento de la entidad.

"Sin embargo considera que el silencio administrativo '...es por su naturaleza un fenómeno que se opera ante una negativa o ante un pronunciamiento'. Que la Caja cumplió con conceder la apelación y ordenar la remisión del expediente al superior, pero como ello no se hizo, no se agotó la vía gubernativa y por tanto se configuran las excepciones propuestas.

"La doctora apoderada de la Caja Nacional de Previsión en escrito que obra a folios 107 a 110, manifiesta que sustenta el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal, sosteniendo que no se agotó la vía gubernativa puesto que al haber aceptado el señor Torres Bohórquez la decisión de la entidad cuando se resolvió el recurso de reposición, no había otro camino que el de archivar el cuaderno administrativo porque en ese momento se entendía desistida la petición.

"El señor apoderado de la parte demandante expone argumentos para demostrar que sí se agotó la vía gubernativa y se

configuró el silencio de la Administración, y que además, estando respaldadas las peticiones del señor Torres Bohórquez por normas sustantivas, la sentencia apelada debe confirmarse.

"Observa la Fiscalía que partiendo de criterios totalmente opuestos, tanto la Caja como el señor Fiscal del Tribunal Superior, llegan a idéntica conclusión, lo cual no es posible bajo las circunstancias que rodean el caso.

"También se nota una evidente confusión del señor Fiscal en varios aspectos a saber:

"a) La apelación interpuesta por la parte demandante ante la Caja, no se refería a la Resolución número 5949 de julio 27 de 1982, puesto que la que negó la reliquidación de la pensión y fue recurrida, lleva el número 5317 de 23 de septiembre de 1981. Es necesario tener presente que de conformidad con el Decreto 2733 de 1959 que regía lo relacionado con 'Vía Gubernativa', y también con el nuevo C.C.A., el recurso de apelación no se interpone contra el acto que resuelve el de reposición, puesto que la oportunidad para interponerlos es única y por tanto el de apelación puede interponerse directamente, renunciando al de reposición que no es obligatorio para el agotamiento de la vía gubernativa, o como subsidiario de éste.

"b) Para que las situaciones administrativas no queden sin definición por falta de un pronunciamiento expreso, se ha instituido la figura jurídica del silencio administrativo, presumiendo decisión negativa de la Administración cuando pasado determinado tiempo no hay manifestación expresa acerca de un recurso oportunamente interpuesto, como es el caso de autos. La segunda confusión del señor Fiscal consiste entonces en creer que el silencio se opera 'ante una negativa o ante un pronunciamiento'.

"A juicio de este Despacho, tiene razón el señor Fiscal del Tribunal cuando afirma que el recurso de apelación, para agotar la vía gubernativa, fue oportunamente interpuesto, porque los antecedentes administrativos muestran que el 5 de octubre de 1981, el señor José Joaquín Torres Bohórquez presentó recurso de reposición y subsidiario de apelación, contra la Resolución 5317 de 23 de septiembre de 1981, mediante la cual el Subdirector de Prestaciones Económicas le negó la reliquidación de su pensión de jubilación.

"La tiene también cuando manifiesta que la expresión 'acepto y renuncio a términos', consignada por el apoderado del señor Torres al notificarse de la Resolución 5949 de 27 de julio de 1982, por la cual se resolvió el recurso de reposición, no implicaba en manera alguna desistimiento del recurso de apelación oportunamente interpuesto, ya que en la parte resolutiva de este acto, al decidir no reponer la número 5317 se ordenó igualmente enviar el expediente a otro despacho para resolver el recurso de apelación, interpuesto subsidiariamente.

"¿Qué era lo que se aceptaba entonces? Pues la parte resolutiva de la Resolución 5949, íntegramente, no fraccionada. Por otra

parte, al recurrente en todos los casos, si le niegan la reposición, tiene que aceptar ese hecho pues contra ese acto no puede interponer más recursos. Precisamente, ante esa posibilidad, se interpone subsidiariamente el recurso de apelación, para que sea el superior quien revise, para revocar, modificar o aclarar, la decisión del inferior.

"Ningún favor le hacen a la Caja, argumentos como el aducido en este proceso, pues la simple lógica y el sentido común muestran otra situación. Tampoco está bien que la entidad tenga como política hacer consignar a las personas a quienes notifica sus actos, expresiones como esa: 'acepto y renuncio a términos', pues su deber, tal como tuvo oportunidad de manifestarlo esta Fiscalía en otra ocasión, no es presentarle al notificado fórmulas pre-impresas en el sentido de no interponer recursos o sugerirle aceptaciones, sino por el contrario, indicarle los recursos procedentes y oportunidad para interponerlos ante determinado funcionario.

"Ahora bien: si se aceptan los anteriores planteamientos, resulta jurídicamente impropio solicitar excepciones como la falta de competencia o la ineptitud de la demanda.

"En efecto, al haber transcurrido un mes sin que la Administración se pronunciara sobre el recurso de apelación oportunamente interpuesto el 5 de octubre de 1981, de conformidad con el Decreto 2733 de 1959, estatuto vigente en ese entonces, se configuró el silencio administrativo negativo, y el señor José Joaquín Torres Bohórquez quedó habilitado para acudir a la vía jurisdiccional, independientemente de la responsabilidad que pudiera caberle a quien no acató la orden contenida en la Resolución 5949 de 27 de julio de 1982, de pasar el expediente al funcionario competente para resolver la apelación.

"Por eso no comprende este Despacho cómo admitiendo el señor Fiscal del Tribunal la no responsabilidad del particular en estos hechos y reclamando además que por ellos no puede sufrir perjuicio, está de acuerdo con la apoderada de la Caja, en que hay incompetencia e inepta demanda.

"No sólo el Decreto 2733 de 1959, sino también el C.C.A. (Decreto 01 de 1984) autorizan a los particulares para acudir a la vía jurisdiccional cuando se ha operado el silencio administrativo frente a los recursos, como en el caso presente.

"Estima entonces esta Fiscalía, que los motivos de impugnación expuestos por el apelante, no están llamados a prosperar.

"En cuanto al fondo del asunto, este Despacho en varias ocasiones anteriores ha manifestado su criterio así:

"Cuando la reliquidación o reajuste de una pensión se solicita, como en el caso de autos, por haberse reintegrado al beneficiario al servicio público como Diputado a una Asamblea Departamental la situación no se rige ni por el Decreto 2400 de 1968 ni por el 1848 de 1969, estatutos expedidos para la Rama Ejecutiva del Poder Público, en el orden nacional.

"En consecuencia, el reajuste pensional debe ceñirse a lo dispuesto por el artículo 4º de la Ley 171 de 1961, que exige una reincorporación al servicio por un mínimo de 3 años, continuos o discontinuos.

"Si bien es cierto, las Asambleas Departamentales sólo sesionan 2 meses en cada año, normas como las citadas en el libelo autorizan, cuando se ha asistido a todas las sesiones, computar dicho tiempo como un año de servicio.

"Al haber comprobado el actor por el sistema autorizado en dichas normas, más de tres años de servicio, opina este Despacho que debe reajustársele la pensión tomando en cuenta el promedio de lo devengado en esos tres años como Diputado, tal como lo resolvió el Tribunal, sin perjuicio de los reajustes ordinarios previstos por la Ley 4ª de 1966.

"Por lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite conceptuar solicitando, se confirme la sentencia apelada" (fols. 112 a 117).

Solamente resta hacer las siguientes precisiones sobre el fondo de la cuestión debatida:

Al demandante le fue reconocida pensión de jubilación a partir del 10 de enero de 1968, por la Resolución 6529 del 19 de noviembre de 1969 del Director de la Seccional Especial de Cundinamarca (fls. 127 a 129, C. 2) y, aquel solicitó en abril 29 de 1981 la reliquidación de esa pensión, por haberse reincorporado al servicio oficial como Diputado del Departamento de Boyacá entre los años 1976 a 1979 como aparece comprobado en el expediente (fols. 16 a 21, C. 1 y 135 a 145, C. 2).

El Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, por la Resolución 05317 de septiembre 23 de 1981, negó al actor la reliquidación de su pensión, con fundamento en el artículo 78 del Decreto 1848 de 1969 que dice:

"'PROHIBICION AL JUBILADO DE REINTEGRARSE AL SERVICIO OFICIAL. REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES. La persona retirada con derecho y en goce de pensión de jubilación, no podrá reintegrarse al servicio oficial, en Entidades de Derecho Público, establecimientos públicos, empresas oficiales y sociedades de economía mixta, conforme a la prohibición establecida en el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, subrogado por el Decreto 3074 del mismo año citado'. PARAGRAFO. 'Lo dispuesto en los artículos anteriores no comprende a las personas que vayan a ocupar cualquiera de los siguientes empleos: Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, Miembro de Misiones Diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y Secretarios Privados de los Despachos de los funcionarios de que trata este artículo y los demás empleos que el Gobierno Nacional señale, conforme a la facultad que al efecto le confiere el artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, citado antes'" (fol. 152, C. 2).

Contra esta resolución, el actor interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación; la reposición fue negada y se decidió enviar el expediente para que se resolviera la apelación, por la Resolución 5949 de julio 27 de 1982 del Subdirector de Prestaciones Económicas de CAJANAL (fols. 2-3).

Contra las dos antecitadas resoluciones, el actor ejercitó la acción de restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción, alegando principalmente la violación de los artículos 4 de la Ley 171 de 1961 y 3º de la Ley 5ª de 1969, que son las normas aplicables para el reajuste o reliquidación de la jubilación de los miembros del Congreso y de los diputados de las Asambleas, mientras que a ellos no les son aplicables los artículos 78 del Decreto 1848 de 1969 y 29 del Decreto 2400 de 1968 invocados en los actos acusados (fols. 22-38).

El Tribunal Administrativo de Boyacá falló en favor de las pretensiones del actor, mediante la sentencia venida en apelación interpuesta por el respectivo Agente del Ministerio Público (fols. 64-81).

Como lo afirma el *a quo* y la Fiscalía colaboradora, la Ley 65 de 1967 y los decretos dictados en su desarrollo, como los 2400 y 3074 de 1968 y 1848 de 1969, se refieren exclusivamente a los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional y no a los de las entidades territoriales, por lo cual y contrariamente al fundamento de los actos administrativos acusados, la reliquidación o reajuste de las pensiones por haberse reintegrado al beneficiario al servicio público como Diputado a una Asamblea Departamental, no se rige por tales normas sino por lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 171 de 1961, que exige la reincorporación al servicio público por un mínimo de 3 años continuos o discontinuos. Además, como lo sostiene el actor y se afirma en el fallo apelado, el artículo 3º de la Ley 5ª de 1969, autoriza computar las sesiones de 2 meses cada año de las asambleas, como un año de servicio.

Según se dijo atrás, el actor comprobó de acuerdo con las normas citadas, más de 3 años de servicios por haberse desempeñado como Diputado entre 1976 y 1979 después de estar gozando de la pensión de jubilación y, en consecuencia, según las mismas normas tiene derecho al reajuste solicitado de su pensión de jubilación sobre el promedio de lo devengado en esos 3 años como Diputado a la Asamblea, sin perjuicio de los reajustes ordinarios estipulados en la Ley 4ª de 1976. Así se decidió en la sentencia apelada, que por estar conforme a derecho debe ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, 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:*

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 26 de octubre de 1985.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 5 de diciembre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*SANCIONES DISCIPLINARIAS. EFECTIVIDAD DE LA SANCION.*

*Cuando antes de la imposición de la misma se ha separado por insubsistencia al funcionario y luego se reintegra al servicio. EJECUCION DE UNA SANCION IMPUESTA EN ACTOS DEFINITIVOS.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Gaspar Caballero Sierra.*

Proyectó: Doctor Tulio Chirolla Escaño. Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 1329. Actor: Gustavo Gutiérrez Toro. Autoridades nacionales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 9 de noviembre de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda contenidas en las siguientes peticiones:

"Por lo que antecede, comedidamente ruego al H. Tribunal que luego del rito procesal previsto en el Título XXIV del C.C.A., en la sentencia se declare y ordene:

"a) Que es nulo el Decreto número 083 de 25 de febrero de 1984 del señor Procurador General de la Nación y mediante el cual se dispuso destituir al doctor Gustavo Gutiérrez Toro del cargo de Abogado Asesor, Grado 19, de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial.

"b) Que, como consecuencia de la declaración de nulidad, se ordene restablecer el derecho del demandante, disponiendo que sea vinculado nuevamente a la Procuraduría General de la Nación en el cargo que desempeñaba para cuando fue destituido o en otro de similar categoría.

"c) Que, igualmente como medio de restablecimiento del derecho y de reparación del daño sufrido, se disponga que el demandante tiene derecho a percibir todos los emolumentos tales como sueldos, primas, bonificaciones, etc., que hubiere devengado de haber estado vinculado al cargo, desde la fecha de ocurrencia del despido y hasta cuando se produzca su reintegro. Y que no ha existido solución de continuidad, para todos los efectos legales prestacionales, entre tales fechas".

En la demanda se adujeron los siguientes hechos:

"1. El Doctor Gustavo Gutiérrez Todo se vinculó al servicio de la Procuraduría General de la Nación en el mes de febrero de 1969. A partir del cuatro (4) de octubre de 1979 desempeñó el cargo de Abogado Asesor Grado 19 de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, hasta el tres (3) de mayo de 1980.

"2. La Procuraduría General de la Nación, por medio del Decreto número 0095 de 29 de abril de 1980, dispuso declarar insubsistente el nombramiento del Doctor Gutiérrez Toro y designar como su reemplazo al Doctor Oscar Meld Klee.

"3. Por Decreto número 0105 de 21 de mayo de 1980 de la Procuraduría General de la Nación, se indicó que la insubsistencia del Doctor Gutiérrez Toro tenía efectos fiscales a partir del 3 de mayo de 1980.

"4. El Doctor Gustavo Gutiérrez Toro fue declarado insubsistente en el cargo de Abogado Asesor de la Procuraduría cuando contra él se adelantaba un proceso disciplinario por parte de la misma Procuraduría.

"5. La investigación disciplinaria adelantada contra el Doctor Gutiérrez Toro terminó buen tiempo después de que mi mandante se encontrara totalmente desvinculado de la Procuraduría General de la Nación por cuanto se había producido la insubsistencia en el cargo y de la que hablo en los numerales 2º y 3º anteriores. El proceso disciplinario concluyó así: Por acto administrativo de 30 de marzo de 1981 del Procurador Delegado para la Policía Judicial, se resolvió declarar al Doctor Gutiérrez Toro incurso en falta disciplinaria e imponer la sanción de destitución con anotación en la hoja de vida del sancionado, 'dada la circunstancia de que ha sido desvinculado de la Procuraduría General de la Nación'. Y por acto administrativo de 1º de junio de 1981, de la Viceprocuraduría General de la Nación confirmatorio de la providencia de 30 de marzo de 1981 de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial, la cual señaló, además, que se comunicara la sanción a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría, como lo había dispuesto la providencia de primera instancia.

"6. Los actos administrativos distinguidos como Decretos números 0095 de 29 de abril de 1980 y 0105 de 21 de mayo de 1980, de la Procuraduría General de la Nación, fueron declarados nulos por el H. Consejo de Estado en providencia de nueve (9) de febrero de mil novecientos ochenta y tres (1983). Y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los mismos, dispuso la sentencia que por conducto de la Procuraduría General se procediera a reintegrar al Doctor Gustavo Gutiérrez Toro en el cargo que venía desempeñando cuando fue declarado insubsistente, previo el pago de sueldos, asignaciones, etc., hasta la fecha del reintegro.

"7. La Procuraduría General de la Nación, por medio del Decreto 182 de 24 de mayo de 1983, dio cumplimiento a la senten-

cia del H. Consejo de Estado y reincorporó al servicio al Doctor Gutiérrez Toro en el cargo de Abogado Asesor, Grado 19 de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial con sede en la Unidad Seccional de Medellín.

"8. Posteriormente, por medio del Decreto número 083 de 25 de febrero de 1984, el señor Procurador General de la Nación dispuso 'Destituir, a partir de marzo 15 de 1984 en el cargo de Abogado Asesor Grado 19 de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial con sede en la Unidad Seccional de Medellín, al Doctor Gustavo Gutiérrez Toro...' y ordenó, además, remitir copia del Decreto a la División de Registro y Control de la Viceprocuraduría y a la Pagaduría de Impuestos Nacionales.

"9. La destitución dispuesta por el Decreto número 083 del señor Procurador General de la Nación de 25 de febrero de 1984, le fue notificada a mi mandante el día cinco (5) de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro (1984), por lo que, entonces, la demanda se aduce dentro del término anterior a la ocurrencia de caducidad.

"10. El Decreto número 083 de 25 de febrero de 1984 del señor Procurador General de la Nación no obedeció al término de una actuación administrativa ni fue la conclusión de un proceso disciplinario. En efecto, el proceso disciplinario adelantado contra el Doctor Gustavo Gutiérrez Toro había finalizado ya con la decisión que menciono en el hecho quinto de esta demanda y la sanción entonces impuesta surtió sus efectos a cabalidad, de conformidad con lo que se dijo en los actos administrativos de primera y segunda instancia, acorde, igualmente, con lo que señala el artículo 106 del Decreto número 250 de 1970.

"De esa suerte, se violó flagrantemente el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, como más adelante indicaré.

"11. La asignación mensual correspondiente al cargo que desempeñaba mi mandante —Abogado Asesor Grado 19 de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial— era superior a CINCUENTA MIL M. L. ($ 50.000.00) al momento de producirse el decreto que demando en este escrito".

Como disposición infringida por el acto acusado se señala en el libelo demandatorio el Decreto 250 de 1970, especialmente en su título XV, que hace referencia al régimen disciplinario para la rama jurisdiccional y el ministerio público.

En el desarrollo del concepto de violación se afirma en el libelo de demanda, lo siguiente:

"En efecto, si bien el Procurador General de la Nación tiene competencia para sancionar a los subalternos de la Procuraduría (artículo 103 Decreto 250/70), el ejercicio de ese derecho debe estar ajustado a las prescripciones de rito que contempla el Estatuto. Así, entonces, debe acomodarse al procedimiento de los artículos 115 y siguientes del precitado decreto y concluir con la

providencia que señale la sanción —si hay lugar a ella— o que exonere de responsabilidad al empleado. Y sólo es factible la imposición de sanción —incluyendo la máxima, claro está, como es la de destitución— como consecuencia final del proceso disciplinario.

"De otro lado, el proceso disciplinario, como cualquiera otro de índole estrictamente judicial, está sujeto a determinadas etapas conformadas por los diversos actos del Superior o del empleado sometido a investigación. Como proceso que es, se forma de un conjunto de actos que concluyen en la sentencia o decisión final y, con la producción de esta última se agota el ejercicio del poder disciplinario.

"En otros términos, finalizado el rito disciplinario con el acto administrativo que impone la sanción, no es posible revivirlo y apenas sí puede surgir posteriormente otro proceso originado en una imputación de otra falta diferente.

"Se tiene, entonces, que el proceso disciplinario adelantado contra el Doctor Gustavo Gutiérrez Toro por la Procuraduría General de la Nación se agotó y finalizó con la producción de los actos administrativos de 30 de marzo de 1981 del Procurador Delegado para la Policía Judicial y de 1º de junio de 1981 de la Viceprocuraduría General de la Nación y con la imposición de la sanción de destitución circunscrita en sus efectos a la anotación en la hoja de vida del sancionado como lo señala el inciso del artículo 106 del Decreto número 250 de 1970, y como se indicó claramente en las providencias sancionatorias cuando dispusieron, tanto la de primera como la de segunda instancias, que se anotara la sanción en la hoja de vida 'dada la circunstancia de que ha sido desvinculado (el sancionado) de la Procuraduría General de la Nación'.

"Con el pretexto de interpretar una sentencia del H. Consejo de Estado que declaró la caducidad de una acción de 'plena jurisdicción' o de restablecimiento del derecho, no puede el señor Procurador General de la Nación, hacer resurgir un procedimiento legalmente concluido, puesto que la sanción disciplinaria, producto del proceso que se siguió contra el Doctor Gutiérrez Toro, concluyó, de manera definitiva, con la imposición de la sanción de destitución que se concretó en la anotación en la hoja de vida del funcionario público.

"Si, posteriormente, el Doctor Gutiérrez Toro fue vinculado al cargo de abogado de la Procuraduría, ello obedeció al cumplimiento de una sentencia y generó un *status* diferente. Su vinculación sólo podía desaparecer por el ejercicio de la facultad discrecional del nominador para declarar una insubsistencia o como producto de una providencia con que finalizara un proceso disciplinario que impusiera la sanción de destitución. Y nada de ello ha ocurrido.

"En cambio, la sanción ya impuesta y con las consecuencias señaladas atrás, conforme con el Estatuto Orgánico de la Jus-

ticia y del Ministerio Público, no puede revivirse como lo pretende el decreto que ahora acuso, bajo la excusa de una sentencia inhibitoria del H. Consejo de Estado, porque se trataría ya de otra nueva sanción y de alcances bien diferentes a la primera, como que la última desvincula al funcionario.

"La forma como se procedió por la Procuraduría General de la Nación al expedir el Decreto número 083 de 25 de febrero de 1984, violenta el procedimiento señalado por los artículos 115, 116, 117, 118, 119 y 122 del Decreto número 250 de 1970 en cuanto no es producto o conclusión de los trámites allí indicados y, además, viola las normas de competencia del mismo estatuto por cuanto la facultad disciplinaria del Superior —en el caso del señor Procurador— quedó agotada con su ejercicio que concluyó con los actos administrativos de 30 de marzo de 1981 del Procurador Delegado para la Policía Judicial y de 1º de junio de 1981 de la Viceprocuraduría General de la Nación.

"Resulta, entonces, de todo lo visto, que el acto que acuso mediante esta demanda de nulidad y de restablecimiento del derecho es violatorio de normas superiores —el Estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público— en cuanto se infringieron las normas que regulan el procedimiento y se ejerció el poder disciplinario sin la competencia correspondiente, porque ya se había agotado el proceso disciplinario y había concluido con una sanción que resultó efectiva, toda vez que la anotación en la hoja de vida del funcionario se operó, cumpliéndose así con lo dispuesto en la decisión final del procedimiento que sí fue regular y oportuno".

En la segunda instancia a que dio lugar el recurso de apelación interpuesto, la señora Fiscal Quinta, emitió concepto de fondo mostrándose de acuerdo con las argumentaciones expuestas por el *a quo* para negar las súplicas de la demanda, por lo que solicita que la sentencia recurrida sea confirmada.

Entre otras cosas, dice la Fiscal, que a su juicio, el acto acusado, o sea el Decreto 083 de 25 de febrero de 1984, es simplemente de ejecución, que tiene su soporte jurídico en el proceso disciplinario que legalmente se le adelantó al actor, cuya culminación quedó en firme al declarar el Consejo de Estado caducada la acción instaurada contra los actos sancionatorios de 30 de marzo y 1º de junio de 1981, proferidos en su orden, por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y Viceprocuraduría General de la Nación. Y que el señor Procurador General para hacer efectiva la sanción no tenía necesidad de adelantar en contra del actor otro proceso disciplinario. Además, porque con la sentencia del Consejo de Estado que anuló la declaratoria de insubsistencia (Decretos Nos. 0095 de 29 de abril y 0105 de 21 de mayo de 1980 del señor Procurador General), volvieron las cosas a su estado anterior, es decir, como si el actor nunca hubiera estado desvinculado del servicio.

Concluye la Fiscal que con la expedición del acto acusado no se incurrió en ilegalidad ninguna.

El Tribunal de instancia para despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda argumenta que el Decreto 083 de 25 de febrero de 1984, que en su encabezamiento reza "Por el cual se da cumplimiento a una sanción de destitución", como la relación que de lo ocurrido se hace en la parte considerativa del mismo lleva a la conclusión de que no tiene otro alcance que el de hacer cumplir una sanción ya impuesta de antemano y que bien ha podido determinarse desde que se produjo la nulidad del decreto de insubsistencia por parte del Consejo de Estado que ya de suyo hace al considerar que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo. Así, llega el Tribunal a la conclusión de que no hubo violación de los artículos 106, 115 a 122 del Decreto 250 de 1970.

Culminada como se halla la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes,

*Consideraciones:*

En autos está establecido que el proceso disciplinario adelantado contra Gustavo Gutiérrez Toro culminó con los actos administrativos calendados el 30 de marzo de 1981 y 1º de junio del mismo año, proferidos en su orden, por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y la Viceprocuraduría General de la Nación, mediante los cuales se le impuso como sanción la destitución del cargo de Abogado Asesor Grado 19. Pero cuando esto ocurrió Gutiérrez Toro estaba desvinculado del servicio, ya que había sido declarado insubsistente por medio de los Decretos 0095 de 29 de abril de 1980 y 0105 de 21 de mayo del mismo año, razón por la cual en esos momentos no se le pudo hacer efectiva la sanción, optándose simplemente por anotarla en su hoja de vida para que surtiera sus efectos como impedimento, según lo establecido en el artículo 106 del Decreto 250 de 1970.

Como Gustavo Gutiérrez Toro demandara los actos que lo declararon insubsistente, los cuales fueron anulados por el Consejo de Estado en sentencia de 9 de febrero de 1983 (folios 41 a 49), que dispuso además, se le reintegrara al cargo, se vio precisada la entidad a vincularlo nuevamente a través del Decreto 182 de 1983 (folio 53).

De otra parte, Gutiérrez Toro también demandó los actos sancionatorios, cuyo proceso concluyó con la sentencia de 28 de junio de 1983 (folios 32 a 39), mediante la cual el Consejo de Estado declaró caducada la acción instaurada.

Ahora bien, vuelto Gutiérrez Toro al servicio se le podía desde luego hacer efectiva la sanción, como en efecto se hizo, mediante el Decreto 083 de 23 de febrero de 1984, amén, que como consecuencia de la misma estaba impedido para el desempeño del cargo.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el señor Procurador General de la Nación, como nominador del actor, bien podía hacer efectiva la sanción sin necesidad de recurrir al procedimiento establecido en el capítulo IV del Decreto 250 de 1970, puesto que simplemente se trataba de ejecutar una sanción impuesta en los actos definitivos, contenidos en las decisiones de primera y segunda instancia, proferidos

respectivamente por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y la Viceprocuraduría General.

En el *sub lite* está demostrado que los actos sancionatorios le fueron notificados al encartado (folios 89 y 100), quien los demandó en acción declarada caducada por esta Corporación, como se vio, quedando así en firmes, de donde se infiere que una demanda contra el acto de ejecución no puede prosperar.

En conclusión, a criterio de la Sala, el acto impugnado no violó la norma a que alude la demanda, razón por la cual la sentencia recurrida habrá de confirmarse.

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

*Falla:*

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 9 de noviembre de 1985.

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 cinco (5) de diciembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*ACTO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Policarpo Castillo Dávila.*

Referencia: Radicación 0006. Nulidad del artículo 7º de la Resolución 75 de octubre 5 de 1984 de la Junta Monetaria. Demandante: Mario Alario Méndez.

La Junta Monetaria, entidad administrativa creada por disposición del artículo 5º de la Ley 21 de 1963, para estudiar y adoptar las medidas monetarias, cambiarias y de crédito que "Conforme a las disposiciones vigentes, corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República" (vigentes en el momento de dictarse la ley), dictó la Resolución número 75 de 1984 (octubre 5), "por la cual se dictan normas sobre encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda".

Las regulaciones de esta resolución contemplan cuestiones relacionadas con el porcentaje del encaje que deben mantener las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, la composición de tal encaje, la posición diaria de tal encaje, la situación de desencaje y las sanciones por desencaje.

En su artículo 7º establece:

"La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

Con fecha 20 de enero de 1986, el Doctor Mario Alario Méndez presentó demanda de nulidad contra el artículo 7º antes transcrito, con petición de suspensión provisional de los efectos del artículo 7º.

Con fecha enero treinta de mil novecientos ochenta y seis se dictó auto admisorio de la demanda y se niega la suspensión provisional solicitada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

El actor Doctor Mario Alario Méndez, interpuso recurso de súplica contra el auto en que se niega la suspensión provisional y este recurso fue resuelto por la Sala de la Sección Cuarta en providencia del 27 de junio de 1986.

Con posterioridad a este incidente el proceso ha tenido la tramitación procedimental correspondiente hasta llegar al momento de dictarse fallo sin que las partes se hayan pronunciado en sentido alguno

después de haberse tramitado su citación para tal objeto en los términos y procedimientos legales.

Planteamiento de la demanda:

Son apartes de ésta los siguientes:

"II. *LOS HECHOS Y OMISIONES QUE SIRVEN DE FUNDAMENTO A LA ACCION.*

"Los hechos y las omisiones en que tiene fundamento la petición anterior, son los siguientes:

"1. Mediante la Ley 21 de 1963, artículo 5º, fue creada la Junta Monetaria de la República de Colombia como entidad encargada de estudiar y adoptar las medidas monetarias, cambiarias y de crédito que, conforme a las disposiciones para entonces vigentes, correspondían a la Junta Directiva del Banco de la República; mediante la misma norma fue autorizado el Gobierno para proceder a su organización.

"En ejercicio de tal atribución fue expedido el Decreto extraordinario 2206 de 1963, en cuyo artículo 1º se estableció que la Junta Monetaria estaría presidida por el Ministro de Hacienda, hoy de Hacienda y Crédito Público.

"Finalmente, por medio del Decreto extraordinario 80 de 1976 fue modificada la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y se dispuso, en su artículo 3º, que la Junta Monetaria haría parte de esa estructura, con el carácter de organismo asesor para la coordinación y decisión de asuntos especiales.

"2. Con invocación de las atribuciones de que trata el artículo 23 de la Ley 7ª de 1973, profirió la Junta Monetaria la Resolución número 75 de 5 de octubre de 1984, mediante la cual dictó normas sobre el encaje de las corporaciones de ahorro y vivienda, los porcentajes en que deberían mantenerse, su composición, la determinación de la posición del encaje, la situación de desencaje y las sanciones correspondientes. Se trata, pues, de un acto administrativo de carácter general.

"3. En el artículo 7º de la resolución se estableció que regiría a partir de la fecha de su expedición, esto es, a partir del día 5 de octubre de 1984, con lo que se infringieron normas de carácter superior, a las que se debía sujeción, lo cual lo hace nulo.

"4. La Resolución número 75 de 5 de octubre de 1984 fue publicada en el Diario Oficial, año CXXI, número 36.811, del viernes 1º de diciembre de 1984, página 1004.

"*III. LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.*

"El artículo 7º de la Resolución número 75 de 5 de octubre de 1984 proferida por la Junta Monetaria de la República de Colombia, es violatorio, principalmente, de los artículos 3º, séptimo inciso, y 43, primer inciso, del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

"En virtud del principio de publicidad se estableció en el artículo 3º, séptimo inciso, del Código Contencioso Administrativo, las autori-

dades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones legalmente ordenadas.

"Y en el artículo 43, primer inciso, del mismo código, se estableció que los actos administrativos de carácter general no serían obligatorios para los particulares mientras no hubieran sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinaran a tal objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expida el acto.

"La resolución 75 de 5 de octubre de 1975, como se advirtió, es un acto administrativo de carácter general; siendo así, no podía regir mientras no fuera publicada. El artículo 7º de la resolución, sin embargo, estableció que regiría a partir de su expedición.

"De manera que la disposición acusada es violatoria de las normas referidas, pues no basta la expedición de un acto administrativo de carácter general para hacer obligatorio su cumplimiento, sino que ha de ser publicado, y sólo a partir de entonces puede cobrar vigencia.

"El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en reciente providencia y al decidir acerca de la suspensión provisional en asunto semejante, expresó:

"Pero, además, es claro que no basta la expedición del acto administrativo para hacer exigible su cumplimiento, pues si bien pudo haber adquirido validez, solamente adquiere eficacia cuando se exterioriza la manifestación de voluntad administrativa mediante la realización de los llamados actos de integración, consistentes en su divulgación por medio de la publicación o la notificación, según el caso. Estos requisitos estaban contemplados en los artículos 10 y ss. del Decreto reglamentario número 2733 de 1959.

"Ahora el C.C.A. de 1984, o Decreto-ley 001, prevé iguales formalidades. Tal es el caso del artículo 43, en el cual se lee que 'Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto'. Se trata de una norma que guarda concordancia con el artículo 3º del mismo estatuto, en el cual se consagra el principio rector de la publicidad, para toda la actuación administrativa.

"Por lo demás, el carácter económico del decreto mencionado no lo excluye de la exigencia de su publicación, pues la aplicación inmediata en manera alguna excluye las citadas exigencias de publicidad, aparte de que el artículo 43 citado es norma aplicable a todos los actos administrativos generales, pues él no hace excepción alguna.

"Se concluye, así, que el artículo 36 demandado es ostensiblemente violatorio del citado artículo 43 del C.C.A., por cuanto al ordenar el cumplimiento del decreto 'a partir de la fecha de su expedición' está impidiendo que los administrados puedan tener conocimiento previo de él".

Para resolver se considera:

El objeto de esta acción, así planteada por el actor es el de obtener la declaración de nulidad del artículo 7º de la Resolución número 75 dictada por la Junta Monetaria el 5 de octubre de 1984.

La Junta Monetaria es una entidad de creación legal que tiene funciones administrativas relacionadas con la cuestión monetaria y en interés de lograr la mayor normalidad posible en este aspecto de la economía nacional colombiana, de acuerdo con las disposiciones de las leyes 21 de 1963 y 7ª de 1973 y los Decretos 2206 de 1963 y 444 de 1967. Sus actos y regulaciones están por tanto sometidos al control jurisdiccional del Consejo de Estado.

La finalidad de este análisis es el de establecer si la providencia de la Junta Monetaria puede en realidad entrar en vigencia "a partir de la fecha de su expedición" o si está sometida como todo acto administrativo de carácter general a la solemnidad de su publicación como lo establece el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) en sus propios términos: "Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto..."

No hay excepción alguna al cumplimiento de esta norma dictada con el ánimo de garantizar sus derechos a todos los administrados.

Por tanto una disposición de vigencia de una providencia o acto administrativo de carácter general que no respete el principio de publicidad así consagrado es violatorio de la ley.

Podría comentarse que en este caso especial tal declaración no es pertinente, porque ya está rigiendo la Resolución número 75 de la Junta Monetaria en su totalidad. A esto conviene advertir que la función de control jurisdiccional de que está investido el Consejo de Estado no es solamente para declarar la nulidad de los actos opuestos a la ley, sino que se extiende a proteger la organización jurídica del Estado frente a los ciudadanos y a sus agentes o autoridades para ejercer una función de censura hacia los funcionarios que muestren conducta lánguida en la custodia de la ley y a pronunciarse en todos los casos en que someta a su conocimiento y decisión la legalidad de los actos de las autoridades.

Y siempre será conveniente que se pronuncien declaraciones expresas sobre los actos que no respeten plenamente los mandatos de la ley aunque no se produzcan en la oportunidad en que puedan tener efectos prácticos.

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:*

Es nula por violatoria de la ley la disposición del artículo 7º de la Resolución número 75 del 8 de octubre de 1984 dictada por la Junta Monetaria.

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

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

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*CESION DE CREDITOS EN LA RECAUDACION DE TRIBUTOS.*

*No pueden invocarse los preceptos del Código Civil para obligar a la Administración a reconocer efectos a la cesión de créditos, porque ella no puede actuar como acreedora o deudora según dichas previsiones sino de acuerdo con las normas de derecho público que rigen su actividad. CESION QUE PUEDE HACER EL CONTRIBUYENTE DE LAS SUMAS RETENIDAS EN EXCESO DE SU OBLIGACION DEFINITIVA, EN FAVOR DE SU CONYUGE.*

*Es legal la orden administrativa número 002 del 27 de junio de 1985 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, EXCEPTO en cuanto se oponga a la cesión permitida por el artículo 95 de la Ley 9ª de 1983 que dispone:*

*"Los contribuyentes del impuesto sobre la renta podrán ceder a su cónyuge no separado de bienes, los saldos a su favor por concepto de retenciones en la fuente, que resulten en su declaración Tributaria".*

*IMPUESTO. Cesión que puede hacer el contribuyente de las sumas retenidas en exceso de su obligación definitiva, en favor de su cónyuge.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: Ruth Younes de Salcedo.

Referencia: Expediente Nº 0816. Actor: Carlos Alberto Parra G. Acción de nulidad. Fallo.

En ejercicio de la acción de nulidad, el ciudadano Carlos Alberto Parra Gómez pretende se declare nula la orden administrativa 0002 de junio 27 de 1985, expedida por el Director General de Impuestos Nacionales, por ser violatoria de las siguientes disposiciones:

a) Los artículos 1959 a 1966 del C. C., cuya transgresión concreta la demanda en que la orden impugnada deja sin efecto los procedimientos implantados por la orden 0001 de 1985, tendientes a trasladar sobrantes de la cuenta de un contribuyente a la de un tercero, con el fin de cancelar obligaciones de éste, lo cual hace nugatorio el dere-

cho a la cesión del crédito que conforme a las normas invocadas tiene el acreedor del saldo a su favor.

b) Los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional por cuanto la orden atacada restringe la libertad de disposición de un bien, con lo cual se desconoce el derecho de propiedad que las autoridades tienen el deber de proteger.

c) El artículo 120 ordinal 3º de la Constitución Nacional, pues con el pretexto de reglamentar trámites, se eliminan los previstos en la orden 001 de 1985, desconociendo la Administración el derecho que conforme a la ley tiene el ciudadano a disponer de un derecho patrimonial con exceso de la atribución constitucional invocada.

Los argumentos sintetizados fundamentaron la solicitud de suspensión provisional del acto demandado, la cual fue negada en razón de no encontrarse la ostensible contradicción entre la orden demandada y las normas invocadas, toda vez que el mismo Código Civil en su artículo 1966 excluye de lo dispuesto en el título relativo a la cesión de créditos civiles, la transmisión de derechos regulada por leyes especiales. Tal carácter tienen las normas que condicionan la recaudación tributaria, contenidas en la Ley 38 de 1969 artículos 9º y 17 parágrafo 2º, el Decreto extraordinario 2821 de 1974, artículos 31 y 32, la Ley 19 de 1976 artículo 11, la Ley 52 de 1977 artículo 83, la Ley 9ª de 1983 artículo 75, entre otras disposiciones, que disponen que los saldos a favor del contribuyente deben devolvérsele, cuando no existan deudas a su cargo por ejercicios anteriores, caso en el cual deben aplicarse tales saldos a esas deudas en el orden legalmente señalado. Excepción a este condicionamiento general es la contemplada en el artículo 95 de la Ley 9ª de 1983, que faculta a los contribuyentes del impuesto sobre la renta para ceder a su cónyuge no separado de bienes, los saldos a su favor por concepto de retención en la fuente, según la declaración tributaria del respectivo ejercicio.

Surtido el traslado a las partes, la Dirección General de Impuestos Nacionales se opone a las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:

> "De la lectura de la Orden Administrativa número 002 se deduce que la modificación parcial que se hace a la orden 0001 consiste en prohibir la compensación, traslado o aplicación de saldos créditos de un contribuyente a un tercero, lo cual deviene de las normas tributarias que tratan la materia..." entre las cuales analiza las siguientes:
>
> a) Artículo 9º de la Ley 38 de 1969: ordena a la Administración devolver al contribuyente lo retenido en exceso, salvo que tenga saldos a su cargo, caso en el cual el sobrante se aplicará a la deuda más antigua, siempre que no sea objeto de reclamación.
>
> b) Artículo 17 parágrafo 2º de la misma ley: dispone aplicar los saldos por concepto de anticipo de sus deudas pendientes o devolverlos si no existen éstas.
>
> c) Ley 19 de 1976 artículo 11: reitera la orden de compensar dichos saldos y en caso de no existir otros a cargo del mismo

contribuyente, devolverlos, vencido el término en que puede modificarse la liquidación privada.

d) Artículo 32 del Decreto 2821 de 1974: fija el plazo para resolver la solicitud de devolución, previas las imputaciones de pagos hechos por el contribuyente y previas las compensaciones con saldos de otras cuentas del mismo.

e) Decreto 3541 de 1983: los responsables del impuesto sobre las ventas tendrán derecho a devolución o a compensación con el impuesto de renta DEL MISMO CONTRIBUYENTE O RESPONSABLE, cuando sean productores de bienes exentos o exportadores.

Concluye el delegado de la Dirección de Impuestos Nacionales, que la cesión de créditos en materia tributaria sólo está permitida entre cónyuges, según lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 9ª de 1983. La compensación de deudas definida en el artículo 1714 del Código Civil opera sólo entre el contribuyente y el Estado, conforme a las leyes especiales de la materia.

Por su parte el demandante en su alegato de fondo insiste en la ilegalidad en que incurrió la Administración al impedir la cesión de créditos que, previas las imputaciones legales a deudas anteriores del mismo contribuyente resulte a su favor, pues no existe norma que la prohiba ni que impida que mediante dicha cesión se cancelen deudas de terceros por concepto de obligaciones tributarias, conforme a las normas generales sobre compensación.

La señora Fiscal Sexta de esta Corporación en su concepto de fondo destaca los siguientes aspectos de la controversia:

"En primer término debemos anotar que no es expresa la Orden Administrativa 0002 de 1985, respecto a la prohibición de aplicar saldos a favor del contribuyente para el pago de deudas de la misma naturaleza de su cónyuge o de terceros, pues ella se refiere únicamente al tema de la 'compensación' que jurídicamente es diferente al fenómeno de la cesión de créditos.

La Orden Administrativa 0002 define qué se entiende por compensación y precisa que ésta puede operar, bien pasado un saldo a favor de un período gravable a otro de un mismo contribuyente, dentro de un mismo impuesto, o pasando un saldo a favor de un mismo contribuyente de un impuesto a otro.

Sin embargo, teniendo en cuenta que en el punto 1-3 de la orden aclara que 'el término genérico para denominar la utilización de un saldo crédito a favor de un contribuyente es el de compensación, siendo empleados los de aplicación y/o traslado únicamente para fines de diferenciar los documentos fuente en los procesos ante el CIS y que al subrogar los numerales 3.2 y 3.3 de la Orden Administrativa 0001, no se refirió a la figura de aplicación de sobrantes' que describe ésta, asumimos, como lo hace la accionante, que tal fue el sentido de la modificación y sobre ella nos pronunciaremos".

Considera la Fiscalía que la instrucción confunde los términos compensación, aplicación y traslado, lo que la lleva a diferenciar entre la compensación de deudas del contribuyente, la cesión de créditos de éste a terceros y la subsiguiente compensación, derivada de dicha cesión, para efectos de conceptuar que se debe acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, anulando la orden administrativa, sólo en cuanto ella se oponga a la aplicación de saldos de retención a los cónyuges no separados de bienes que hayan sido cesionarios de ella.

En los demás aspectos concuerda la representante del Ministerio Público con los argumentos del auto admisorio de la demanda y del alegato del representante de la entidad que profirió el acto impugnado, a los cuales agrega en su juicioso estudio los siguientes:

> "El artículo 20 de la Constitución Nacional enseña que los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes y los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas; ello significa que mientras los particulares pueden hacer todo aquello que no les está prohibido, los funcionarios sólo pueden hacer aquello que la ley les permite".

Dado que lo permitido en las normas que rigen la materia, respecto de los créditos que resulten a favor de un contribuyente por pagos en exceso de sus obligaciones tributarias, es devolver la suma previa compensación con las deudas del mismo sujeto pasivo, por razón del mismo tributo o de otro administrado por las oficinas de Impuestos Nacionales, y que la compensación en este campo no opera como en el derecho privado, concluye la Fiscalía que la no aplicación de saldos a terceros se violan los artículos que regulan la cesión de créditos en el Código Civil, invocados en la demanda, porque tales disposiciones regulan relaciones de distinta naturaleza y el mismo estatuto excluye de ellas las reguladas por leyes especiales. Además, no se trata de prohibir la cesión sino de no efectuar compensaciones con terceros, excepto en el caso de cónyuges expresamente permitido en la ley.

Las limitaciones que en la práctica surjan a la cesión de créditos para efectos del acto acusado, se originan en la legislación tributaria, reglamentación de derecho público que como tal prevalece sobre las normas del Derecho Civil. Concluye la Fiscalía:

> "Por las mismas razones no existe violación de los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional. El derecho de propiedad que cada contribuyente tiene sobre sus créditos no se desconoce ni tampoco se impide su cesión, lo que no se permite es el sistema de compensación que subseguiría a la cesión, pues, repetimos, no está autorizado por la ley y es incompatible con el manejo del recaudo de los impuestos establecido por las disposiciones legales".

*Consideraciones de la Sala:*

La Orden Administrativa número 0002 de junio 27 de 1985, dirigida por el Director de Impuestos Nacionales a los Administradores

Regionales, Jefes de Divisiones de Recaudo, Cuentas Corrientes y Contabilidad y Recaudadores Locales, dice:

"Referencia: ACLARACION A LA ORDEN ADMINISTRATIVA Nº 0001 DEL 12 DE MARZO DE 1985.

1º *MODIFICACION PARCIAL.*

La presente Orden Administrativa modifica parcialmente y aclara la Orden Administrativa número 0001 del 12 de marzo de 1985, en los siguientes numerales:

3º Documentos Débito y Crédito que afectan la Cuenta Corriente del Impuesto de Renta y Ventas.

Con el fin de evitar confusiones, de precisar mejor el significado y contenido de los documentos que afectan la cuenta corriente de renta y ventas y para facilitar su procesamiento interno se aclara que, el término genérico para denominar la utilización de un saldo crédito a favor de un contribuyente, es el de compensación, siendo empleados los de aplicación y/o traslado únicamente para fines de diferenciar los documentos fuente en los procesos ante el CIS.

En consecuencia, los numerales 3.2 y 3.3 de la Orden Administrativa 0001/85 quedarán así:

3.2. *COMPENSACIONES*

*1º Definición:* Utilización de un saldo a favor de un contribuyente para cubrir deudas de otras cuentas del mismo contribuyente.

3.3. *CLASES DE COMPENSACION*

*1. Compensación dentro de un mismo impuesto;* Pasar un saldo a favor de un período gravable a otro de un mismo contribuyente, dentro de un mismo impuesto.

NOTA. En el caso del impuesto sobre las ventas, esta clase de compensación puede presentarse únicamente en el evento en que un responsable del Régimen Bimestral (productores y/o exportadores con derecho a devolución) tenga en un bimestre, un saldo débito como consecuencia de un acto oficial de liquidación y con un sobrante o saldo a favor de otro bimestre, pretenda cancelar aquél".

Los puntos 2 y 3 de la orden regulan el trámite de las solicitudes de compensación en los impuestos de renta y de ventas. Finalmente se lee:

"La presente Orden Administrativa deja sin ningún efecto los procedimientos que le sean contrarios contenidos en la Orden Administrativa 0001 del 12 de marzo de 1985".

En el orden inicialmente planteado, se analizan los cargos que formuló el demandante contra la citada Orden Administrativa 0002 de 1985:

A) Violación de los artículos 1959 a 1966 del Código Civil.

Evidentemente la orden impugnada impide la compensación que hizo posible la orden 0001 de 1985, cuando dispuso el traslado de saldos créditos en la cuenta de un contribuyente a la cuenta del cónyuge de éste o a la de un tercero, disposición que suponía la cesión del crédito respectivo.

Se concreta la controversia en decidir si con ello se restringió ilegalmente el derecho a la cesión de un crédito de que es titular el ciudadano y deudora la Administración, violando lo dispuesto en el Código Civil.

Puesto que los artículos 1959 a 1966 del Código Civil regulan la transmisión de créditos personales de carácter civil, sus condiciones y efectos no resultan aplicables a la cesión de derechos sujetos a otras normas como expresamente declara el artículo 1966 citado. Siendo la obligación tributaria de creación legal, corresponde igualmente al legislador regular todas las relaciones jurídicas que surgen entre el impone el tributo.

Los convenios entre particulares no son oponibles al Fisco. La Estado, el contribuyente y los terceros, por efecto de la norma que recaudación de tributos implica el ingreso de fondos al erario público, cuyo manejo no puede efectuarse sino de conformidad con la ley. No pueden invocarse los preceptos del Código Civil para obligar a la Administración a reconocer efectos a la cesión de créditos, porque ella no puede actuar como acreedora o deudora según dichas previsiones sino de acuerdo con las normas de derecho público que rigen su actividad, en la cual se entrelazan aspectos administrativos, contables y obligacionales que escapan al campo de las regulaciones propias de las relaciones que surgen del acuerdo de voluntades en el derecho privado, caracterizado por el principio de la autonomía.

B) Violación de los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional.

El derecho del contribuyente sobre las sumas pagadas en exceso de lo que legalmente le corresponde no se desconoce en la orden impugnada. Ella se limita a corregir el error en que incurrió la anterior y establecer los trámites conforme a los cuales deben compensarse las deudas de un contribuyente con los saldos a su favor, o devolverse dichos saldos conforme a las normas sobre la materia. Consecuentemente no viola los preceptos constitucionales invocados, que obligan a las autoridades a proteger a las personas en sus bienes y amparar los derechos reconocidos en las leyes.

C) Violación del artículo 120-3 de la Constitución Nacional.

Dadas las limitaciones constitucionales a la actuación de los funcionarios públicos y teniendo en cuenta las normas legales aplicables, invocadas ahora por el delegado de la Dirección de Impuestos Nacionales y analizadas igualmente por la Representante del Ministerio Público, no cabe duda que la Orden Administrativa 0002 de junio 27

de 1985, vino a corregir la extralimitación en que incurrió el Director de Impuestos al disponer el traslado de saldos de la cuenta de un contribuyente a la de un tercero, distinto del cónyuge, mediante una cesión no prevista en las normas sobre extinción de las obligaciones tributarias, recaudo e imputación de fondos en poder de la Administración.

En efecto, la Orden Administrativa 0002 de 1985 contiene instrucciones de carácter general tendientes a la aplicación de las normas que regulan la aplicación de saldos a favor del contribuyente o su devolución, de acuerdo con las facultades que al Director de Impuestos Nacionales le corresponden para efectos de definir los aspectos técnicos de su ejecución, según lo previsto en el artículo 3º acápite E) del Decreto 074 de 1976.

La Sala comparte las apreciaciones de su Agente Fiscal, relativas al silencio que guarda la citada orden sobre la cesión que puede hacer el contribuyente de las sumas retenidas en exceso de su obligación definitiva, en favor de su cónyuge, lo cual dadas las definiciones que contiene, podría dar lugar al desconocimiento de lo dispuesto por el artículo 95 de la Ley 9ª de 1983.

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

*Falla:*

Es legal la Orden Administrativa número 0002 del 27 de junio de 1985 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, excepto en cuanto se oponga a la cesión permitida por el artículo 95 de la Ley 9ª de 1983 que dispone:

> "Los contribuyentes del impuesto sobre la renta podrán ceder a su cónyuge no separado de bienes, los saldos a su favor por concepto de retenciones en la fuente, que resulten en su declaración tributaria".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(La presente providencia se discutió y aprobó en la sesión de Sala de la fecha).

*Hernán Guillermo Aldana Duque*, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado T.*, Secretario.

# CAPITULO V

## SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTÓS DEL ORDEN NACIONAL

### SUB-CAPITULO I

### SUSPENSIONES DECRETADAS

*NOMBRE COMERCIAL Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. (Suspensión provisional).*

*Se suspende provisionalmente el artículo primero (1º) de la Resolución número 5007 de 18 de septiembre de 1985, en cuanto aprobó el artículo segundo (2º) de la Reforma Estatutaria que dice:*

*"La denominación de la Sociedad de Banco de Crédito y Comercio de Colombia".*

*Y el artículo tercero (3º) que dice:*

*"Disponer que la utilización que el banco interesado haga del nombre que se autoriza por la presente resolución, para cualquier propósito, se someta a las condiciones que el banco indicó en el oficio número 5626".*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., dieciséis de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente Nº 0483. Actor: Banco de Crédito.

El apoderado judicial del Banco de Crédito, en memorial que antecede, interpone el recurso de reposición respecto del auto proferido por el suscrito en Sala Unitaria y por el cual se admitió la demanda pero se omitió hacer ningún pronunciamiento sobre la solicitud de suspensión provisional que impetra del acto administrativo originario de la Superintendencia Bancaria mediante el cual se aprobó una reforma de los estatutos que incluia el cambio de nombre del Banco Mercantil por el de Banco de Crédito y Comercio de Colombia. El recurso se limita sólo a la falta de pronunciamiento sobre la solicitud de suspensión provisional.

*Se considera:*

Asiste razón al recurrente en cuanto al silencio en el auto admisorio a la solicitud para que se suspendieran provisionalmente los efectos del acto administrativo cuya nulidad se demanda; y como según el artículo 154 del C.C.A., tal solicitud deberá resolverse por el sustanciador en el Consejo de Estado en el mismo auto en que se admite la demanda, se revocará totalmente el auto recurrido para hacer nuevo pronunciamiento sobre la admisión y suspensión provisional.

En primer lugar, es procedente admitir la demanda por cuanto se trata de un acto administrativo originario de la Superintendencia Bancaria, estando atribuida la competencia para conocer y decidir las demandas que se promuevan contra sus actos, al Consejo de Estado, en la Sala Contenciosa, Sección Cuarta, conforme al artículo 28 numeral 3º y el reglamento de la Corporación y no a la jurisdicción ordinaria, atendiendo la ley al organismo administrativo que expidió el acto demandado.

"La demanda reune los requisitos de forma que la ley prescribe y en consecuencia, es procedente admitirla, como se dirá al final; y, como se solicita expresamente la suspensión provisional del acto acusado, se procede a ello mediante las siguientes consideraciones:

Los actos que se acusan son el artículo 1º de la Resolución número 5007 de 18 de septiembre de 1985, expedida por el Superintendente Bancario y en virtud de la cual se aprobó la reforma de los estatutos sociales del Banco Mercantil en cuanto aprobó el cambio de la razón social de Banco Mercantil por el de Banco de Crédito y Comercio de Colombia, conforme a los artículos segundo y tercero de la reforma estatutaria; que es nulo también el artículo tercero de la citada Resolución 5007 de 1985, en cuanto dispuso "que la utilización que el Banco interesado haga del nombre que se autoriza por la presente resolución para cualquier propósito, se someta a las condiciones que el Banco indicó en el oficio número 5026", que es nula la Resolución número 1016 del 19 de febrero de 1986 expedida por la Superintendencia Bancaria por la cual se resolvió en sentido negativo el recurso de repósición interpuesto por el Banco de Crédito contra la Resolución 5007 de 1985.

Afirma el actor que la Superintendencia Bancaria al expedir la Resolución número 5007 de 1985, autorizando el cambio de nombre del Banco Mercantil por el Banco de Crédito y Comercio de Colombia, desconoció los derechos del Banco de Crédito, sin citarlo y notificarlo previamente para que hiciera valer sus derechos, violó los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; 603 y 607 del Código de Comercio en concordancia con los artículos 35 y 47 *ibídem;* y los artículos 3º incisos 7 y 8 y 14 y 46 del Código Contencioso Administrativo.

El artículo 1º de la Resolución número 5007 de 18 de septiembre de 1985, en los puntos demandados expresa:

> *Artículo 1º* Aprobar la reforma parcial de los Estatutos Sociales del Banco Mercantil, según el texto que se transcribe a continuación:
>
> *Artículo Primero.* La Sociedad es un Banco Comercial, en los términos definidos por los artículos 1º y 2º de la Ley 45 de 1923, y 2º de la Ley 17 de 1925, y es una Sociedad por Acciones organizada según las normas contenidas en los artículos 77 y siguientes de la Ley 45 de 1923.
>
> *Artículo Segundo.* La denominación de la Sociedad es "BANCO DE CREDITO Y COMERCIO DE COLOMBIA".
>
> *Artículo Tercero.* El Banco de Crédito y Comercio de Colombia (en adelante denominado "El Banco" o "La Sociedad") es

un Banco Comercial constituido conforme a las leyes colombianas, tiene su domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D. E., capital de la República de Colombia, pero podrá establecer sucursales o agencias dentro o fuera del país cumpliendo para ello los requisitos legales aplicables. El Banco es subsidiario de BCCI NOLDINOS (LUX BURG) S. A. (ilegible) y como consecuencia de esta relación, se encuentra suscrito un contrato de servicio administrativo con el BANK OF CREDITO AND COMERCE INTERNATIONAL (over seas) LTD., filial del BCCI NOLDINOS (LUXES URG) S. A., (ilegible en la copia) contrato que se celebró el 24 de junio de 1983 con una duración de 15 años.

Las normas cuya violación se acusa tienen el siguiente tenor literal:

*Artículo 16 Constitución Nacional:* "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

*Artículo 3º Constitución Nacional* dice: "Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

"La propiedad es una función social que implica obligaciones".

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definido por el legislador podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa".

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara".

*Artículo 35* Código de Comercio. "Las Cámaras de Comercio se abstendrán de matricular a un comerciante o establecimiento de Comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, mientras este no sea cancelado por orden de autoridad competente o a solicitud de quien haya obtenido la matrícula".

"En los casos de hominimia de personas naturales podrá hacerse la inscripción siempre que con el nombre se utilice algún distintivo para evitar la confusión".

*Artículo 47* Código de Comercio. "Lo dispuesto en el presente capítulo se aplicará exclusivamente al registro mercantil, sin perjuicio de las inscripciones exigidas en leyes especiales".

*Artículo 3º* C.C.A. "Principios orientadores". "Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera"....

Inciso 7º. "En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena este Código y la ley".

Inciso 8º. "En virtud de principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales".

*Artículo 14* C.C.A. "Citación a terceros. Cuando de la misma petición o de los registros que lleve la autoridad, resulte que hay terceros determinados que pueden estar directamente interesados en los resultas de la decisión, se les citará para que puedan hacerse parte y hacer valer sus derechos. La citación se hará por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz".

"En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario y el objeto de la petición".

"Si la citación no fuere posible, o pudiere resultar demasiado costosa o demorada, se hará la publicación de que se trata el artículo siguiente".

*Artículo 46* C.C.A. PUBLICIDAD. Cuando a juicio de las autoridades las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutiva, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones".

Alega para abundar en argumentos sustentatorios de la demanda y de la suspensión provisional en particular, el perjuicio que sufre el Banco de Crédito con el cambio de nombre del Banco Mercantil por el de Banco de Crédito y Comercio de Colombia, autorizado por la Superintendencia Bancaria en los actos que demanda, por la similitud entre las razones sociales de las dos entidades, dedicadas a similares actividades en el mismo medio, hecho que produce confusión que afectan al Banco de Crédito en sus operaciones y a su clientela, confusión que ha sufrido la propia Superintendencia Bancaria, que en febrero 24 del año en curso, dirigió al representante legal del Banco de Crédito, una comunicación que en verdad era para el Banco de Crédito y Comercio de Colombia. Agrega a la demanda una copia al carbón de 20 de enero de 1986, dirigida al Presidente del Banco Mercantil (v. fol. 98) en la que enumera 14 casos de confusión o error, presentado en el canje por la similitud del nombre de los dos Bancos; anteriormente en diciembre 16 de 1985, la Vicepresidente Comercial del Banco de Crédito se dirige a la Cámara de Compensación del Banco de la República en una comunicación enumerando seis (6) casos de error originados en el cambio de nombre en los cuales distintos bancos

devolvieron cheques como si fueran girados contra cuentas del Banco de Crédito, cuando en realidad fueron girados contra cuenta del Banco de Crédito y Comercio de Colombia, antes Banco Mercantil (fls. 100/101). Los documentos que acreditan la confusión por el cambio de nombre aparacen desde el folio 68 hasta el 163 inclusive y son más numerosos que los enumerados.

Los principios orientadores del nuevo Código Contencioso Administrativo contenidos en el artículo 3º, son normas rectoras que deben guiar el juicio del intérprete a fin de darles eficacia porque ellos condicionan la actividad de la administración, que no es libre de hacer sino lo que le está prescrito y observando las formas de la prescripción respectiva. Es así como en virtud del principio de publicidad, las autoridades están en la obligación de dar a conocer sus decisiones por los medios que la ley prescribe, de suerte que no pueda haber actos ocultos ni adelantarse ninguna actuación que pueda causar perjuicio a una persona natural o jurídica, sin que a ésta se le dé oportunidad de contradecirla, todo ello en virtud del principio de publicidad de los actos de la administración, salvo que exista norma especial que lo prohiba.

El Código Contencioso Administrativo (artículo 152) faculta al Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativos para suspender provisionalmente los efectos de un acto, condicionando su procedencia así: "Si la acción es la de simple nulidad, basta que haya violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación o del examen de las pruebas aportadas".

"Si la acción que se ejercita es distinta de la de nulidad del acto, *deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente,* el perjuicio que sufre o que podrá sufrir el actor" (Subraya la Sala).

"Que la medida se solicite de modo expreso en la demanda o por escrito separado, antes de dictarse el auto admisorio de aquella".

"Que la suspensión no esté prohibida por la ley".

En el caso *sub júdice,* se trata de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho, y por lo mismo distinta a la de simple nulidad; se pidió expresamente en el escrito que contiene la demanda; la suspensión provisional del acto demandado, no está prohibida por la ley y aparece comprobado sumariamente el perjuicio que sufre el Banco de Crédito y sus clientes por el cambio de nombre del Banco Mercantil por el del Banco de Crédito y Comercio de Colombia.

En efecto y como ya se indicó en el curso de esta providencia, desde el folio 68 en adelante hasta el 163 aparecen documentos, incluso originarios de la propia Superintendencia Bancaria, en los que se envían al Banco de Crédito documentos dirigidos realmente al Banco Mercantil bajo su nueva razón social; se descargan o debitan cheques en la cuenta del Banco de Crédito, cuando tales documentos están girados por el cliente al Banco Mercantil, hoy Banco de Crédito y Comercio de Colombia.

Por otra parte, a juicio de la sala unitaria, la violación de los artículos 3º inciso 6, 7 y 8; 14 y 46 del Código Contencioso Administrativo es a todas luces evidente. En efecto el artículo 603 del C. de C.

textualmente dice: "Los derechos sobre el nombre comercial *se adquiere por el primer uso sin necesidad de registro.* No obstante puede solicitarse su depósito. Si la solicitud reune los requisitos de forma establecidos para el registro de marcas, se ordenará la concesión del certificado de depósito y se publicará" (Subraya la Sala).

*Artículo 607.* "Se prohibe a terceros *el empleo de un nombre comercial* o de una marca de productos o de servicios, que sea igual o *similar a un nombre comercial ya usado para el mismo ramo de negocios,* salvo cuando se trata de un nombre que por ley le corresponda a una persona, caso en el cual deberán hacerse las modificaciones que eviten confusión que a primera vista pudiera presentarse" (Subraya la Sala).

Las consideraciones que anteceden son suficientes para decretar la suspensión provisional del acto acusado habida consideración de que la Superintendencia Bancaria tiene respecto de las entidades que ella vigila, similar competencia a la de la Superintendencia de Sociedades Anónimas respecto de las sociedades sometidas a su vigilancia, entre otras, las relativas a autorizar o no el cambio de nombre o de razón social.

*Por lo expuesto, se decide:*

1. Revócase el auto de 21 de abril del año en curso.

2. Admítase la demanda promivida por el Banco de Crédito.

3. Notifíquese personalmente al señor Superintendente Bancario y al Representante del Banco Mercantil, hoy Banco de Crédito y Comercio de Colombia.

4. Notifíquese al Fiscal.

5. Se suspende provisionalmente el artículo primero (1º) de la Resolución número 5007 de 18 de septiembre de 1985, en cuanto aprobó el artículo segundo (2º) de la Reforma Estatutaria que dice:

> "La denominación de la Sociedad es Banco de Crédito y Comercio de Colombia".

Y el artículo tercero (3º) que dice:

> "Disponer que la utilización que el Banco interesado haga del nombre que se autoriza por la presente resolución, para cualquier propósito, se someta a las condiciones que el Banco indicó en el oficio número 5626".

6. Solicítase a la Superintendencia Bancaria que envíe con destino a este expediente, los antecedentes administrativos sobre aprobación de la reforma de los estatutos del Banco Mercantil. Página 6 entrelineado la vale.

Cópiese y notifíquese.

*Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*PENSIONADOS DE PUERTOS DE COLOMBIA. DESCUENTOS. (Suspensión provisional).*

*Suspéndense los efectos de la Circular 3.C.61.1 de julio 31 de 1984 del Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia, pero únicamente en cuanto al descuento allí ordenado pueda utilizarse para arbitrar recursos con el fin de atender el pago de las respectivas mesadas pensionales.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., treinta y uno de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº 2029. Autoridades nacionales. Actor: Ernesto Forero Vargas.

Ernesto Forero Vargas, a quien se admite que actúe en nombre propio, solicita en su demanda de folios 8 a 22 que se suspendan provisionalmente los efectos de la Circular 3.C.61.1 de 3 de julio de 1984, proferida por la Gerencia General de la Empresa Puertos de Colombia, por medio de la cual se ordenó descontarle a los pensionados el 5% de la mesada pensional. Al efecto, cita como disposiciones violadas por el acto acusado los artículos 2, 16, 17 y 20 de la Constitución Nacional, 7º de la Ley 4ª de 1976, 37 del Decreto extraordinario 3135 de 1968, 90 del Decreto reglamentario 1848 de 1969 y 3 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo y las Convenciones Colectivas celebradas entre la Empresa Puertos de Colombia y sindicatos de trabajadores existentes en ella.

*Para resolver se considera:*

La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es procedente en las acciones de nulidad, como la propuesta, cuando haya manifiesta violación de una norma superior, "que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas", según lo dispuesto en el artículo 152,2 del C.C.A.

Efectuando la sencilla comparación exigida por la norma, entre el acto acusado y las normas constitucionales, legales y reglamentarias que cita el demandante y sobre las cuales no existe duda de que son de jerarquía superior al referido acto, se tiene:

1. Para llegar a la conclusión de que el Gerente General de dicha empresa (Puertos de Colombia) extralimitó las facultades de que está investido no es suficiente la comparación entre el acto y los artículos

2º y 20 de la Constitución, los cuales no contienen ninguna facultad o poder que pueda ejercer aquel funcionario.

2. La sencilla comparación, vale decir, sin deducciones ni raciocinios, respecto del artículo 16 de la Carta tampoco es suficiente para encontrar que se haya desprotegido a los pensionados de la ameritada empresa en sus bienes, en razón de que dicha norma por su contenido general no gobierna el caso concreto de las pensiones ni de las cotizaciones de los pensionados. Lo propio ocurre en lo relacionado con el artículo 17 del mismo cuerpo constitucional.

3. De otro lado, la simple comparación entre el acto acusado y los artículos 7º de la Ley 4ª de 1976, 37 del Decreto extraordinario 3135 de 1968 y 90 del reglamentario 1848 de 1969, no deja ver la violación ostensible de las mismas en cuanto ellas establecen el descuento del 5% de la mesada pensional para la financiación de la prestación asistencial a los pensionados y sus familiares que dependen económicamente de ellos.

4. Tampoco se aprecia *prima facie* contradicción alguna entre el acto administrativo acusado y los artículos 3 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo.

5. La única violación ostensible de tales normas hace referencia a la destinación parcial que el acto acusado quiere darle al descuento por la necesidad "...de arbitrar recursos suficientes para atender al pago de las respectivas mesadas pensionales...", pues, como ya se vio el descuento del 5% tiene otra finalidad. Lo anterior, obviamente, no implica que tal violación afecte la totalidad del acto, debido a que, en lo demás, como se ha analizado, la transgresión manifiesta no se ha establecido. Consecuentemente, la suspensión provisional sólo afectará los efectos del acto impugnado, en cuanto al descuento allí ordenado pueda utilizarse para arbitrar recursos con el fin de atender el pago de las respectivas mesadas pensionales.

*Por lo expuesto, se dispone:*

Suspéndense los efectos de la Circular 3.C.61.1 del 3 de julio de 1984 del Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia, pero únicamente en cuanto al descuento allí ordenado pueda utilizarse para arbitrar recursos con el fin de atender al pago de las respectivas mesadas pensionales. Niégase la suspensión provisional de los demás efectos de la mencionada circular.

Además:

1º Admítese la demanda presentada.

2º Notifíquese, personalmente al Agente del Ministerio Público, al Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia y a los representantes legales de las siguientes organizaciones sindicales, las cuales pueden tener interés directo en los resultados del proceso:

Confederación de Pensionados de Colombia, Asociación Nacional de Pensionados de Puertos de Colombia, Sindicato de Trabajadores de la Empresa Puertos de Colombia (Oficina Principal), "Sintrapocol",

Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo de Cartagena, "Sindicaterma", Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo de Santa Marta, "Sintratermar", Sindicato de Empleados y Obreros del Terminal Marítimo de Barranquilla y Obras de Conservación de Bocas de Ceniza, "Sindeoterma", Sindicato de Braceros Fluviales Marítimos y Navegantes del Atlántico, "Sinbranave", Sindicato de Trabajadores de los Terminales Marítimos del Atlántico, "Sintramar", Confederación de Trabajadores de Colombia, "C.T.C." y Sindicato de Trabajadores del Terminal Marítimo de Tumaco, "Sintermarit" y por estado. Para la notificación en Cartagena, Santa Marta, Barranquilla y Tumaco se comisiona por el término de 20 días a los Tribunales Administrativos de Bolívar, Magdalena y Atlántico y al Juez Civil de Tumaco, respectivamente. Líbrense los oficios del caso.

3º Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para que la demandada y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

4º Solicítese a la Empresa Puertos de Colombia los antecedentes administrativos del acto acusado.

*Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*EMBARGO. CANCELACION O DESEMBARGO (Suspensión provisional).*

*1. El juez que ha decretado el embargo es quien puede decretar el desembargo, mediante orden que la ley llama de "CANCELACION" pero que no dejaría de ser tal porque se llamara de otra manera. V. gr. "exclusión" o "corrección" de embargo.*

*2. El artículo 35 del Decreto 1250 de 1970 sólo faculta a la Superintendencia de Notariado y Registro para efectuar correcciones que no cambien el sentido del acto.*

*Decrétase la suspensión provisional de los efectos de la resoluciones números 4407 de 18 de noviembre de 1985 y 0219 de 24 de enero de 1986, proferidas ambas por la Superintendencia de Notariado y Registro.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey.*

Expediente Nº 169. Actor: Mario Gómez Fuentes.

La demanda que precede reune los requisitos legales, por lo cual será admitida. Pero como en ella se formula además la solicitud de suspensión provisional de los actos impugnados, previamente se examinará esta solicitud.

*I. Petición de suspensión provisional*

*A. Los actos acusados y sus antecedentes*

Los contenidos y antecedentes de los actos cuestionados pueden extraerse de estos mismos como sigue:

1. En época anterior a septiembre de 1983, los lotes de terreno números 12 y 13 de la manzana "D" de la Urbanización Nicolás de Federmán de Bogotá figuraban en el registro en folios de matrícula separados: 050-0493064 y 050-0493063, respectivamente (fl. 50 y fl. 15).

2. Mediante escritura pública otorgada y registrada en 1983, dichos lotes fueron englobados en uno solo y a un mismo tiempo se inscribió el reglamento de propiedad horizontal de un edificio llamado "Gaviotas", construido sobre los dos lotes, marcado con el número 38B-89 de la calle 57 y constante de más de cuarenta unidades (apar-

tamentos y garajes) en propiedad horizontal. A los dos lotes ya englobados en uno y al edificio en general se les asignó el folio 050-0744539 y a las unidades los folios 050-0744540 a 050-0744582.

3. Por oficio 905 de 25 de mayo de 1984 librado por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso ejecutivo incoado por Inversiones Saldarriaga Vélez Ltda. contra Armando Díaz García y Cía. S. en C. S. (propietaria del inmueble en su totalidad) y Armando Díaz García (ejecutado como persona natural), se comunicó a la Oficina de Registro de Bogotá el embargo "del lote número 12 de la manzana D de la Urbanización Nicolás de Federmán, con matrícula inmobiliaria número 050-0744539"; los linderos del inmueble contenidos en el oficio eran los del lote número 12, pero la matrícula indicada era el del edificio entero, en el cual ya estaban englobados los lotes 12 y 13 e inserta la propiedad horizontal. Para esa época el propietario de los lotes y del edificio no había aún enajenado unidad alguna de tal propiedad horizontal (fls. 33 y 56). Pues bien, la oficina inscribió el embargo en el folio 050-0744539. Pero además, en razón de que, a juicio de ella, por no haber sido todavía enajenadas las unidades de propiedad horizontal, estas accedían al terreno (fl. 56), inscribió el embargo también en los folios de cada una de las unidades, los números 050-0744540 a 050-0744582. Tuvo la oficina el cuidado de informar al Juzgado lo ocurrido. "Comedidamente le hago conocer que sobre el predio objeto de la medida cautelar se construyó el edificio "Gaviotas", calle 57 número 38B-89. Para lo cual el lote de terreno número 12 manzana D, se englobó con el lote número 13 manzana D. De allí que el embargo se ha registrado en cada una de las unidades que hacen parte del edificio" (fls. 51 y 100). Además, la oficina envió copia de su Resolución 02702 de 25 de octubre de 1985 al Juzgado para que si este hallaba anómala la inscripción del embargo, ordenara modificarla (fl. 57).

4. Los ejecutados pidieron muy pronto al Juzgado la liberación de las unidades de propiedad horizontal, pero aquel la denegó (fls. 95 y 96) y más bien confirmó el embargo (fol. 81 vto., última anotación). Y el debate del proceso ejecutivo continuaba en marzo de este año en el Tribunal (fl. 160 vto.), y quizás todavía prosigue.

5. Luego de aquella petición, los ejecutados acudieron a la Oficina de Registro para solicitarle lo mismo: que corrigiera las inscripciones del embargo suprimiendo las de los folios 050-0744540 a 050-0744582 correspondientes a las unidades privadas de propiedad horizontal. La oficina, después de citar a todos los interesados, denegó tanto la solicitud inicial como la formulada en recurso de reposición (Resolución 2702 de 25 de octubre de 1985, fol. 50 ss.). Su argumento fundamental consistió en que el Juzgado estaba enterado de la situación y era él quien podía decidir, cancelando total o parcialmente las inscripciones del embargo, según lo previsto en el ordinal 1º del artículo 681 del C.P.C. y en el artículo 40 del Decreto-ley 1250 de 1970, o absteniéndose de cancelarlas. "El Registro de Instrumentos Públicos no puede discutir frente a la jurisdicción que le ordena inscribir un embargo la procedencia o improcedencia de éste. Son las partes

dentro del proceso y con su carácter de tales quienes están legitimadas para hacerlo... El registro es un ejecutor de la orden judicial recibida" (fol. 54).

6. Contra tal decisión interpusieron los ejecutados recurso de apelación y solicitud de revocación directa ante la Superintendencia de Notariado y Registro. Esta decidió, en sentido opuesto al de la oficina, mediante las Resoluciones 4407 de 18 de noviembre de 1985 y 0219 de 24 de enero de 1986.

La parte decisoria de la primera dice:

"*Artículo Primero.* Exclúyase de las matrículas inmobiliarias números 050-0744540 al 050-0744582 la inscripción del embargo comunicado mediante oficio número 905 del 25 de mayo de 1984, emanado del Juzgado Quinto Civil del circuito de esta ciudad.

"*Artículo Segundo.* Corríjase en el folio de matrícula inmobiliaria número 050-0744539 la inscripción correspondiente al oficio 905 del 25 de mayo de 1984 del Juzgado Quinto Civil del circuito de esta ciudad, en el sentido de especificar, embargo, lote número 12 integrado lote número 13.

"*Artículo Tercero.* Transcríbase en la matrícula inmobiliaria número 050-0744539 la descripción de los bienes comunes del bien sometido al régimen de propiedad horizontal.

"*Artículo Cuarto.* Notifíquese personalmente este acto al señor Armando Díaz García y al Doctor Carlos Tejeiro López.

"*Artículo Quinto.* Remítase copia de esta providencia a la Doctora Gloria Luz Gutiérrez de Fernández, Registradora Principal de Instrumentos Públicos de Bogotá".

La parte decisoria de la Resolución 0219 de 1986 dice:

"*Artículo Primero.* Confirmar la Resolución número 4407 del 18 de noviembre de 1985.

"*Artículo Segundo.* Notifíquese personalmente la presente resolución, al Doctor Miguel Angel García Pardo y entréguesele copia íntegra de la misma.

"*Artículo Tercero.* La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

Argumentos de la Superintendencia son:

Que cuando se comunicó el embargo a la oficina, los dos lotes ya estaban englobados y la propiedad horizontal constituida, de suerte que aquella había incurrido en error al inscribir la medida en todos los folios citados (050-0744539 a 050-0744582); pero que la oficina estaba facultada por el artículo 35 del Decreto 1250 de 1970 para corregir los errores cometidos en las inscripciones, y en tal virtud la Superintendencia procedía a ordenar la enmienda de todo lo hecho por la oficina en el caso.

7. Ambas resoluciones han sido impugnadas, en acción de restablecimiento del derecho ejercida mediante la demanda que antecede,

en la cual su signatario obra como apoderado del señor Mario Gómez Puentes, sucesor procesal del actor de la mencionada ejecución proseguida en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

El actor solicita la suspensión provisional de las resoluciones atacadas y la consiguiente restitución de las resoluciones y medidas cautelares que había tomado la oficina de registro.

De los numerosos cargos en que el actor funda su solicitud, el consejero sustanciador selecciona dos, sin que esto signifique dar por inocuos los restantes:

a) Violación de los artículos 40 del Decreto 1250 de 1970, 688 (1) del C. P. C. y 55 de la Constitución Nacional. Estima el actor que de lo que se ha tratado en el presente caso es "de modificar, de revocar una providencia judicial y de levantar un embargo vigente en contra de la expresa manifestación del juez". "La exclusión, equivale ni más ni menos a la cancelación del registro o inscripción" sin "existir la respectiva orden judicial". Según las tres normas mencionadas, tal orden no puede emanar sino del juez.

b) Violación del artículo 35 del Decreto 1250 de 1970. En el presente caso no se ha tratado —dice la demanda— de aplicar en las resoluciones y exclusiones el procedimiento gubernativo común, porque entonces estas habrían violado los artículos 44 (4º), 51 y 54 del C.C.A., pues, habiendo quedado notificada la anotación del embargo el 13 de junio de 1984, todos los recursos y resoluciones y exclusiones serían nulos por haber ocurrido en 1985. De modo que las resoluciones acusadas confieren a la corrección prevista en el artículo 35 del Decreto 1250 de 1970 carácter de recurso especial que ya rozaría "derechos adquiridos" (situaciones jurídicas concretas). Pero esas resoluciones violan el artículo 35, haciéndole decir precisamente lo contrario de lo que significa, pues, apoyado en él, el registrado sólo puede "corregir los errores ortográficos, de redacción o aritméticos en la forma allí indicada", pero no "modificar... revocar una providencia judicial y... levantar un embargo vigente en contra de la expresa manifestación de Juez" (fol. 117): bien coinciden estas palabras del actor con las del último inciso del artículo 73 del C.C.A., aunque la demanda calle esta cifra.

*B. Consideraciones del sustanciador*

Numerosos son los problemas de régimen de registro y de derecho civil, procesal civil, administrativo, procesal administrativo y hasta constitucional que integran este conflicto. Por ejemplo, si el oficio de embargo indicó los linderos del lote número 12, pero también y como si se tratara de lo mismo, indicó el folio de matrícula del conjunto entero, constante de lotes 12 y 13 y construcciones, que aún no habían sido enajenados por los ejecutados, ¿al momento de anotar el embargo, tendría prelación jurídica alguna de las dos indicaciones sobre la otra? El sustanciador ha de pasar por alto esta y muchas otras cuestiones, para limitarse a las bases de la solicitud de suspensión provisional.

a) La oficina de registro anotó el embargo en el folio correspondiente a los lotes 12 y 13 y demás bienes comunes del edificio, y en los folios correspondientes a cada una de las 43 unidades de propiedad horizontal. La oficina informó al Juzgado lo ocurrido para que tomara la decisión que a bien tuviera; y los ejecutados solicitaron al mismo Juzgado que decretara el desembargo de las unidades; pero aquel denegó la solicitud, y más bien ratificó la vigencia del embargo a la oficina (fl. 81 vto., última anotación). Esta se atuvo a lo decidido por el Juez. La Superintendencia, en cambio, en el afán indiscutiblemente bien intencionado de subsanar lo que a juicio de ella habían sido errores del Juzgado y de la oficina de registro, invocó el artículo 35 del Decreto 1250 de 1970, "excluyó" del embargo las 43 unidades de propiedad horizontal y "redujo" la medida cautelar al lote 12. Insistió en que "excluir" de un embargo no era "cancelar" este, y que el derecho de "corrección" facultaba al registrador "para corregir los errores en que se haya incurrido al realizar una inscripción y esta facultad se extiende hasta la posibilidad de excluir un asiento registral, si ello es indispensable para enmendar la equivocación" (fl. 15).

El asunto se puede examinar desde cualquier altura teórica, pero por sutil que esta sea, siempre se llegará al hecho escueto de que "excluir" de un desembargo 43 construcciones (apartamentos y garajes) no significa otra cosa que "desembargar" esos objetos. Pero la gravedad práctica y teórica de la situación va todavía más allá, pues la medida no se detiene en las 43 unidades. En efecto, la Superintendencia ordenó conservar la anotación del embargo del folio 050-0744539 (lotes y demás bienes comunes de la propiedad horizontal), agregándole que la medida se restringía al lote 12. Con todo, ni siquiera esto podía ella conservar, tras haber destruido lo otro. Es que según el ordinal 3º del artículo 1º de la Ley 182 de 1948, el lote 12 es inseparable de las unidades de propiedad horizontal e indivisible e inalienable dada su índole de bien común; de suerte que no podría ser rematado, y, por tanto, tampoco podría ser embargado aisladamente. En suma, la Superintendencia "excluyó del embargo" no sólo las 43 unidades sino también los lotes 12 y 13 y los demás bienes comunes del edificio. Sea cual fuere el nombre que se asigne a la medida (exclusión, liberación, destrabación, etc., etc.), es un "desembargo", y total; y por serlo, viola de manera flagrante las normas invocadas por el actor (más otras muchas), que confieren tal facultad a la rama judicial. Basta leerlas: el juez que ha decretado el embargo es quien puede decretar el desembargo, mediante orden que la ley llama de "cancelación", pero que no dejaría de ser tal porque se llamará de otra manera, v. gr., "exclusión" o "corrección" de embargo. Mantener las resoluciones impugnadas significaría institucionalizar la rivalidad entre la rama administrativa y la judicial, que es lo que se ha practicado en el caso de autos. La máxima diría: "si el Juzgado deniega la solicitud de desembargo, acúdase a la administración, que prevalece, y que quizá tenga otro criterio y sí accede a ella". Pero como esto riñe de manera flagrante con la distribución de competencias que establecen las normas dichas, deben suspenderse provisionalmente las resoluciones impugnadas.

b) El primer cargo basta por sí solo como cimiento de la solicitud de suspensión provisional. Sólo para mayor abundamiento se agrega el que viene, que, dicho sea de paso, es prácticamente correlativo del

primero. Puede resumirse de esta manera: Si, habiéndose inscrito el embargo desde el 12 de junio de 1984 (fl. 80 vto., última anotación), habiendo quedado notificada la inscripción desde el día siguiente y no habiéndose presentado reclamación alguna ante la Oficina de Registro antes del 18 de abril de 1985 (fls. 22 y 33), según los artículos 44 (4º), 51 y 54 del C.C.A. la ejecutante tenía ya un derecho adquirido (situación jurídica concreta) al embargo, y la inscripción de este era intocable para la administración (no para el juez); el artículo 35 del Decreto 1250 de 1970 sólo la faculta para efectuar correcciones que no cambien el sentido del acto; de modo que si ella le da otro alcance, lo viola flagrantemente.

La procedencia del cargo es manifiesta: Si el alcance de dicho artículo 35 fuera el que le da la administración, quedarían sin sentido las normas citadas en el primer cargo, más todas las que regulan el procedimiento gubernativo, más el último inciso del artículo 73 del C.C.A.:

"Además siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión".

Este cargo constituye, pues, una razón adicional para decretar la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones impugnadas.

Sobra hablar del perjuicio que dichas resoluciones irrogan al actor.

Queda en claro que el suscrito se ha abstenido de examinar la posible suerte final del embargo, limitándose al estudio de la competencia de los funcionarios que en él han intervenido.

*II. Decisiones*

Por lo dicho, el ponente resuelve:

1. Admítese la demanda.

2. Notifíquese personalmente a la señora Superintendente de Notariado y Registro, al señor Agente del Ministerio Público y al señor Armando Díaz García (en nombre propio y como representante de Armando Díaz García y Cía. S. en C.: calle 80 número 8-14, piso 3º, Bogotá).

3. Fíjese en lista por el término de diez días para los efectos del artículo 207, numeral 3º del C.C.A.

4. Pídanse a la Superintendencia de Notariado y Registro y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, copias de todos los antecedentes administrativos de las resoluciones impugnadas y de los de las resoluciones de la Oficina de Registro que aquellas revocaron.

5. Decrétase la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones números 4407 de 18 de noviembre de 1985 y 0219 de 24 de enero

de 1986, proferidas ambas por la Superintendencia de Notariado y Registro. En firme el presente auto, comuníquese la suspensión a dicha Superintendencia y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá.

Notifíquese.

*Miguel Betancourt Rey.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*REVOCACION DIRECTA (artículo 73 Decreto 01 de 1984).*

*De un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, requiere el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.*

*Suspéndense provisionalmente los efectos de las Resoluciones números 000475 del 20 de febrero de 1986 expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio del mismo ramo.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Adminstrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., veintitrés de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº 2098. Resoluciones Ministeriales. Actora: Asociación de Marinos Profesionales, "ASOMAR".

La Asociación de Marinos Profesionales, "ASOMAR", actuando por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, ha presentado demanda ante el Consejo de Estado, en la cual hace las siguientes peticiones:

"1º Se declare la nulidad de la Resolución número 00475 del 20 de febrero de 1986, emanada del señor Director del Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; y se restablezca la vigencia de las resoluciones revocadas por aquella.

"2º Como consecuencia de la anterior declaratoria y como restablecimiento del derecho de la entidad que represento, se declare que la Asociación de Marinos Profesionales, "ASOMAR", y no la Asociación Nacional de Oficiales de la Marina Mercante Colombiana, "ASOMMEC", tenía la representación de los oficiales de la Marina Mercante Colombiana y en general de los trabajadores de la empresa Líneas Agromar Limitada, para suscribir a nombre de aquellos la Convención Colectiva celebrada con la referida empresa" (fol. 31).

Como la demanda reúne los requisitos de ley, habrá de ser admitida.

En la misma demanda el apoderado de la actora solicita la suspensión provisional del acto administrativo acusado, en los siguientes términos:

"De acuerdo a lo preceptuado en los artículos 152 y ss. del C.C.A. solicito al H. Consejo de Estado que en el mismo auto en que se admita la demanda, se disponga la suspensión provisional del acto acusado.

"1º La suspensión provisional se está solicitando en la demanda.

"2º La suspensión provisional no está prohibida por la ley.

"3º La violación de una norma superior es ostensible y manifiesta como paso a demostrarlo.

"Basta la simple comparación de la resolución acusada con los artículos 69, 70, 73 y 74 del C.C.A. para concluir que aquella viola de manera ostensible y flagrante las normas legales citadas, quebranto que aparece *prima facie*.

"En efecto, se admitió y tramitó la revocatoria directa mediante solicitud de quienes no fueron parte en el trámite administrativo y tampoco se decretó de oficio, violando de manera ostensible el artículo 69 del C.C.A.

"Se dio trámite a la petición de revocatoria directa, no obstante estar agotados los recursos de la vía gubernativa, quebrantando el artículo 70 *ibídem*.

"Se procedió a la revocatoria sin el consentimiento expreso y escrito de la entidad demandante, titular del derecho y sin evidencia alguna de que los actos administrativos hubieran sido obtenidos por medios ilegales, pues nada de ello señala la resolución acusada en sus considerandos, contraviniendo así de manera flagrante el artículo 73 del C.C.A.

"Se procedió a la revocatoria sin adelantar ninguna actuación administrativa, sin citar a mi representada, sin permitirle la práctica de pruebas y, sin darle oportunidad de presentar opiniones, contrariando así el artículo 74 en armonía con los artículos 14, 34 y 35 del mismo código y el artículo 26 de la Constitución.

"4º Es evidente el perjuicio que ha sufrido y que puede sufrir la entidad demandante con el acto administrativo acusado, el cual emanado de los mismos términos de la decisión del funcionario, pues al quitársele la representación de los trabajadores de Líneas Agromar S. A. y otorgársela a la organización sindical "ASOMMEC", no puede actuar en la negociación colectiva no obstante ser sindicato mayoritario y además, pueden ser demandados ante la justicia ordinaria laboral todos los actos y convenios suscritos dentro de la negociación colectiva que dio origen a la presente controversia" (fls. 47 a 49).

*Para resolver, se considera:*

En la parte final de los considerandos del acto acusado se lee:

"Tenemos entonces que 'ASOMMEC', contaba con 51 socios exclusivamente, más 10 de los que aparecían también como afiliados a 'ASOMAR' y uno que presentó su renuncia a este. 'ASOMAR' tenía 15 exclusivamente y 5 de los que aparecían también afiliados a 'ASOMMEC'. No aparecen renuncias a este, anteriores a la fecha del conflicto, en documento auténtico.

"En consecuencia, la 'Asociación Nacional de Oficiales de la Marina Mercante Colombiana', 'ASOMMEC', tenía 62 oficiales de la Ma-

rina, trabajadores de 'Líneas Agromar' afiliados a ella. Y la 'Asociación de Marinos Profesionales', 'ASOMAR', contaba con 20 oficiales de la Marina, trabajadores de 'Agromar S. A.' afiliados a ella.

"Consta en el expediente de la empresa 'Líneas Agromar S. A.' tenía a la fecha del conflicto intersindical ocho (8) buques y que cada uno contaba con diez (10) oficiales de la Marina Mercante a su servicio; en consecuencia eran ochenta (80) los oficiales de la Marina Mercante que en aquella laboraban.

"Así, los 62 afiliados de 'ASOMMEC' constituyen el 77.50% de los 80 oficiales de la Marina Mercante con que contaba 'Líneas Agromar S. A.' a la fecha del conflicto; y los 20 de 'ASOMAR' el 22.50%. Por lo tanto, el primero sí tenía la representación de los oficiales para negociar capítulo especial en la convención colectiva, conforme lo dispuesto por el artículo 3º inciso 5º de la Ley 48 de 1968.

"De todo lo expuesto se deduce, que la Resolución número 00002 de enero 31 de 1985, confirmada por la 02101 de julio 9 del mismo año, se opone manifiestamente a la ley y concretamente al artículo 3º numeral 5º de la Ley 4ª de 1968 ya que de los hechos se desprende el derecho negado al sindicato 'ASOMMEC' razón por la cual, conforme al artículo 69 numeral 1º del Decreto 0001 de 1984, debe ser revocada.

"Es procedente la Revocatoria Directa de la Resolución en cuestión, toda vez que ella se opone a la ley; además quienes lo han solicitado con escrito de enero 14 de 1986 (Registro 00850) no han ejercido los recursos de la vía gubernativa. Y aunque la resolución reconoció un derecho particular y concreto en favor del sindicato 'ASOMAR' no se requiere el consentimiento de (lo que sigue es ilegible) ..... ....."
..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ....."
(fls. 25 a 26).

Según dicho acto administrativo, procedía la revocación directa de la Resolución 00002 de 31 de enero de 1985, pues ella "se opone a la ley, toda vez que la decisión contradice los hechos que la motivaron, como fueron los constatados en la investigación de la División Departamental del Trabajo del Atlántico, en razón a que ellos no mostraban que el sindicato 'ASOMAR' reuniera el 75% de los oficiales de la Marina Mercante de la empresa Líneas Agromar S. A., sino la mayoría de los trabajadores de la misma" (fl. 23).

El artículo 73 del Decreto extraordinario 01 de 1984 es del siguiente tenor:

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

"Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo si se dan las causas previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

"Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión".

La resolución impugnada se fundamenta en que es evidente que la providencia revocada ocurrió por medios ilegales. Pero al paso que para dicha resolución esos medios consisten en una errónea o torcida interpretación de las pruebas o desfiguración de los hechos en la providencia revocada, en suma, en la contradicción de esta última con aquellos, para la norma transcrita tales medios afectan la expedición del acto, por cuanto se basa en la hipótesis de que se profirió o se obtuvo ilegalmente; por ejemplo, en virtud de maniobras fraudulentas o de hechos que constriñen la voluntad, como el cohecho o la violencia.

De suerte que resulta evidente que no se daban las condiciones establecidas en el artículo 73 del Decreto extraordinario 01 de 1984 para la revocación directa de un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, sin que medie el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Por lo tanto, la providencia acusada viola en forma ostensible el artículo 73 del C.C.A., además de que es indiscutible que causa perjuicios a la actora, requisitos exigidos por el artículo 152 del mismo estatuto para que proceda la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo respecto del cual se ejerce la acción de restablecimiento del derecho. Por lo demás, la medida se solicitó y sustentó de modo expreso y la suspensión no está prohibida, en este caso, por la ley.

Procede entonces la suspensión provisional del acto acusado, sin necesidad de examinar los otros cargos que le hace la demandante.

En mérito de lo expuesto se dispone:

Admítese la demanda presentada por la Asociación de Marinos Profesionales, "ASOMAR", por medio de apoderado.

*Para su trámite se dispone:*

1º Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al señor Ismael Umaña Rojas en su condición de Presidente de la Asociación Nacional de Oficiales de la Marina Mercante Colombiana "ASOMMEC", Avenida (calle 13) número 14-62 de Bogotá.

2º Fíjese en lista por 10 días para los efectos del artículo 207,3 del C.C.A.

3º Solicítense los antecedentes administrativos del acto acusado.

4º Suspéndense, provisionalmente, los efectos de la Resolución número 000475 del 20 de febrero de 1986, expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio del mismo ramo.

Se le reconoce personería al doctor Pedro Charria Angulo como apoderado de la Asociación de Marinos Profesionales, "ASOMAR".

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*DOCENTES DE CATEDRA.*

*El Decreto-ley 80 de 1980 permite pertenecer al Escalafón Docente.*

*El Acuerdo 36 de 1985 impide tal derecho a los docentes de cátedra.*

*Suspéndese provisionalmente el artículo 1º del Acuerdo 36 de 1985 del Consejo Superior de la Universidad del Cauca.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente Nº 2031. Suspensión Provisional. Actor: Luis Andrade Ríos.

Admítese la demanda promovida por el Doctor Luis Andrade Ríos, quien obra en su propio nombre.

Para su trámite se dispone:

1. Notifíquese personalmente la admisión de la demanda al Fiscal Cuarto y al Rector de la Universidad del Cauca, para lo cual se comisiona al Tribunal Administrativo del Cauca.

2. Fíjese en lista por el término de diez (10) días, para los efectos legales pertinentes.

3. Por la Secretaría, solicítense a la Universidad del Cauca los antecedentes respectivos.

*Suspensión provisional*

La solicita el accionante para el acto acusado apoyándose en el siguiente razonamiento:

"La simple y sencilla comparación de la norma acusada —Acuerdo 36 de 1985— con lo dispuesto en el artículo 98 del Decreto-ley 80 de 1980, establece la contradicción de la primera con la ley.

"En efecto, el artículo 98 comentado, establece que para los Docentes de Cátedra '...Su remuneración se determinará según

*su categoría en el escalafón. Sus prestaciones sociales* serán proporcionales a las establecidas para los docentes de tiempo completo...' La expresión, su categoría en el escalafón... Sus prestaciones sociales..., indican, sin posibilidad de duda, la categoría *de ellos* —los docentes de cátedra— en el Escalafón Docente; y las prestaciones sociales *de ellos* —los docentes de cátedra—, como derechos consagrados en beneficio de tales servidores. Son *sus* derechos (de ellos) que la ley ha consagrado en forma expresa.

"De otra parte, cuando el Acuerdo 36 de 1985, en el artículo 1º expresa: 'los docentes de cátedra *no pertenecen al escalafón docente...*', está dejando sin ningún efecto lo prescrito en la ley. Está contra lo dispuesto en la ley. La contradicción hace que el acto expedido por el Consejo Superior Universitario, sea violatorio, en forma ostensible y flagrante de la norma legal que pretende reglamentar. La norma legal permite pertenecer al Escalafón Docente. El Acuerdo 36 de 1985, impide tal derecho, y, además lo excluye" (fls. 7-8).

El texto del artículo 98 del Decreto extraordinario 80 de 1980, invocado por el accionante, es del siguiente tenor:

"Los docentes de cátedra no son empleados públicos ni trabajadores oficiales y su vinculación a la institución se hará mediante un contrato administrativo de prestación de servicios, el cual se celebrará por períodos académicos. Su remuneración se determinará según su categoría en el escalafón, si la tiene, y con base en las horas efectivamente dictadas. Sus prestaciones sociales serán proporcionales a las establecidas por los docentes de tiempo completo.

"Los contratos a que se refiere este artículo no estarán sujetos a formalidades distintas a las que se acostumbran entre particulares.

"El régimen de estipulaciones será el determinado por la naturaleza del servicio y el contrato deberá darse por terminado sin indemnización alguna en los casos de incumplimiento de los deberes previstos en este decreto.

"Los contratos de que aquí se trata requieren para su perfeccionamiento, el registro presupuestal correspondiente".

Según se expresa en la demanda, entre las funciones del Consejo Superior de las instituciones universitarias está la de "expedir, a propuesta del Rector, el reglamento académico y los del personal docente, administrativo y estudiantil", de conformidad con la facultad otorgada para el efecto en el artículo 59, literal c), del decreto citado.

Se observa que, mediante Acuerdo 83 de abril 10 de 1980, el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, dispuso, respecto del profesorado de cátedra, que su ingreso o promoción en el escalafón así como los reconocimientos adicionales contemplados en el mismo se efectuarían con base en una escala de equivalencias que allí mismo se fija (art. 6º, fl. 2).

A esta norma se refiere el acto acusado y expresa:

"El artículo 6º del Acuerdo 83 de 1980, quedará así:

"Los docentes de cátedra no pertenecen al escalafón docente, sin embargo, para su remuneración se clasificarán en categorías iguales a las de los profesores escalafonados, teniendo como criterio para equivalencia del tiempo la siguiente escala:..." (fl. 1).

Por disposición del artículo 152 del C.C.A., para que sea viable la suspensión provisional en el caso de la acción pública de nulidad, debe existir una "manifiesta violación" de normas de jerarquía superior, que se pueda percibir a través de una "sencilla comparación" o del examen de las pruebas aportadas.

En el *sub lite*, el acto acusado despoja a los docentes de cátedra del derecho de acceder al Escalafón tratando de modificar en esto el artículo 6º del Acuerdo 83 de 1980, expedido por la misma institución, pero dejando vigente las demás disposiciones, entre ellas el artículo 4º, que expresa:

"La remuneración del profesor de cátedra se efectuará con base en el número de horas oficialmente programadas para la asignatura de pensum a su cargo, *de acuerdo con su categoría en el escalafón* del profesorado y la jornada ordinaria de trabajo de la respectiva unidad docente..."

Hay en ello una evidente contradicción. Y también se presenta contradicción con la norma de superior jerarquía invocada en la demanda, la cual contempla la posibilidad de ingreso al escalafón para los profesores de cátedra.

Ha sido muy prudente esta Corporación en decretar suspensión provisional para evitar que la medida pudiera constituir una cierta forma de prejuzgamiento, particularmente en aquellos casos en que la contradicción no aparece de bulto. Pero no es esta la situación que se observa en el *sub lite*, donde justamente se advierte una frontal oposición entre los dos preceptos. En tal virtud, es procedente la suspensión que se impetra. Así se decreta.

Notifíquese y cúmplase.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*SUPERINTENDENCIA BANCARIA.*

*No puede establecer sanciones contempladas con carácter general, sino que apenas puede aplicarlas e imponerlas en cada caso.*

*Suspéndese provisionalmente la circular externa OJ-047 del 22 de julio de 1986 proferida por el Superintendente Bancario.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., diecinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero sustanciador: Doctor *Policarpo Castillo Dávila.*

Referencia: Radicación 1483. Nulidad y suspensión provisional de la circular externa número OJ-047 de julio 22 de 1986. Demandante: Nelson Alberto Osorio Lozano.

Nelson Alberto Osorio Lozano, actuando en su propio nombre en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada por el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo demandó la nulidad del acto administrativo de carácter general emanado de la Superintendencia Bancaria contenido en la Circular Externa número OJ-047 de julio 22 de 1986.

Como la demanda se ajusta a derecho es procedente admitirla como en efecto se hace al final de esta providencia.

Solicita el actor que se decrete la suspensión provisional del acto administrativo demandado. Para resolver esta petición se considera:

El acto administrativo demandado es del texto siguiente:

"Señores directores, representantes legales, gerentes, revisores fiscales, funcionarios y empleados de las entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

"Este Despacho se permite transcribir en primer término, el texto de los artículos 22 y 23 del Decreto 2920 de 1982, que a la letra dicen:

" 'Artículo 22. Cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que estos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquier otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de $ 500.000.00 ni mayor de $ 2.000.000.00, graduándola a su juicio, según

la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. *Estas sumas se ajustarán anualmente, en el mismo sentido y porcentajes en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE.*

" 'Las multas previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20' (Subraya la Superintendencia).

" 'Artículo 23. Cuando cualquier director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia del Superintendente Bancario autorice o ejecute actos violatorios del estatuto de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento deba sujetarse, el Superintendente Bancarios podrá sancionarlo, por cada vez, con una multa hasta de $ 1.000.000.00 a favor del Tesoro Nacional.

" 'El Superintendente Bancario podrá, además, exigir la remoción a todas las entidades vigiladas. *Esta suma se ajustará anualmente, en el mismo sentido y porcentajes en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE.*

" 'Las multas previstas en este artículo, podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma, y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 18, 19 y 20' " (Subraya la Superintendencia).

"En virtud de la disposición legal subrayada, este Despacho a fin de establecer con precisión los montos en los cuales tales sanciones han quedado reajustadas, como efecto del mecanismo automático consagrado en la mencionada disposición, solicitó certificación de la variación porcentual del Indice de Precios al Consumidor - Nacional Total al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), quien mediante comunicación 006076 de julio 7 de 1986, expresó lo siguiente:

"

*Variación Porcentual Anual*
*(Base: Diciembre 1978=100)*

| | | |
|---|---|---|
| De: | Diciembre 31 de 1982 | |
| A: | Diciembre 31 de 1983 | 16.64 |
| A: | Diciembre 31 de 1984 | 18.28 |
| A: | Diciembre 31 de 1985 | 22.45 ". |

"En este orden de ideas, hecho los cálculos correspondientes, la Superintendencia informa que las cuantías atrás mencionadas han quedado reajustadas de la siguiente manera:

1. Multa Institucional (artículo 22)
   a) Mínimo $ 844.671.07
   b) Máximo $ 3.378.684.28

2. Multa Personal (artículo 23)

a) Mínimo - 0 -

b) Máximo $ 1.689.342.14

"En atención a lo expuesto, este Despacho en las sanciones observará en adelante los ajustes atrás mencionados".

*Normas violadas y concepto de la violación*

En su alegato el actor comenta este aspecto de la situación planteada del cual aparece que considera violadas las disposiciones de los artículos 2º, 63, 76 y 120 de la Constitución Nacional y los artículos 2º y 84 del Código Contencioso Administrativo (Decreto número 001 de 1984) en los apartes que se transcriben:

*"Fundamentos de derecho, disposiciones violadas y concepto de la violación*

"La Constitución Nacional en su artículo 2º establece que los poderes públicos se ejercen en los términos que la misma Constitución señala.

"El artículo 76 de la Constitución Nacional le atribuye al Congreso la facultad de expedir las leyes y por medio de ellas, el deber de interpretar, reformar o derogar las preexistentes.

"El artículo 120 de la Constitución Nacional en su numeral 3º le atribuye al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa la facultad de reglamentar las leyes expedidas por el Congreso mediante los actos idóneos para tal fin o sea los decretos reglamentarios,

"El artículo 63 de la Constitución Nacional determina que los funcionarios públicos deben tener sus funciones detalladas en ley o reglamento, es decir que la órbita de competencia del funcionario debe serle atribuida en forma expresa y taxativa.

"El artículo 2º del C.C.A. (Decreto número 001 de 1984) establece que los funcionarios que desarrollen la actuación administrativa deben dar cumplimiento con ella a los cometidos estatales en sujeción a la ley, velar por la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses que la ley ha reconocido a los administrados.

"El artículo 84 del C.C.A. determina que todo administrado puede demandar la nulidad de aquel acto administrativo no solamente infractor de la norma superior a la que está sujeto sino también cuando su expedición ha sido hecha en forma irregular, con falsa motivación o con desviación de las atribuciones legales propias del funcionario u organismo que los emite.

"Si sólo por ley o mediante decreto y obrando en uso de atribuciones conferidas por el Congreso, puede el Ejecutivo tener o crear facultades punitivas para ser aplicadas por los organismos a los cua-

les están adscritas las funciones de Inspección y Vigilancia del orden nacional, es lógico entonces que sólo mediante un acto de igual jerarquía normativa, dichas sanciones pecuniarias puedan ser establecidas o reajustadas.

"El Decreto 2920 de 1982 que fijó las multas institucionales y personales aplicables en los casos concretos de violación legal reglamentaria o estatutaria por parte de entidades o personas sujetas a la Inspección o Vigilancia de la Superintendencia Bancaria, si bien confirmó la facultad punitiva de la entidad, no le adjudicó ni le podría dar orden para reglamentar tales disposiciones ni para determinar el reajuste de tales penas.

"La norma se limitó a prever que el reajuste de las sanciones sería hecho periódicamente de acuerdo con las certificaciones del DANE sobre el índice de variación de precios al consumidor, pero no asignó la realización directa del reajuste a la Superintendencia Bancaria; así, al hacerlo la entidad hizo uso de un poder reglamentario que no tenía ni podía tener y consecuencialmente determinó el reajuste de las multas obrando en ejercicio de una facultad reglamentaria, careciendo de competencia para hacerlo.

"El Acto que aquí se demanda es una circular, acto de inferior jerarquía a aquel que compete realmente la función del reajuste de unas sanciones económicas que han sido fijadas por otro acto de su misma naturaleza, es decir un decreto.

"Tener facultad para imponer la multa no implica necesariamente que tal facultad se extienda a la posibilidad de reajustarla. El mencionado Decreto 1939 de 1986 nuevo estatuto orgánico de la Superintendencia Bancaria señala en su artículo 3º literal n) que es facultad propia de la Superintendencia: 'Imponer a sus vigilados las medidas o sanciones que les sean aplicables por violación a estatutos, leyes o reglamentos'. Esta facultad es incuestionable, ya desde la Ley 45 de 1923 artículo 47 y sucesivas disposiciones que así nos lo recuerdan como el Decreto 3233 de 1965 en su artículo 5º, hasta llegar al Decreto 2920 de 1982. Este punto entonces nos permite cuestionar, cómo una facultad punitiva y su instrumento material concreto de sanción en lo económico, es decir la multa, se ha venido manteniendo a través del tiempo y acomodándose cuantitativamente a las circunstancias cambiantes, siempre a través de actos emanados directamente del Poder Ejecutivo y mediante su máximo gestor como lo es el Gobierno Nacional y en este caso el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público.

"¿Cómo entonces ahora y desconociendo el orden lógico de la jerarquía normativa, pretende el Superintendente Bancario aplicar de suyo algo que él mismo en la Circular Impugnada ha dado en llamar 'mecanismo automático consagrado en el Decreto 2920 de 1982' para decretar reajustes sobre las multas aplicables a las entidades vigiladas y a sus representantes y dependientes?

"Parecería que la Superintendencia Bancaria considerara poseer facultades por lo menos equivalentes a las del Presidente de la Repú-

blica de quien sólo es delegada, pues está asumiendo atribuciones que no le corresponden y desarrollándolas mediante actos que no son los propios. Si el Gobierno Nacional (Presidente - Ministro de Hacienda) mediante decreto reglamentario impusieron unos determinados montos en las sanciones, cuya imposición es tarea del Superintendente sólo el mismo Gobierno Nacional a través de un acto de la misma naturaleza jurídica puede determinar su reajuste.

"El Decreto 2920 de 1982 previó acertadamente el mecanismo de reajuste acudiendo periódicamente a la certificación del DANE, pero el hecho de no atribuir específicamente a una determinada autoridad la facultad de realizar tal reajuste no puede ser interpretado por la Superintendencia Bancaria como una atribución tácita de facultad reglamentaria a ese despacho.

"Imponer y aplicar determinadas tarifas o sanciones a casos concretos no confiere un sentido legal y lógico, ni en forma directa, la atribución de reajustarlas o modificarlas; no se concibe por ejemplo que las costas judiciales y demás cargas procesales que han sido fijadas por la ley o decreto puedan ser objeto de un reajuste automático por medio de auto proferido por un juez, pues por más facultades para condenar en costas, que tenga, el reajuste de las mismas sólo cabe a aquella autoridad normativa superior que creó la facultad, la materializó a través de la multa y previó los mecanismos para el cálculo de su reajuste.

"Existe así violación manifiesta de las normas legales ya que el Superintendente Bancario se está atribuyendo facultades extralegales, al interpretar en forma incorrecta los silencios del Legislador Especial, al ignorar la existencia del orden jerárquico normativo y al pretender crear mecanismos de automatización procedimental y de funciones que hacen peligrar la seguridad del administrado. Está olvidando que en materia de organismos administrativos y de control, existe competencia reglada, principio que impide la asunción de facultades por vía de extensión, analogía o vacío legal.

*"Suspensión provisional*

"1. El Superintendente Bancario a través del acto acusado está obrando con falta de competencia al pretender reglamentar mediante un acto no propio una facultad que si bien le fue concedida por el legislador especial, sólo este puede reglamentar.

"2. El Superintendente Bancario no puede asignarse atribuciones que no le corresponden para reglamentar actos de mayor jerarquía normativa, interpretando equivocadamente y a su favor el texto legal.

"3. No es una circular de la Superintendencia Bancaria el instrumento jurídico correcto para aplicar mecanismos de reajuste económico de sanciones que han sido creadas por las vías de la ley o el decreto y que sólo por actos de la misma naturaleza pueden ser objeto de desarrollo y reglamentación".

Además de las razones expuestas por el actor en lo transcrito de su memorial, es un hecho que el artículo 22 del Decreto 2920 de 1982

presupone que la Superintendencia Bancaria, no puede establecer las sanciones contempladas con carácter general, sino que apenas puede aplicarlas e imponerlas en cada caso, como que establece la tramitación de un procedimiento especial que le impone la obligación de "pedir explicaciones" a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia y antes de imponer la multa a que la ley lo autoriza.

Se está por tanto en una situación en que hay una ostensible contradicción entre la resolución de la Superintendencia y una disposición legal expresa, presupuesto establecido por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), para que deba accederse a la petición de suspensión provisional solicitada.

Por lo expuesto el suscrito conducto del proceso,

*Resuelve:*

1º Admítese la demanda.

2º Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público y al Superintendente Bancario en los términos del Código Contencioso Administrativo.

3º Fíjese en lista por el término legal.

4º Suspéndese provisionalmente la circular externa OJ-047 del 22 de julio de 1986 proferida por la Superintendencia Bancaria.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

*Policarpo Castillo Dávila.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*TIERRAS. DECLARATORIA DESCRIPTIVA DE INMUEBLES ENTRE 100 Y 500 HECTAREAS. COMPETENCIA DEL GERENTE DEL INCORA (Suspensión provisional artículo 22 de la Ley 135 de 1961).*

*COMPETENCIA.*

*1º Definición doctrinal.*

*2º Normas que fijan competencias.*

*3º Improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización legal expresa.*

*4º Actos administrativos dictados por quien invade competencia: Consecuencia.*

*Se decreta la suspensión provisional de las expresiones "dentro del plazo" que figura en el artículo 1º y "dentro del término de tres meses contados a partir de la publicación del presente acuerdo, en el Diario Oficial", contenido en el artículo 6º, ambas del acuerdo número 3 de febrero 22 de 1971 proferido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA.*

*COMPETENCIA.*

*Definición doctrinal.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Julio César Uribe Acosta.*

Radicación: Expediente Nº 4989. INCORA. Actor: Hernando Carreño Varela.

El ciudadano Bernardo Carreño Varela, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. solicita la nulidad de las expresiones "dentro del plazo" que figura en el artículo 1º y "dentro del término de tres meses, contados a partir de la publicación del presente acuerdo, en el Diario Oficial" contenida en el artículo 6º, ambos del acuerdo número 3 de 1971, dictado por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA.

Como el demandante en escrito separado solicita la suspensión provisional de la normatividad acusada, se procede en primer término a decidir este aspecto, previas las siguientes,

*Consideraciones:*

a) El inciso final del artículo 22 de la Ley 135 de 1961 es muy claro al determinar que corresponde al Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA) fijar la fecha en que "...los propietarios de extensiones menores a las previstas en el inciso 1º de este artículo, deban cumplir con las obligaciones en él consignadas...", mediante providencia que debe ser ampliamente divulgada;

b) A la demanda se acompañó la parte pertinente del Diario Oficial, correspondiente a la edición que apareció el día 28 de agosto de 1971, debidamente autenticado por el Ministerio de Gobierno. En él aparece publicado el texto del acuerdo número 003 de veintidós (22) de febrero de ese mismo año, dictado por la Junta Directiva del referido organismo, en cuyos artículos primero y sexto en lo pertinente se lee:

"Artículo Primero. Todo propietario inscrito o poseedor de predio rural cuya extensión superficiaria esté comprendida entre cien (100) y quinientas (500) hectáreas, está en la obligación de presentar al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA— dentro del plazo y en la forma señalada por este acuerdo, una declaratoria descriptiva del inmueble, contentiva de los datos que adelante se indicarán".

"Artículo Sexto. La declaración descriptiva en mención deberá ser presentada con todos sus anexos, dentro del término de tres (3) meses, contados a partir de la publicación del presente acuerdo en el Diario Oficial, ante las Oficinas Centrales del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—, en Bogotá, D. E. ..."

c) En el caso en comento es fácil percibir, a través de una simple comparación del alcance del artículo 22 de la Ley 135 de 1961, con el texto del acuerdo número 003 de 22 de febrero de 1971, la violación de la normatividad superior, pues la competencia que la ley fijó en el Gerente del citado Instituto la ejerció la Junta Directiva, que en parte alguna está facultada para fijar la fecha en que los propietarios de los inmuebles precisados en el último inciso del artículo 22 de la referida ley deban cumplir con las obligaciones que en el texto del referido artículo se indican;

d) La competencia, enseña Enrique Sayagues Laso, puede definirse como "...la aptitud de obrar de las personas públicas o de sus órganos. Ella determina, pues, los límites dentro de los cuales han de moverse unas y otros. Este concepto —agrega— desempeña en el derecho público un papel equivalente al de capacidad de las personas físicas en el derecho privado... Las normas que fijan competencias no pueden ser alteradas por quienes están llamadas a ejercer los poderes que ellas acuerdan. Su cumplimiento es una obligación, no una facultad. Este es un principio básico del derecho público. De ahí la improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización legal expresa" (Tratado de Derecho Administrativo. Cuarta Edición. Montevideo 1974, págs. 191 y 192). Agrégase a lo anterior que el resto a los elementos que determinan la competencia, esto es, el territorio, la materia y los poderes jurídicos, es garantía fundamen-

tal de la concepción personalista del Estado de Derecho que no puede ser desconocida por órgano alguno de la administración, sin correr el riesgo de que los actos administrativos dictados por quien invade competencias ajenas sean impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en búsqueda de las consecuencias jurídicas correspondientes.

La filosofía jurídica que se deja precisada explica bien, que la Sala no sólo admita la demanda incoada, sino que suspenda en la forma pedida la normatividad acusada.

Por lo expuesto, la Sala Unitaria,

*Resuelve:*

1º Por reunir los requisitos de ley, se admite la demanda presentada por el ciudadano Bernardo Carreño Varela contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA.

En consecuencia:

a) Notifíquese personalmente al Gerente de la entidad demandada en la forma prevista en los artículos 149 y 150 del C.C.A.

b) Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.

c) Fíjese en lista por el término de diez (10) días para los efectos del numeral 3º del artículo 207 del C.C.A.

2º Se decreta la suspensión provisional de las expresiones "dentro del plazo" que figura en el artículo 1º y "dentro del término de tres meses, contados a partir de la publicación del presente acuerdo, en el Diario Oficial" contenida en el artículo 6º, ambos del acuerdo número 3 de febrero 22 de 1971 proferido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA.

Cópiese y notifíquese.

*Julio César Uribe Acosta.*

*Arturo Mora Villate*, Secretario.

## SUB-CAPITULO II

### SUSPENSIONES PROVISIONALES REVOCADAS

*NOMBRE COMERCIAL Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (Revocación de suspensión provisional).*

*Revócase la suspensión provisional ordenada en el numeral 5º de la parte resolutiva del auto de 16 de julio de 1986 y confírmanse las demás partes de la misma providencia.*

*NUMERAL 5º DEL AUTO DE 16 DE JULIO DE 1986. Dice:*

*"Se suspende provisionalmente el artículo 1º de la Resolución número 5007 de 18 de septiembre de 1985, en cuanto aprobó el artículo 2º de la Reforma Estatutaria que dice:*

*"La denominación de la sociedad es Banco de Crédito y Comercio de Colombia".*

*"Y el artículo 3º que dice:*

*"Disponer que la utilización que el Banco interesado haga del nombre que se autoriza por la presente resolución para cualquier propósito, se someta a las condiciones que el Banco indicó en el oficio número 5226".*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente Nº 0483. Actor: Banco de Crédito. Autoridades nacionales. Recurso de Súplica.

Contra el auto del 16 de julio de 1986 (fol. 200) mediante el cual el Consejero conductor de este proceso, Doctor Carmelo Martínez Conn, admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de dos partes de la acusada Resolución 5007 de septiembre 18 de 1983 de la Superintendencia Bancaria, se interpuso el recurso de Súplica por parte de la apoderada judicial de la citada entidad, en escrito que corre a folios 211 a 221 y también por parte del apoderado judicial del Banco de Crédito y Comercio de Colombia según estudio que obra a folios 228 a 307. Por otra parte, el apoderado del actor, o sea, el Banco de Crédito en escrito del 28 de agosto (fols. 309 a 326) refuta los argumentos de los recurrentes y defiende el auto impugnado.

La orden de suspensión provisional recayó sobre el artículo primero de la citada resolución, en cuanto aprobó el artículo 2º de la reforma de estatutos del Banco Mercantil que dice:

"La denominación de la sociedad es Banco de Crédito y Comercio de Colombia".

Y el artículo tercero de la resolución, que dice:

'Disponer que la utilización que el Banco interesado haga del nombre que se autoriza por la presente resolución, para cualquier propósito, se someta a las condiciones que el Banco indicó en el oficio número 5626".

Los dos impugnadores de la providencia de Sala Unitaria coinciden en los siguientes argumentos centrales, aunque con variación que impone el propio estilo y cuya esencia este Despacho espera no desvirtuar en el siguiente resumen:

1º Falta de Jurisdicción. Si se considera que el fondo de la cuestión planteada es un problema sobre el derecho a usar un determinado nombre comercial, se trata del evento precisamente contemplado por el artículo 609 del Código de Comercio que atribuye a la jurisdicción ordinaria y mediante proceso abreviado establecido en el Código de Procedimiento Civil, el conocimiento de la reclamación del perjudicado por el uso de un nombre comercial, para impedir tal uso y reclamar indemnización de perjuicios.

El "caso contencioso", caracterizado por la naturaleza del derecho, que se presente como fundamento de la pretensión, no es otro aquí que el hacer valer frente a otro establecimiento bancario el uso de un nombre sobre el cual se considera titular con mejor derecho y no hay materia de naturaleza contenciosa que corresponda juzgar a la jurisdicción especial de lo contencioso administrativo.

El artículo 82 del C.C.A., que delimita el ámbito de la jurisdicción especial y el artículo 609 del Código de Comercio que adscribe a la ordinaria esta clase de controversias, indican que no ha debido aceptarse la demanda y, al contrario rechazarse *in límine* como lo establece el artículo 143 del C.C.A.

2º Falta de los presupuestos del artículo 152. Recuerdan los impugnadores la muy profusa jurisprudencia de esta Corporación relativa al carácter excepcional que tiene la figura de la suspensión provisional y su consecuencia, criterio restrictivo en su interpretación y de cautela en su aplicación. Recuerdan igualmente, que los principales presupuestos que justifican la medida excepcional de la suspensión, es la existencia flagrante y manifiesta de una violación de norma superior y la comprobación sumaria del perjuicio, cuando se trata de acción de restablecimiento del derecho, como en este caso, para afirmar que ninguno de estos presupuestos se dio a cabalidad.

Hacen el repaso de las normas que se citaron como violadas para concluir que de ninguna de ellas se infiere la característica violación directa, a saber: de la Constitución Nacional los artículos 16 y 30, del Código de Comercio los artículos 603, 35 y 47 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.) los incisos 7º y 8º del artículo 3º, el artículo 14 y 46.

Sostienen que no puede haber violación directa, sino a lo sumo, indirecta de los artículos 16 y 30 de la Constitución, lo cual no sirve de apoyo a la suspensión provisional. Con relación a los artículos 603 y

607 del Código de Comercio relativos a derechos sobre el nombre comercial, se estima haber omitido el artículo 609 que es de igual jerarquía normativa y que por remitir a la jurisdicción ordinaria los conflictos sobre nombres, no hacía ostensible la violación de los primeros, sino por lo menos, dudosa. Y en cuanto a lo relativo al artículo 35 del estatuto comercial que se refiere a las funciones de las Cámaras de Comercio, se objeta que no se indagó si las mismas le correspondían a la Superintendencia para precisar el concepto de violación directa y que el artículo 47 regula aspectos que en nada se relacionan con las funciones de la Superintendencia cuando aprueba estatutos sociales.

Las normas consideradas como violadas del Decreto 01 de 1984, relativas a los principios orientadores de la actividad administrativa y a la citación y notificación de los afectados por ella, se considera que en ningún momento fueron violadas, sin despejar previamente si prevalecen los principios generales sobre las normas especiales de procedimiento gubernativo a las cuales está sometida la Superintendencia y el saneamiento de cualquier defecto de citación a la entidad afectada, por razón de haber interpuesto recurso de reposición contra la Resolución 5007, surtiéndose así una notificación por conducta concluyente que autoriza el mismo Decreto 01 en su artículo 48.

3º Irregularidades procesales. El apoderado del Banco de Crédito y Comercio de Colombia agrega un motivo más para solicitar la invalidez del auto admisorio que radica en las siguientes irregularidades procesales: que la suspensión provisional se dictó fuera de tiempo porque ha debido hacerse en el auto del 21 de abril (que se limitó a aceptar la demanda) y en que la revocación de este auto al decretarla el juez sin haber sido solicitada por el recurrente, incurrió en un "proceder antiprocesal", pues carecía de facultad para ello.

Opuesto a la anterior posición de los impugnadores, el señor apoderado de la parte actora en este proceso además de refutarlos, defiende el sentido del auto del 16 de julio, en resumen, así:

En primer término critica el cambio de orientación de los argumentos de la Superintendencia, la cual en la etapa gubernativa descartó la posibilidad de confusión de los nombres de los dos bancos, en tanto que en la contenciosa alega que el problema no pertenece al Derecho Administrativo.

Ante el argumento de la falta de jurisdicción, el señor apoderado aclara no ignorar la acción que le corresponde por la jurisdicción ordinaria con base en el artículo 609 del Código de Comercio, pero también se considera titular de la acción contenciosa, "como administrado contra la autoridad que, en cumplimiento de una función administrativa, vulnera o desconoce sus derechos causándole un perjuicio". Afirma la coexistencia de las dos acciones, sin que sean excluyentes ni alternativas, diferenciadas por las distintas pretensiones en una y en otra, y por la distinción de los sujetos legitimados en causa por pasiva, en la contencioso-administrativa la Nación y en la ordinaria, solamente el usurpador del nombre comercial disputado.

Negar la posibilidad de la intervención de ésta jurisdicción equivaldría a abstraer del control actos típicamente administrativos, proferidos por un ente de igual naturaleza.

Critica a los impugnadores de la orden de suspensión por tratar de desenfocar el debate sobre el uso de un nombre comercial, cuando de lo que aquí se trata es de impugnar la aprobación administrativa del cambio de nombre del Banco Mercantil, aprobación en la cual la Superintendencia infringió las normas constitucionales y legales que está obligada a respetar y hacer respetar como autoridad encargada de proteger la vida, honra y bienes de todas las personas y de garantizar la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título.

A la Superintendencia Bancaria le corresponde llevar el registro público de comercio de las entidades sometidas a su inspección y control como lo estatuyen el ordinal b) del artículo 1º del Decreto-ley 125 de 1976 y el ordinal f) del artículo 1º del Decreto Legislativo 975 de 1950 y estando enterada como lo estaba de la situación conflictiva entre los bancos, al efectuar el registro violó los artículos 603 y 607 del Código de Comercio que deducen la adquisición de los derechos sobre el nombre comercial de su uso y prohiben a terceros el empleo de uno igual o similar dentro del mismo ramo de negocios.

No se puede desviar el proceso hacia la discusión de los aspectos marcarios del problema en lo cual han puesto especial énfasis los impugnadores, cuando de lo que se trata es de debatir la ilegalidad de una parte de un acto administrativo que aprobó una reforma de estatutos y, en este campo, renueva la crítica a la actuación de la Superintendencia para sustentar la anuabilidad.

Sobre la base de que el artículo 152 del C.C.A., permite la suspensión provisional, en el caso de la acción de restablecimiento del derecho, aún frente al perjuicio eventual cuando obliga probar sumariamente no sólo el perjuicio que sufre, sino que "podría sufrir el actor", minimisa los ataques a las probanzas aportadas sobre las confusiones de correspondencia, documentos bancarios y aún oficiales emanados de la propia Superintendencia, con los cuales puso en evidencia no sólo los perjuicios actuales sino los eventuales, que se derivarían de la confusión de nombres.

Sobre las irregularidades procesales el actor observa que el Código no establece una exigencia cronológica sino procesal (art. 154) y que el primer auto que admitió la demanda nunca quedó en firme, precisamente porque contra él se interpuso recurso de reposición, no habiendo precluido dicha etapa procesal.

## *I. LA JURISDICCION COMO ELEMENTO BASICO DEL PROCESO*

A nadie escapa la importancia de establecer y definir al comienzo de un proceso judicial el factor de la "jurisdicción". Diversas razones así lo indican: En primer lugar porque constituye uno de los elementos esenciales para la existencia misma del proceso y el establecimiento de la relación jurídico-procesal; en segundo lugar, porque en él se sustenta toda la actuación del juez y, para abundar, sin él, el proceso concluye en un mal llamado fallo inhibitorio, porque no es fallo.

De ahí que a pesar de los escasos y aún equívocos elementos de juicio que a veces se presentan al momento de iniciar el proceso, es aspecto que debe examinarse con cuidado al aceptar la demanda, para evitar los generales perjuicios causados de poner en movimiento el aparto jurisdiccional sin resultado de fondo.

Este elemento está inserto dentro de los requisitos de la demanda cuando el artículo 137 del C.C.A., ordena que "toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente", pues éste no es otro que aquél que señala la ley como facultado para ejercer la jurisdicción que le corresponde a la República, ya que, en últimas, la competencia viene a ser el ejercicio de la jurisdicción de manera concreta, al decir de Hernando Morales Molina.

Pero el rechazo *in límine* autorizado por el artículo 143 del Decreto 01 de 1984 "en caso de falta de jurisdicción" y que propugna una de las partes, sólo es dable cuando se manifiesta la falta.

Sabido es que, en principio, *toda* la actividad administrativa está sujeta al control jurisdiccional y que aquella se cumple mediante actos o hechos y que son actos administrativos las conductas y abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, al tenor de los conceptos plasmados en los dos primeros incisos del artículo 83 del citado Decreto 01.

Sabido es también, que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplen funciones públicas según el artículo 82.

En el caso *sub júdice,* desde el aspecto estrictamente formal o aparente, no hay duda de que la controversia corresponde dirimirla a esta jurisdicción puesto que recae sobre un acto típicamente administrativo, materializado en un escrito que fue objeto de controversia ante el Gobierno y expedido por una entidad administrativa en ejercicio de sus funciones y con el evidente propósito de producir efectos jurídicos. Todas estas son manifiestas características de la Resolución 5007 de 1985, expedida por la Superintendencia Bancaria que no pueden desconocerse.

Con relación al contenido del acto y su posible control jurisdiccional, no puede analizarse en forma aislada sino en estrecha conexión con la pretensión expresada en la demanda. Lo primero implicaría, como afirman los impugnadores, una materia ajena a esta jurisdicción como es lo relativo a los derechos que surgen del uso del nombre comercial y la protección que le confiere la ley al titular, en tanto que relacionándolo con las pretensiones de la demanda, el enfoque del problema es diferente, puesto que según aquellas se trataría de juzgar si la actuación del organismo estatal estuvo o no arreglada a la ley en cuanto al aprobar la reforma parcial de los estatutos sociales, autorizó el cambio de la razón social con fundamento legal.

Mirada en esta forma la demanda, puede precisarse que no se trata de una disputa sólo en el campo del derecho sobre propiedad industrial, sino de control sobre la legalidad de la autorización impartida por la

Superintendencia, juzgada no sólo desde el punto de vista de sus facultades, sino del conjunto de normas que influyen en toda la situación.

Por lo demás, como formalmente la demanda reune los otros requisitos del artículo 135, incluido el factor de competencia, mal podía rechazarse *in límine*.

## *II. PRESUPUESTOS DE LA SUSPENSION PROVISIONAL*

Considera la Sala innecesario reproducir la abundante y elaborada jurisprudencia sobre la figura de la suspensión provisional y para los efectos de esta providencia, resalta algunos razgos característicos, así:

a) Que la violación de la norma superior sea manifiesta, como lo exige el artículo 152 del C.C.A., implica que sea suficiente para establecer una sencilla comparación del acto con la norma, sin requerir mayor análisis ni lucubraciones complicadas.

b) De esa misma característica nace que la violación deba ser "directa", lo cual no se da generalmente al hacer la confrontación con las normas de la Constitución Nacional, puesto que éstas necesitan desarrollo legal y reglamentario. No sólo excepcional, sino muy raro sería el acto que pueda calificarse, con propiedad, como violador directo de la Constitución. Puede serlo indirectamente pero entonces la violación deja de ser manifiesta y no sirve de soporte de la suspensión.

c) Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad y si la Constitución autoriza la suspensión de sus efectos, es solamente cuando resalta de manera ostensible la disconformidad con las normas superiores.

d) El nuevo Código amplió la aplicabilidad de la suspensión cuando en acciones distintas a la de nulidad, como en el caso presente, se establece, aunque sea en forma sumaria, el perjuicio que produce el acto acusado. También es cierto que el nuevo Código contempla no solamente el perjuicio actual, sino el eventual que puede sufrir en el futuro, figura que requiere el máximo de cautela por su carácter excepcional.

La confrontación que se hizo en el auto suplicado, se aparta de algunas de las características anteriormente expuestas, razón por la cual la sección no compartirá la orden de suspensión provisional.

En efecto, no era procedente fundarse en la violación de los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional respecto a los cuales no se da directamente.

Tampoco resultaban en forma directa aplicables al caso los artículos 35 y 47 del Código de Comercio, el primero relativo a las Cámaras de Comercio, sin haber hecho la correlativa relación con las funciones del Superintendente y tampoco la había en una forma indirecta de los artículos 603 y 607 del mismo Código de Comercio, sin entrar a examinar el contenido de sus mandatos (derechos sobre un nombre comercial y prohibición a terceros para usarlo) y la inciden-

cia en la determinación administrativa de aprobación de estatutos que incluye un nombre comercial que está o puede estar en disputa entre particulares. Es decir, la violación de estos artículos no surge en forma directa y ostensible, sino eventualmente luego de un análisis complejo.

La violación a los artículos del Decreto 01 de 1984, relativos a los principios orientadores, citación a terceros y publicidad (arts. 3º, 14 y 46), en realidad desapareció, si la había, por el hecho de haber intervenido el Banco afectado al interponer recurso de reposición en la vía gubernativa, contra la providencia, estructurando así una notificación por conducta concluyente.

Las consideraciones anteriores atañen principalmente con la orden de suspender la aprobación del cambio de razón social que es el punto neurálgico del debate.

Sobre la suspensión del artículo tercero de la resolución, lo que se deduce del expediente es que a simple vista, hasta el momento, no es posible comprender sus alcances y por ende la violación manifiesta, de normas que no están precisadas.

Tal artículo dispone, en resumen, que la utilización del nuevo nombre adoptado por el banco en la reforma estatutaria que se aprueba, se someterá "a las condiciones que el banco indicó en el oficio 5626".

Ni oficio, ni condiciones se conocen, lo cual puede ser criticable pero, en principio, no se observa que viole en forma directa normas que aún se desconocen.

### *III. IRREGULARIDADES PROCESALES*

La existencia de los defectos de procedimientos anotados por uno de los libelistas, no alcanzan a tener la jerarquía de causales de nulidad ni son motivos suficientes para invalidar la actuación, porque hasta el momento no ha concluido la etapa de la admisión de la demanda, ni hay autos que por su firmeza hubiesen precluido alguna etapa.

Basta observar que apenas con esta providencia quedará en firme la aceptación de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

*Resuelve:*

REVOCASE la suspensión provisional ordenada en el numeral 5º de la parte resolutiva del auto del 16 de julio de 1986 y confírmanse las demás partes de la misma providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(La presente providencia fue discutida y aprobada en Sala de la Sección de la fecha).

*Hernán Guillermo Aldana Duque,* Presidente; *Jaime Abella Zárate.*

# TITULO II

## ORDEN DEPARTAMENTAL

## CAPITULO I

### ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

*FACULTAD IMPOSITIVA*

*Del Congreso y de las Asambleas (artículo 43 de la Constitución Nacional).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., treinta de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor Nelson Zuluaga Ramírez. Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 111. Asuntos Departamentales. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor José Jesús Laverde Ospina en este proceso sobre nulidad de la Ordenanza número 15 de 1970 expedida por la Asamblea Departamental del Quindío promovido por el citado ciudadano, contra la sentencia de 19 de diciembre de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

*Antecedentes:*

En escrito de demanda presentado el 16 de julio de 1985 solicitó el mencionado demandante decretar la nulidad de la "Ordenanza número 15 de 1970, por medio de la cual se estableció un impuesto denominado 'Estampilla Pro-Palacio Departamental', a partir del artículo 2º de la norma ya enunciada".

Dice el actor que el acto acusado viola los artículos 43 y 76 numeral 14 de la Constitución Nacional, toda vez que de acuerdo con estas normas en tiempo de normalidad solamente el Congreso de la República puede crear impuestos y contribuciones y que además la ordenanza en cuestión no hizo alusión alguna a la facultad que le otorgara la ley a la asamblea para expedir el acto administrativo.

Puso el *a quo* fin a la instancia mediante su sentencia de 19 de diciembre de 1985, denegatoria de la pretensión incoada, decisión que motivó en los términos que se transcriben:

"Para el Tribunal resulta bastante sencillo llegar a la conclusión de que las normas citadas por el actor como violadas por la ordenanza cuya nulidad se demanda no lo fueron, pues, aunque parezca paradó-

gico, precisamente una de las indicadas disposiciones sirven de base jurídica al acto demandado. En efecto, reza la norma citada por el actor:

" 'Artículo 43. En tiempo de paz solamente el Congreso, las *Asambleas Departamentales* y los concejos municipales *podrán imponer contribuciones*'. Rayas fuera del texto".

"El transcrito artículo 43 de la Carta autoriza expresamente a las asambleas departamentales para imponer contribuciones". Siendo así, no se entiende por qué el hacer uso de tal atribución pueda ser violatorio de la norma que la consagra. Podría pensarse en la predicada violación si la norma constitucional prohibiera a las asambleas imponer contribuciones, pero lo que contiene es una clara, terminante facultad en ese sentido.

" 'Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes.

" 'Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:

" '..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

" '14. Decretar impuestos extraordinarios cuando la necesidad lo exija;...' ".

"El numeral 14 del artículo 76 de la Carta, transcrito, confiere al Congreso la atribución de decretar impuestos extraordinarios; el Tribunal no encuentra motivo alguno para considerar violada la citada norma por la ordenanza cuya nulidad se impetra, pues el hecho de que la asamblea departamental del Quindío, con la atribución que le confiere el artículo 43, cree una contribución con alcances dentro de los límites del departamento, no se ve cómo pueda ser violatorio de la prerrogativa que al Congreso confiere el numeral 14 del artículo 76, para crear impuestos extraordinarios, con alcance nacional. Podría darse la pretendida violación, si la ordenanza demandada hubiera creado impuestos extraordinarios, con vigencia en todo el territorio nacional, pues así estaría abrigándose una facultad privativa del Congreso, es decir, usurpando sus funciones".

*Concepto Fiscal*

Dice el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo, luego de transcribir lo esencial de las razones expuestas tanto por el fallador como por el apelante.

"2º Las normas invocadas en la demanda como violadas por la disposición acusada, no son otras que los artículos 43 y 76 de la Constitución Política de Colombia. Sobre este presupuesto se basó el Tribunal *a quo* para proferir su fallo, argumentaciones estas que la Fiscalía prohija, expuestas en derecho y acomodadas a la verdad jurídica, con las cuales se desvirtuaron las pretensiones de la demanda.

"3º El apelante en su sustentación del recurso, reitera prácticamente las mismas tesis sostenidas en el libelo demandatorio, adicionándolo con la invocación del artículo 191 de la Constitución Nacional, lo cual no es de recibo, porque con ello se está adicionando la demanda con un cargo nuevo, lo cual es improcedente y extemporáneo, como que ha debido hacerse dentro del término de fijación en lista.

"4º Como la sustentación de la apelación es una reiteración de las tesis sostenidas en la demanda y ellas fueron acertadas y jurídicamente desvirtuadas por la sentencia recurrida, las que transcritas se prohijan por este Despacho, la providencia recurrida debe ser confirmada.

*Para resolver se considera:*

Las normas constitucionales de cuya violación se queja el demandante, lejos de dar la razón a sus pretensiones, confirman la adecuación del acto acusado, a la normatividad de rango superior.

Nótese cómo el ya transcrito artículo 43 de la Carta confiere expresamente tanto al Congreso, como a las asambleas departamentales y a los concejos municipales, la potestad de establecer contribuciones. La correcta interpretación de esta disposición es, como lo anotó el *a quo,* que si el Congreso puede crear tributos con alcance nacional, los restantes organismos pueden hacerlo dentro del ámbito de sus respectivas circunscripciones sin sujeción alguna a una ley que previamente lo autorice o que determine la materia o el alcance de la potestad en punto a tributación.

Fuera de ello, no está demostrada la existencia de norma legal alguna que hubiera sido violada y aquí se decide dentro del marco de la normatividad señalada por el actor.

Y el numeral 14 del artículo 76 al atribuir al Congreso la facultad de decretar impuestos extraordinarios, obviamente en nada recorta la otorgada a las asambleas en materia impositiva por la primera de las disposiciones constitucionales en estudio.

Son por consiguiente ajustadas a derecho las apreciaciones contenidas en el fallo recurrido, por lo cual la Sala, al acogerlas, ha de impartir su confirmación a la decisión adoptada por el *a quo.*

En virtud 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 Ministerio Público y de acuerdo con él,

*Falla:*

CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia de 19 de diciembre de 1985 dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío en este proceso sobre nulidad de la Ordenanza número 15 del 24 de noviembre de 1970 emanada de la Asamblea Departamental del Quindío.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se hace constar que el anterior proyecto de fallo fue discutido y aprobado en reunión celebrada por la Sección Primera el día 18 de julio de 1986.

*Simón Rodríguez Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*PROYECTO DE ORDENANZAS. PRESENTACION*

*Radica fuera de los diputados solamente en el gobernador o en "el respectivo director de instrucción pública" y que ciertas materias están reservadas a la exclusiva iniciativa de la primera autoridad departamental. PRESENTACION A TRAVES DE LOS SECRETARIOS.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., treinta de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor Nelson Zuluaga Ramírez. Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 182. Asuntos Departamentales. Actor: Elías Jaimes Castillo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Departamento Norte de Santander, en este proceso sobre nulidad de la Ordenanza número 13 de 7 de diciembre de 1984 promovido por el ciudadano Elías Jaimes Castillo, contra la sentencia de enero 21 de 1986 dictada por el Tribunal Administrativo del Departamento Norte de Santander.

*Antecedentes:*

En libelo presentado el 13 de agosto de 1985, solicitó el mencionado demandante, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., la declaratoria de nulidad de la Ordenanza número 13 de 7 de diciembre de 1984 expedida por la Asamblea del Departamento Norte de Santander "por la cual se adiciona la Ordenanza número 6 de diciembre 5 de 1977".

Se dice en la demanda que durante las sesiones ordinarias de la Asamblea en 1984 el secretario de Gobierno Departamental sometió a consideración el respectivo proyecto de ordenanza; que la iniciativa contemplaba, entre otros aspectos, el "Reajuste de tarifas y creación de nuevas por funciones adelantadas por la Dirección Departamental de Transportes y Tránsito del Norte de Santander". Que "La iniciativa fue presentada exclusivamente por el secretario de Gobierno, llevando tanto la exposición de motivos como el proyecto de ordenanza sólo la firma y el sello oficial de dicho funcionario", y que "En la sesión del 7 de noviembre de 1984 es leído y aprobado en primer debate —según consta en el Acta número 13— el texto de proyecto de ordenanza 'por

medio del cual se modifica y actualiza la Ordenanza número 6 de 1977 y se dictan otras disposiciones' presentadas 'por el secretario de Gobierno Departamental, Doctor Pedro Guerrero Ragúa' ".

Como normas violadas cita el artículo 187 ordinales 5 y 7 y los artículos 98 ordinales 5, 100 y 101 del C. de R. P. y Municipal. El concepto de la violación será más adelante objeto de estudio.

Como el demandante solicitara expresamente la suspensión provisional del acto acusado, se pronunció al respecto el *a quo* en providencia fechada el 31 de agosto de 1985, accediendo a lo pedido. Se puso fin a la primera instancia mediante la sentencia de enero 21 del año que corre, en la cual se dispuso la nulidad de la ordenanza demandada, decisión, como ya se anotó, apelada por el Departamento Norte de Santander.

Habiendo culminado la tramitación que ordena el artículo 212 del C.C.A., procede la Sala a desatar el recurso planteado, previas las siguientes

*Consideraciones:*

Fundamentó el Tribunal, en los términos que se transcriben, la decisión apelada:

"Son claras las normas de la Constitución Política de Colombia, en sus artículos (sic) 2, 5, 6 y 7 del artículo 187, al decir enfáticamente que las materias en los numerales referidos, 'corresponde a las asambleas por medio de ordenanza', pero, hace claridad y sin equívocos los dice la norma 'A INICIATIVA DEL GOBERNADOR', por conducto de su secretario.

"En el Acta número 13 consta simplemente lo siguiente:

" '*...La Secretaría informa que ha recibido de parte del señor secretario de Gobierno Departamental unos proyectos de ordenanzas y que procede con la venia de la Presidencia a dar la lectura correspondiente*' (subraya el Tribunal).

" '*En primer lugar la lectura a la exposición de motivos y al texto del Proyecto de Ordenanza «POR MEDIO DEL CUAL SE MODIFICA Y ACTUALIZA LA ORDENANZA NUMERO 6 DE 1977 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES», presentada por el secretario de Gobierno Departamental, Doctor Pedro Guerrero Raguá*' (subraya el Tribunal).

" '*Este proyecto se relaciona con la modificación y actualización de la Ordenanza número 6 de 1977 en relación al cobro de una Tarifa para la Dirección Departamental de Transportes y Tránsito del Norte de Santander*' " (subraya el Tribunal).

"Y, más concretamente en el informe de ponencia, visto el folio 22, se nos dice:

" 'Por honrosa designación del señor Presidente de la Comisión Primera de Presupuesto y Hacienda me correspondió adelantar el estudio *del Proyecto de Ordenanza presentado por el señor secretario de Gobierno, Doctor Pedro Guerrero Raguá, por la cual se modifica y actualiza la Ordenanza número 6 de 1977 y se dictan otras disposiciones...*' (subrayas del Tribunal).

"Y, la Exposición de Motivos (cf. fol. 25), y el mismo proyecto presentado (cf. fol. 28) ¿acaso no lleva el sello de la Secretaría de Gobierno del Departamento Norte de Santader, y una firma ilegible, que sin lugar a equivocación se presume que es del señor secretario de Gobierno, de la época, Doctor Pedro Guerrero Raguá?

"Luego, fácilmente se DEDUCE que el señor secretario de Gobierno, careciendo de competencia alguna, presentó ante la H. Asamblea del Norte de Santander unos proyectos, *'motu propio'* (sic) violando la Constitución misma, en su artículo 187, numerales 5º y 7º, pues, es a 'INICIATIVA DEL GOBERNADOR' como Jefe de la Administración Departamental y como Agente del Presidente de la República, a quien correspondía presentar dichos proyectos *'sub exámine'*, por conducto de sus respectivos secretarios, al tenor de la Ley 14 (sic) de 1913, artículo 100, pero NO como lo hizo el señor secretario de Gobierno *'per ipsum' ete 'motu propio'* " (sic).

Dispone el precepto constitucional que el *a quo* consideró quebrantado por la ordenanza acusada:

"Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas:

"5º Determinar, a iniciativa del Gobernador la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo".

"7º Expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos del departamento, con base en el proyecto presentado por el Gobernador y de acuerdo con las correspondientes normales legales. En todo caso, las ordenanzas que decreten inversiones y participaciones de fondos departamentales; las que decreten cesiones de bienes y rentas del departamento y las que creen servicios a cargo del mismo o las traspasen a él, sólo podrán ser dictadas o reformadas a iniciativa del gobernador".

Y el artículo 100 de la Ley 4ª de 1913, prescribe: "Tienen derecho a proponer proyectos los diputados de las asambleas y el gobernador, por conducto de sus secretarios, o el respectivo director de instrucción pública".

Es pues claro, a la luz de las normas transcritas, que la facultad para proponer proyectos de ordenanzas radica, fuera de los diputados, solamente en el Gobernador o en "el respectivo director de instrucción pública", y que ciertas materias están reservadas a la exclusiva iniciativa de la primera autoridad departamental. Más, en uno o en otro caso, el Gobernador actúa a través de sus secretarios. Es decir, que si la autoría intelectual del proyecto recae en el Gobernador, el acto material de presentación del mismo ante la Asamblea le está encomendado a los secretarios, pues el Gobernador no concurre personalmente al recinto de la Corporación para ese menester.

Por lo tanto, si un proyecto de ordenanza aparece presentado por uno de los secretarios de la Gobernación, debe presumirse de hecho que tal funcionario actúa a nombre de su superior jerárquico, como simple intermediario, pues tal es su misión, por mandato de la ley.

En lo que respecta al caso *sub júdice,* hay que concluir, en consecuencia, que el señor secretario de Gobierno del Departamento Norte de Santander, al presentar ante la Asamblea el proyecto de ordenanza finalmente aprobado, actuaba como representante del Gobernador del Departamento, pues ninguna fórmula sacramental lo obligaba a pregonar expresamente su carácter de intermediario. Tal calidad, se repite, la tiene por inequívoco imperativo legal.

No está por demás anotar que la circunstancia de que el señor Gobernador del Departamento Norte de Santander esté actuando en el presente proceso como parte impugnadora, sosteniendo la legalidad de la ordenanza acusada, corrobora a las claras que es él, el autor y no el secretario de Gobierno, del proyecto tantas veces mencionado.

Así las cosas, ha de revocarse el fallo recurrido para en su lugar denegarse las súplicas de la demanda.

En virtud 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:*

REVOCASE la sentencia de enero 21 de 1986 dictada en este negocio por el Tribunal Administrativo del Departamento Norte de Santander y en su lugar se niegan las súplicas de la demanda formulada por el ciudadano Elías Jaimes Castillo contra la Ordenanza número 13 de 7 de diciembre de 1984.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El fallo anterior lo discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el 18 de julio de 1986.

*Simón Rodríguez Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE*

*Dicha forma de notificación, como las demás previstas en la legislación y que tienen lugar tanto en la vía jurisdiccional como en la gubernativa, operan respecto de las providencias que deban ser puestas en conocimiento de quienes tengan el carácter de personas interesadas y de partes o de unos u otras, en una determinada actuación, pero ella no dice relación a los procesos.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Proyectó: Doctora Myriam Guerrero de Escobar. Magistrada Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 161. Actor: César Rolando Marcucci Vera.

Adelantada la actuación prevista en el artículo 378 del C. de P. C., aplicable por remisión expresa del artículo 182 del C.C.A., procede decidir sobre el recurso de queja interpuesto por la parte demandada contra el auto de 30 de enero de 1986, confirmado por auto de 18 de febrero del mismo año, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por medio del cual se denegó el recurso de apelación incoado por la misma parte contra el auto de 29 de noviembre de 1985 que dispuso admitir la demanda y decretar la suspensión provisional de la Ordenanza número 009 de 29 de noviembre de 1983 expedida por la Asamblea Departamental del Magdalena.

*Antecedentes:*

1. El señor César Rolando Marcucci Vera demandó ante el Tribunal Administrativo del Magdalena la declaratoria de nulidad de la Ordenanza número 009 de 29 de noviembre de 1983, emitida por la Asamblea Departamental del Magdalena e impetró la suspensión provisional de la misma (fols. 1 a 6).

2. El mencionado Tribunal en auto de 29 de noviembre de 1985 admitió la demanda, ordenó notificar personalmente a los señores Gobernador del Departamento del Magdalena y Fiscal del Tribunal, fijar el negocio en lista y decretó la suspensión provisional de la citada ordenanza (fols. 7 a 9).

3. El auto antes citado no fue notificado personalmente al señor Gobernador tal como se infiere de la constancia secretarial que obra a folio 9 y de la afirmación que hace el mismo Tribunal (fol. 19) en auto de 18 de febrero de 1986.

4. En escrito presentado el 13 de enero de 1986 ante la Secretaría del Tribunal, el Gobernador del Departamento del Magdalena confirió poder para representar a dicha entidad territorial en el "Proceso de nulidad de la Ordenanza número 04 de noviembre 23 de 1977, derogada por las Ordenanzas números 06 de 1981, 06 de 1982 y 009 de noviembre 29 de 1983, expedido (sic) por la Asamblea Departamental del Magdalena sobre el impuesto de Vigilancia y Seguridad", facultando al apoderado "para impugnar la demanda, oponerse a la misma, desistir, sustituir, demás facultades que esta clase de poderes conlleva e interponer toda clase de recursos" (fol. 10).

5. El Procurador Judicial del Departamento en escrito presentado el 25 de enero de 1986 interpuso y sustentó el recurso de apelación contra el auto de 29 de noviembre de 1985 (admisorio de la demanda) en cuanto decretó la suspensión provisional (fols. 11 a 13).

6. En auto de 30 de enero de 1986, el Tribunal resolvió no conceder el recurso de apelación argumentando su interposición extemporánea con base en los siguientes planteamientos: "El escrito de apelación fue presentado el día 25 de enero de 1986. Como fecha de notificación a la parte demandada se tiene la del 13 de enero de 1986, en que el señor Gobernador presentó el poder respectivo, haciendo alusión 'al proceso de nulidad de la Ordenanza número 04 de noviembre 23 de 1977 derogada por las ordenanzas. ...«(referencia del escrito de poder) y a que el poder se da» para que represente al Departamento en el Juicio de la Referencia'. En el 'Juicio de la Referencia' sólo se había dictado, en ese momento de presentación del poder, el auto admisorio de la demanda en el cual se decretó la suspensión provisional; no había ninguna otra providencia; por tanto, con el poder hubo notificación por conducto (sic) concluyente de esa única providencia. Así las cosas, se tiene que el escrito de apelación fue presentado en forma extemporánea, o sea después de los tres días requeridos para ello..." (fol. 18).

7. El demandado interpuso en escrito presentado el 7 de febrero de 1986 recurso de reposición contra el auto comentado (fols. 15 a 17), el cual fue desatado mediante auto de 18 de febrero confirmando el anterior y ordenando la expedición de las copias solicitadas por aquel para efectos del recurso de queja.

8. Las copias a que se hizo mención fueron entregadas al interesado, según constancia secretarial que obra a folio 20 vto., el 7 de marzo de 1986 y el recurso de queja se interpuso con fecha 12 de marzo siguiente (fols. 21 y 22).

*Consideraciones:*

I. El artículo 330 del C. de P. C. aplicable a los procesos que cursen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal como lo prevé el artículo 267 del estatuto que la rige, establece y regula la figura de la notificación por conducta concluyente.

Dicha forma de notificación, como las demás previstas en la legislación y que tienen lugar tanto en la vía jurisdiccional como en la gubernativa, operan respecto de las providencias que deban ser puestas en conocimiento de quienes tengan el carácter de personas interesadas y de partes o de unas u otras, en una determinada actuación, pero ella no dice relación a los procesos. Es esta la razón para que la norma invocada exija como requisito, que la parte o el tercero asuma una conducta prevista en la ley que permita inferir que conoce, no la existencia del proceso o de la actuación, sino de la providencia misma objeto de notificación.

En este sentido se han pronunciado uniformemente la jurisprudencia y la doctrina. Así, entre otros, el Doctor Hernando Devis Echandía (Compendio de Derecho Procesal. Tomo I, tercera edición, pág. 459) sostiene: "Hay una clase especial de notificación personal que se produce cuando la parte que debía recibirla presenta un escrito en el cual se da por sabedor de la providencia, o manifiesta esto verbalmente en una audiencia o diligencia y queda de ello constancia en el acta; entonces se considera notificada en la fecha de presentación del escrito, aunque no lo haga personalmente, o en la de dicha audiencia o diligencia (C. de P. C., art. 330, aplicable a los demás procesos, inclusive los penales). *Pero la sola presentación del poder a favor del abogado que vaya a presentar a una parte, no es suficiente para que quede notificada de las providencias que se hayan dictado antes, especialmente si se trata del auto que admitió la demanda o que libró un mandamiento ejecutivo...* (su subraya).

II. En el caso *sub lite* el señor Gobernador al otorgar el poder no se refirió "o hizo alusión" a providencia alguna; se limitó a manifestar su voluntad de que los intereses del Departamento dentro del proceso de nulidad de la Ordenanza número 009 que cursa en el Tribunal Administrativo del Magdalena fueran representados por la persona allí mismo indicada. Es decir, del contenido del mencionado poder puede inferirse que aquél conocía la existencia del proceso, mas no de la providencia en que se dispuso admitir la demanda y decretar la suspensión provisional, por lo cual al ser otorgado y presentado dicho poder no operó con relación a ésta la notificación por conducta concluyente.

De todos modos el C.C.A. es perentorio y terminante en prescribir que el auto admisorio de la demanda debe ser notificado *personalmente* a los representantes de las entidades públicas (art. 150) en este caso el señor Gobernador del Departamento del Magdalena, su representante judicial.

Así se ordenó en la providencia de admisión de demanda y negación de la suspensión provisional, pero no se hizo, luego esta irregularidad no es dable suplirse con la otra pretendida notificación por conducta concluyente, materia de controversia.

Cuestión diferente es que por interponer el recurso de apelación contra aquella providencia sí aparezca la Gobernación debidamente enterada, como aquí habrá de reconocerse.

III. Como consecuencia de lo anteriormente expresado, el auto de 29 de noviembre de 1985 quedó notificado, ahora sí por conducta

concluyente, el día *25 de enero de 1986* en que el apoderado del Departamento interpuso el recurso de apelación contra el mismo, por lo cual no le asiste la razón al Tribunal al decidir no concederlo por extemporaneidad en su interposición.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

1º Revócanse las providencias que negaron el recurso de apelación ante esta Superioridad.

2º Concédese, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación contra el auto de 29 de noviembre de 1985 incoado por la parte demandada en cuanto en él se decretó la suspensión provisional de la Ordenanza número 009 de 29 de noviembre de 1983.

3º Comuníquese al Tribunal de origen remitiéndole copia de esta providencia, y envíe éste el expediente original en su integridad para que esta superioridad entre a conocer del recurso de apelación que aquí se concede.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en su sesión de fecha 22 de agosto de 1986.

*Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. FACULTAD IMPOSITIVA. LIMITES DE LA AUTONOMIA (Nulidad).*

*Desde el año de 1913 la Ley 4ª dispuso en su artículo 97, ordinal 5º que las asambleas podrían establecer y organizar los impuestos que necesitaran para atender a los gastos de la administración pública, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar los artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley.*

*Declárase nulo el artículo 3º de la Ordenanza número 21 de noviembre 28 de 1983 expedida por la Asamblea Departamental de Santander.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente Nº 1136. Actor: Alfonso Gómez Castaño. Asuntos Departamentales. Apelación de la sentencia de 20 de marzo de 1986 del Tribunal Administrativo de Santander. Nulidad del artículo 3º de la Ordenanza número 21 de noviembre 28 de 1983, expedida por la Asamblea Departamental de Santander. Fallo.

En sentencia de 20 de marzo de 1986 el Tribunal Administrativo de Santander denegó la solicitud de anulación del artículo 3º de la Ordenanza número 21 de noviembre 28 de 1983, de la Asamblea del Departamento de Santander.

Contra esa decisión, el actor interpuso recurso de apelación para ante esta Corporación y, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, es procedente pronunciar sentencia de fondo, a lo cual se procede previas las siguientes apreciaciones:

*Antecedentes:*

El Doctor Alfonso Gómez Castaño, en ejercicio de la acción de nulidad solicitó la declaratoria de la invalidez del artículo 3º de la Ordenanza número 21 de 28 de noviembre de 1983 proferida por la Asamblea de Santander.

El texto del acto acusado es el siguiente:

"Toda cuenta correspondiente a sueldos, viáticos, gastos de representación, primas y vacaciones que pague el departamento, los municipios y las entidades descentralizadas del orden Departamental llevará estampillas de Previsión Social de sesenta centavos ($ 0.60) por cada cien pesos o fracción de su valor".

*Concepto de la violación:*

El actor estima que la disposición anterior es violatoria de las disposiciones siguientes:

Artículos 187 y 191 de la Constitución, por cuanto la Asamblea Departamental al expedir el acto impugnado no respetó la subordinación que ella debe guardar frente a la ley.

Artículo 43 de la Constitución Nacional según el cual en tiempo de paz solamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones, el que conjuga con el artículo 191 *ibídem,* según el cual "Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de Administración que les corresponde, podrán establecer contribuciones en las condiciones y dentro de los límites fijados por la ley".

La demanda fue admitida y el *a quo* dispuso la suspensión provisional del acto acusado.

*La intervención de la parte demandada:*

El señor Gobernador de Santander otorgó poder especial para que los intereses del Departamento fueran defendidos dentro del proceso.

El señor Procurador Judicial de esa entidad territorial sostuvo que la Ley 4ª de 1966 y su Decreto reglamentario 1743 de 1966 habían autorizado al Departamento para establecer el gravamen adoptado por el acto acusado, pues en él sencillamente "en ningún momento se está cobrando una contribución sino simplemente acrecentando o actualizando un gravamen preestablecido por la Ley 4ª de 1966, en cuyo artículo 1º se lee: '...Toda cuenta o nómina que pague por cualquier concepto la Nación, departamento, intendencias, comisarías, Distrito Especial de Bogotá, municipios, corregimientos, inspecciones de Policía e institutos descentralizados, causará un impuesto de diez centavos ($ 0.10), por cada cien pesos o fracción con destino a las cajas de previsión respectivas o, en su defecto, para la entidad pagadora' ".

Estima el impugnante que "claramente puede apreciarse que el Instituto de Seguro Social de Santander encaja dentro de la descripción de las entidades con vocación legal para percibir el producto del gravamen creado por la mencionada Ley 4ª de 1966, puesto que a nivel departamental el Instituto de Seguros Sociales de Santander constituye el organismo equivalente a la Caja Nacional de Previsión. Si se tiene en cuenta que la intención del Legislador al producir la Ley 4ª citada no era otra que la de 'proveer de nuevos recursos' a las entidades de previsión social en los tres niveles, nacional, departamental y municipal. Debe aceptarse sin objeción ninguna que la ordenanza acusada

(art. 3º) no contraviene dicha intención puesto que solamente actualiza los valores de la contribución como lo dispuso la mencionada ley que la creó y su decreto reglamentario".

El acto acusado fue suspendido por el *a quo* y esa decisión fue apelada.

La providencia apelada dio lugar a la remisión del expediente original a ésta Corporación, de la cual desapareció con motivo de los luctuosos hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985 y no existe constancia de que el acto hubiera solicitado su reconstrucción.

Por ello el *a quo* profirió sentencia de instancia en la cual sostuvo, "que el tema había sido tratado en sentencia de 24 de agosto de 1983 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, en el cual salvaron voto varios distinguidos Consejeros de Estado, salvamentos de voto que, en lo esencial, sostuvieron que si la Constitución previó que las Asambleas podían establecer impuestos a las limitaciones que fijara la ley, mientras ello no ocurra aquellas pueden establecer contribuciones libremente".

Dijo el fallo recurrido:

> "Precisamente, lo que el demandante expone es que la Asamblea carece de autorización legal expresa para establecer la contribución específica contenida en la norma demandada. Pero en manera alguna el actor ha reclamado y probado, que tal contribución esté prohibida por ninguna ley, o que se trate de artículos gravados con impuesto nacional o que no se adapte al sistema tributario correspondiente" (fol. 70 del expediente).

*Alegato del actor con ocasión del recurso de apelación:*

En su oportunidad, para sustentar el recurso de apelación contra la sentencia de instancia, el actor sostuvo, según la Constitución Política (arts. 43 y 76) la facultad impositiva corresponde al Congreso y no a las Asambleas Departamentales, y citó en apoyo de su tesis la doctrina del Consejo de Estado contenida en el fallo ya citado en esta providencia y de cuya tendencia se apartó el *a quo;* hizo también referencia, para reforzar su cita, a la sentencia de 19 de marzo de 1971 dictada por esta Corporación, y en la cual se sostuvo que las Asambleas Departamentales sólo pueden crear impuestos o tributos, cuando la ley las autorice para ello y dentro de los lineamientos que esa norma les impone...

1. *La segunda instancia:*

Interpuesto y sustentado oportunamente por el actor, se le concedió el recurso de apelación (fol. 76 del expediente).

Por el aspecto formal el recurso estuvo bien interpuesto y dada la calidad de acto departamental de la disposición acusada, esta Corporación tiene competencia en segundo grado para resolver el recurso mencionado.

2. *Vista fiscal:*

La distinguida Fiscal 6ª de la Corporación ha emitido concepto formal y en él sostiene que la decisión de instancia debe revocarse y en su lugar acceder a la petición de nulidad del artículo 3º de la Ordenanza número 21 de 1983 de la Asamblea de Santander, por estimar que la facultad impositiva que la Constitución otorga a las Asambleas está supeditada en su ejercicio a la expresa autorización legal, por lo cual, no existiendo ésta, el acto acusado emitido sin ese fundamento resulta inconstitucional.

*Para resolver se considera:*

De conformidad con la estructura constitucional vigente, la Nación colombiana se reconstituyó en República Unitaria (art. 1º de la Carta), principio jurídico político que, trasunto del movimiento triunfante que culminó con la Constitución de 1986, implicó, en materia de organización política, la sustitución del federalismo de la Constitución de 1863 por el del centralismo político y de descentralización administrativa, desideratas teóricas de los constituyentes de 1886.

De acuerdo con lo anterior, a la soberanía de las entidades integrantes de la Federación de 1863, se sustituyó la que la base segunda de la Constitución actual, aprobada por el Consejo de Delegatarias y ratificada por los Concejos de las Municipalidades llamó la autonomía de las secciones.

Dentro de este conceptos de autonomía cabe destacar que él no implicó ni el otorgamiento de poder legislativo a las Asambleas, ni, por ende, la facultad, que dentro del sistema centralista unitario corresponde a la ley, de establecer impuestos consagrados entre nosotros con aplicación de la teoría de que no puede haber impuestos sin representación, que da razón de lo preceptuado en el artículo 43, compensado, desde luego con las atribuciones dadas por el constituyente en materia impositiva a las Asambleas Departamentales (art. 191).

Desde el año de 1913, la Ley 4ª dispuso en su artículo 97, ordinal 5º que las Asambleas podrían establecer y organizar los impuestos que se necesitaran para atender a los gastos de la administración pública, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les dé facultad expresa por la ley.

De lo anterior fluye, con claridad, que la ley fijó los límites de la autonomía impositiva dentro de la cual las Asambleas pueden establecer impuestos o contribuciones ...1) que ellos no versen sobre objetos ya gravados y a) o que, en forma expresa sobre tales objetos la ley la autorice para ello.

La Ley 4ª de 1966 gravó toda cuenta o nómina que paguen las entidades públicas;

El artículo 3º de la Ordenanza número 21 de 1983 gravó igual objeto, esto es, "toda cuenta correspondiente a sueldos, viáticos, gas-

tos de representación, primas y vacaciones que pague el Departamento, los municipios y las entidades descentralizadas del orden departamental".

Tales pagos se hacen en virtud de las nóminas correspondientes a esos, de donde se deduce que tanto la Ordenanza número 21 de 1983, como la Ley 4ª de 1966 gravan un mismo objeto, lo que implica su irregularidad por violación indirecta de la Carta.

Pero sin entrar a examinar la violación del ordinal 3º de la Ley 4ª de 1913, es claro que la Constitución no autoriza ni reconoce a las Asambleas un poder impositivo autónomo indiscriminado ni ilimitado.

No existiendo la autorización legal para establecer el tributo contenido en la disposición acusada, es fácil establecer, como lo ha dicho la colaboradora fiscal, que el acto acusado infringe indirectamente, pero no menos claramente, la Constitución Política, y por ello, así se habrá de decidir, en acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Corporación y la doctrina nacional, referida en el fallo de 24 de agosto de 1983, cuya cita es innecesaria transcribir.

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 de 20 de marzo de 1986 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, en el juicio promovido por el ciudadano Alfonso Gómez Castaño.

2º DECLARASE nulo el artículo 3º de la Ordenanza número 21 de noviembre 28 de 1983 expedida por la Asamblea Departamental de Santander.

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.

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado,* Secretario.

*MUNICIPIOS. CREACION SIN SUJECION A LAS EXIGENCIAS DE LA LEY 14 DE 1969.*

*Requisitos de excepción.*

*ORDENANZAS. PROYECTOS PARA LA CREACION DE MUNICIPIOS. INICIATIVA. A quién corresponde la iniciativa (Ley 14 de 1969).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Proyectó: Doctora Myriam Guerrero de Escobar, Magistrada Auxiliar.

Referencia: Proceso Nº 66. Actor: Diego Alvarez Vera.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 4 de diciembre de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

*Antecedentes:*

*a) La demanda.*

1. El ciudadano y abogado Diego Ramón Alvarez Vera, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., demandó la declaratoria de nulidad de la Ordenanza número 02 de 31 de octubre de 1984 proferida por la Asamblea Departamental de Sucre, sancionada el 9 de noviembre del mismo año, "por la cual se crea el Municipio de Guaranda y se conceden unas autorizaciones al Gobierno Departamental".

El texto del acto impugnado es del siguiente tenor literal:

"*Artículo 1.* Créase el Municipio de Guaranda, con cabecera en la población del mismo nombre, integrado por los actuales corregimientos de Guaranda, Palmaritico, Puerto López, Díazgranados, Concordia y Gavaldá, junto con los caseríos, veredas y agregaciones que pertenecen a todos y cada uno de esos corregimientos.

*Parágrafo.* El territorio que formará parte del Municipio de Guaranda será segregado del actual Municipio de Majagual.

*Artículo 2.* Los límites del Municipio de Guaranda serán determinados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, teniendo en cuenta los actuales límites que tienen los corregimientos señalados en el artículo 1º de la presente ordenanza y que comprenden las siguientes poblaciones o veredas: Chuira Grande, San Rafael, El Aguacate, Las Pavas, Mamarraya, Medellín, La Loma, Mata de Pita, Las Demetrias, Las Mochilas, La Ceja, Campo Santo, El Garcero, Quebrada Seca, Las Tarullas, Villa Raquel, Puerta Azul, Villa Gómez, La Portana, Pueblo Nuevo, Las Garzas, El Jardín, Los Arrastres y El Destierro, entre otras.

Las poblaciones de Tierra Santa y Huira pertenecerán al Municipio de Majagual.

En consecuencia, los límites del Municipio de Guaranda quedarán así: Por el Norte, con los Municipios de Achí (Bolívar) y Majagual (Sucre), tomando como punto de partida el antiguo Canal de Morrohermoso o Antigua Boca de Cura, la cual pertenecerá a Majagual; por el Este con el Municipio de Achí (Bolívar) y por el Sur con los departamentos de Bolívar y Córdoba.

*Parágrafo.* El Gobierno Departamental queda autorizado para dictar las medidas pertinentes destinadas a señalar la anterior delimitación de territorios, inmediatamente sea sancionada la presente ordenanza.

*Artículo 3.* La jurisdicción del Municipio de Guaranda en las distintas ramas de la Administración Pública alcanzará hasta los límites de su territorio.

*Artículo 4.* Queda facultado el Gobierno Departamental para crear cargos, señalar funciones y fijarles las asignaciones necesarias para que opere este Municipio; igualmente para dictar las medidas administrativas y fiscales indispensables para este mismo fin.

*Parágrafo 1.* Autorízase al Gobierno Departamental para efectuar las operaciones de créditos y contracréditos necesarios para que cumpla lo dispuesto en el presente artículo.

*Parágrafo 2.* El Municipio de Guaranda contribuirá al pago de la tercera parte de la deuda pública que actualmente gravita sobre el Municipio de Majagual, previo concepto de la Contraloría General del Departamento. Se exceptúan las deudas a cargo de Majagual por concepto de servicios públicos, como son acueducto, energía eléctrica, etc.

*Artículo 5.* Copia auténtica de esta ordenanza será remitida a los señores ministros de Gobierno, Hacienda, Justicia y Educación; al Registrador Nacional del Estado Civil, al Departamento Nacional de Planeación, al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, al DANE, al Honorable Tribunal Superior de Justicia del Distrito Judicial de Sincelejo y a la Contraloría General del Departamento de Sucre.

*Artículo 6.* Esta ordenanza rige a partir de su sanción legal.

Dada en Sincelejo, a los treinta y uno (31) días del mes de octubre de 1984 (fols. 10 y 11)".

2. Como hechos de la demanda se aducen en síntesis, los siguientes:

1. El 17 de octubre de 1984 se presentó el proyecto de ordenanza al cual se acompañó la solicitud de 4.000 ciudadanos que piden la creación del Municipio de Guaranda, cuyas firmas están autenticadas por los inspectores de Policía y no por el Juez Promiscuo Municipal de Majagual.

2. Se allegaron también los documentos relacionados con el aporte de rentas, contribuciones al Municipio y capacidad para organizar un presupuesto anual no inferior a $ 200.000.00, pero no se tuvo en cuenta que a partir del año siguiente al de la vigencia de la Ley 14 de 1969 las bases de renta se aumentarán cada año en un 10%.

3. Las pruebas y diligencias para la conformación del proyecto de ordenanza se remitieron tanto al Gobernador como a la Asamblea Departamental, cuando ellas deben ser presentadas al primero para el trámite del expediente. Además, el señor Gobernador en lugar de dictar resolución motivada si la documentación era incompleta o de presentar el proyecto de ordenanza, en caso contrario, dictó el Decreto 461 de 1984 "por el cual el Gobierno Departamental emite concepto favorable para la creación del Municipio de Guaranda", sin esperar el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, el que sólo fue enviado a la Asamblea el 24 de octubre de 1984 con oficio número 0928.

4. En cuanto a los requisitos relacionados con los habitantes de los municipios y del poblado destinado a la cabecera municipal, los datos se presentaron en forma desordenada y sin tener en cuenta que la prueba sobre ellos debe tener origen en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

5. La Comisión de la Asamblea que rindió concepto para la aprobación del proyecto de ordenanza manifestó que no obstante haberse detectado el no cumplimiento de algunos requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 14 de 1969, cualquier vacío quedaba obviado con el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación.

6. El proyecto de ordenanza fue presentado el 17 de octubre de 1984 y el concepto de Planeación remitido a la Asamblea el 24 de octubre del mismo año.

7. El 31 de octubre de 1984 fue aprobada la Ordenanza número 02 y remitida para su sanción al Gobernador Antonio Carlos Amador Escudero con oficio número 131 de 6 de noviembre, habiéndose impartido aquella el 9 de noviembre, actuando el señor Gustavo Alemán Pineda como Gobernador Encargado según Decreto número 707 de 8 de noviembre de 1984, quien desempeñaba el cargo de Secretario Privado del Gobernador y no habiendo sido el Decreto en cuestión suscrito por el Secretario de Gobierno (fols. 14 a 17).

3. Como normas violadas y concepto de violación de las mismas, plantea el actor en síntesis, lo siguiente:

a) Aceptado que el acto fue expedido por el funcionario competente, con el lleno pleno de sus formas de existencia, se violaron los artículos 131, 181 y 187 ordinal 10 de la Constitución Nacional, por cuanto la delegación de funciones es excepcional y otorgarla sin mandato del legislador genera nulidad por incompetencia. De otra parte, el artículo

124 del C. de R. P. y M. establece que cuando el Gobernador deba ausentarse de la residencia habitual, dejará encargado del Despacho para los asuntos urgentes a uno de sus Secretarios, debiendo para ello seguirse el orden de importancia de las Secretarías, pero sin que nunca pueda recaer tal encargo en el Secretario Privado. Además asuntos urgentes son los que pueden presentarse de manera excepcional y sorpresiva que se agravarían si existiera un vacío de poder, pues de lo contrario existirían dos gobernadores, uno en la residencia habitual y otro fuera de ella en ejercicio de sus funciones.

El Decreto 707 de 1984 por el cual se confirió el encargo no aparece firmado por el Secretario de Gobierno, siendo de naturaleza política, luego carece de las formas propias de legalidad externa.

b) La Certificación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística no es clara ni detallada, no arroja el número de habitantes de la nueva sección administrativa ni del resto del municipio segregante y además "fue arrimada al expediente de manera irregular, en contra de la previsión del artículo 3º y 1º numeral 1 de la Ley 14 de 1969".

c) Para establecer las bases de las rentas no se tuvieron en cuenta los aumentos del 10% anual que determina el artículo 2º de la Ley 14 de 1969, con desconocimiento del artículo 1º ordinal 3º de la misma.

d) No se demostró que el poblado destinado a cabecera municipal del nuevo municipio tenga 3.000 personas como residentes, tal como lo requiere el artículo 1º ordinal 4 de la Ley 14 de 1969.

e) Las firmas de los 4.000 ciudadanos domiciliados dentro de los límites del nuevo municipio fueron autenticadas ante los inspectores de Policía y no ante el Juez Municipal, desconociendo el artículo 1º numeral 5 de la Ley 14 de 1969.

f) Los documentos a que se refieren los ordinales 1 a 6 del artículo 1º de la Ley 14 de 1969 deben ser presentados por los interesados al Gobernador, quien tramitará el expediente, según lo prevé el artículo 3º de la citada ley y en el presente caso se remitieron a la Asamblea y a la Gobernación lo que "da la impresión que el expediente no se tramitó con las solemnidades que establece la ley".

g) El objetivo del artículo 7º de la Ley 14 de 1968 es limitar la proliferación de nuevos municipios, para lo cual se exige el lleno de ciertos requisitos para su creación y se contraría su espíritu si el respectivo proyecto se somete primero a la tramitación que presupone su cumplimiento y luego se enmarca dentro del artículo 6º de la misma ley. Por esta vía ningún proyecto de creación de municipios fracasaría, porque si no tiene éxito según las exigencias ordinarias de la ley, se recurre a la excepción del artículo 6º citado.

*b) Contestación de la demanda.*

El demandado, por conducto de apoderado, procedió a contestar la demanda aceptando como ciertos los hechos 1, 5, 6, 7 y 2 al cual aclara que las bases rentísticas sí se llenaron, por cuanto partiendo de los $ 200.000.00 que exige la Ley 14 de 1969 y su aumento anual del 10%, para la fecha de la expedición de la ordenanza, tal cifra

equivaldría a $ 500.000.00 y en la respectiva certificación consta que tanto Guaranda como los demás corregimientos que formarían el nuevo municipio tienen capacidad para organizar un presupuesto no inferior al millón de pesos, es decir, el doble del exigido por la ley; niega los hechos 3 y 4, agregando respecto al 3 que no existe norma que obligue al Gobernador a esperar el concepto de Planeación Nacional, para pronunciarse sobre la creación del nuevo municipio.

Aduce haberse respetado el artículo 124 del C. de R. P. y M. que no determina orden de prioridad, ni hace distingos entre los Secretarios de la Gobernación para efectos de conferir el encargo y agrega que la ordenanza acusada se ajustó a las razones de urgencia que allí se mencionan, pues se trataba de sancionar un proyecto de ordenanza para lo cual disponía el Gobernador de un término de cuatro días, ya que consta de menos de cincuenta artículos, caso en el que el artículo 103 del Estatuto citado establece tal término y el proyecto llegó al Despacho del Gobernador el día 6 de noviembre, venciendo el plazo para sancionarlo u objetarlo el día 10 del mismo mes y año y la sanción fue impartida cuando apenas restaba uno de tales días.

En cuanto a que el Decreto número 707 que confirió el encargo, no lleva la firma del Secretario de Gobierno, tal requisito no lo establece ni el C. de R. P. y M. ni la Constitución Nacional, además de que exigirlo iría contra la autonomía de carácter político de que goza el Gobernador como máxima autoridad de este tipo en el Departamento.

Añade, que en cuanto a presuntas violaciones de los numerales 1º a 6º del artículo 1º de la Ley 14 de 1969, ello no ocurrió y que aún en el supuesto de haber sido así, al obtenerse concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, con sujeción al artículo 6º *ibídem,* se impidió la configuración de las irregularidades que se imputan al acto demandado.

c) *Parte interviniente.*

La entidad denominada Movimiento Cívico Pro-Municipio de Guaranda, se constituyó en parte interviniente para efectos de impugnar la demanda y procedió a contestarla por conducto de apoderado debidamente reconocido, negando los hechos en que se apoya y esgrimiendo además, que a pesar de que según el concepto del Departamento Nacional de Planeación se presentaban las circunstancias que permitían legalmente proceder a su creación prescindiendo de los requisitos previstos en el artículo 1º de la Ley 14 de 1969, fueron cumplidos, de donde se deduce que tanto con base en el artículo 1º, como en el 6º de la Ley 14 de 1969, la Ordenanza número 02 es perfectamente legal.

Además, el artículo 124 del C. de R. P. y M. prevé el encargo efectuado por el Gobernador cuando se ausente temporalmente en alguno de sus Secretarios, para efectos de atender los asuntos urgentes del Despacho y en el caso que se estudia, se presentaba la urgencia respecto de la sanción de la ordenanza, puesto que sólo se disponía de cuatro días hábiles para hacerlo, so pena de incurrir en mora sancionable disciplinariamente.

*d) La sentencia recurrida.*

El Tribunal Administrativo de Sucre en sentencia de 4 de diciembre de de 1985 denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las consideraciones que se resumen así:

1. Los artículos 131, 181 y 187 ordinal 10 de la Constitución Nacional que afirma el demandante fueron violados, se refieren en su orden al fuero especial del Presidente de la República para ser juzgado; al Gobernador del Departamento como Agente del Gobierno Central y a la facultad de la Asamblea para delegar temporalmente alguna de sus facultades en el Gobernador.

No obstante se hace consistir tal violación en la infracción del artículo 124 del C. de R. P. y M. por haber sido el Secretario Privado de la Gobernación de Sucre, encargado del Despacho, quien sancionara la ordenanza atacada. El artículo citado fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 mayo de 1980 y la norma, además, no especifica en cuál de los Secretarios del Despacho debe recaer el encargo, luego puede ser en el Secretario Privado que tiene rango de Secretario del Despacho y donde la ley no distingue, no le es dado hacerlo al intérprete.

Bajo el mismo epígrafe se ataca el Decreto 707 de 1984 originario de la Gobernación de Sucre, por medio del cual se confirió el encargo a que antes se hizo relación por ausencia de la firma del Secretario de Gobierno, acusación que no puede traerse a colación en la forma planteada sin violar el principio legal que rige la acumulación de pretensiones, pues se está aduciendo y pidiendo así la nulidad de un acto administrativo que no tiene nada que ver con el que se señala principalmente como impugnado, incurriendo en una indebida acumulación de pretensiones en la demanda que traería como consecuencia la nulidad de toda la actuación posterior. Mientras subsista legalmente el Decreto 707, por no haber sido invalidado por los medios legales, no puede desconocerse su contenido.

2. Las violaciones a los ordinales 1º, 2º, 4º y 5º del artículo 1º de la Ley 14 de 1969 se examinarán en su conjunto por tratarse de un mismo punto de derecho.

El artículo 6º de dicha ley dispone: "Sin el lleno de los requisitos a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, las Asambleas podrán erigir en municipios aquellos territorios que carezcan de medios adecuados de comunicación con la cabecera del distrito o distritos de los cuales forman parte, si el desarrollo de la colonización o la explotación de recursos naturales así lo aconsejan, previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación".

En el caso de la creación del Municipio de Guaranda, la H. Asamblea Departamental de Sucre bien podía apartarse del cumplimiento de los requisitos del artículo 1º de la ley siempre y cuando se llenaran los del artículo 6º transcrito, como en efecto se hizo, al obtener el concepto favorable mencionado (fol. 208) y establecerse que los territorios que conformarían el nuevo municipio carecen de medios adecuados de comunicación con la cabecera municipal de Majagual de donde se segrega la nueva unidad político-administrativa.

En cuanto a la conveniencia de la creación de un municipio con aplicación de lo preceptuado en el artículo 6º y con base en razones de desarrollo de colonización o explotación de los recursos naturales, es materia que corresponde analizar al Departamento Nacional de Planeación y no al Gobierno Departamental o a la Asamblea.

3. No hubo tampoco desconocimiento del artículo 3º de la Ley 14 de 1969, el cual es aplicable en el caso de que se pretenda dar cumplimiento a los requisitos del artículo 1º de la misma ley, pero no cuando se hace uso del artículo 6º *ibídem*, caso en el que únicamente la solicitud se presenta al Gobernador, como en efecto ocurrió, habiendo éste procedido a emitir concepto favorable, contenido en oficio número 461 de 30 de julio de 1984 y por tanto, una vez obtenido el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, la Asamblea podía crear el nuevo municipio.

4. Afirma el demandante que la ordenanza acusada violó el artículo 7º de la Ley 14 de 1969, el cual reza textualmente: "La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación", haciendo consistir "paladinamente tal violación en que la 'norma tuvo como objetivo limitar la proliferación de nuevos municipios, algunos sin ninguna justificación, fuera de la de satisfacer aspiraciones de gamonales políticos', pero olvida el demandante que si bien es cierto que el espíritu de la Ley 14 fue el de detener la proliferación de municipios, también lo es que en esta reglamentación se dejó, a través del artículo 6º, la posibilidad de erección de entes municipales sin mayores exigencias, y por la vía de excepción que fue la escogida en el caso de Guaranda" (fols. 104 a 113).

*e) El recurso de apelación.*

Sostiene en síntesis el demandante, al sustentar el recurso de apelación, lo siguiente:

a) La situación en que se sancionó la ordenanza acusada, es bien distinta a la apreciación que al respecto hace el Tribunal, por cuanto "el Gobernador no había obtenido permiso de su superior para ausentarse de su sede, ni siquiera la había solicitado". De otra parte, "el rango de los empleados públicos se identifica por sus funciones señaladas en la ley, no por la semántica o nomenclatura del destino; de tal forma que el Secretario Privado del Gobernador, por ser Secretario no adquiere el rango de Secretario de Despacho, y, por tal motivo, no puede ser encargado de la Gobernación en el supuesto prevenido en el mencionado artículo 124 del Código de Régimen Político y Municipal".

b) "El artículo 6º instituye una excepción a las condiciones generales del 1º de la ley; establece dos condiciones: una de carácter geográfico y otra de índole social y económica, condiciones que se presentan aunadas a completas (sic); la primera se refiere a los medios de comunicación en el territorio del viejo y nuevo Municipio, factor que no se tuvo en cuenta en el texto de la ordenanza combatida, ni en sus antecedentes; no existe un estudio previo sobre el desarrollo de la colonización o explotación de los recursos naturales en la subregión municipal; de haberse orientado el proyecto de ordenanza por los parámetros del susodicho artículo 6º, se hubiera solicitado previo con-

cepto del Departamento Nacional de Planeación, concepto que se incorporaría a los infolios (sic) del expediente que tramitara el Gobernador; la ordenanza que se acusa se presentó a la Asamblea Departamental el 17 de octubre y el concepto de Planeación se produjo el 24 del mismo mes y fue remitido al Presidente de la Duma. Sobre este documento al que el Tribunal le concede pleno valor, la acusación se refiere (sic) ampliamente en la demanda, considerándolo como inexistente por varios motivos, inclusive por estar escrito en estilo epistolar, sin sello de la oficina de origen y por ostentar en su lugar de manera discreta el de la Secretaría de la Asamblea Departamental de Sucre".

c) "La creación de un municipio con fundamento en las condiciones del artículo 6º de la Ley 14 de 1969, debe ser de la iniciativa del Ejecutivo, porque sólo este puede solicitar el concepto previo de Planeación Nacional y suministrar a esta oficina los estudios, programas y antecedentes que justifiquen las condiciones excepcionales de la norma; además, una ordenanza presentada para tal fin, decreta indudablemente una inversión pública con cargo al Departamento, lo que hace más imperativo de que sea el Gobierno el encargado de presentarla".

*f) Concepto de la Fiscalía.*

Considera el señor Fiscal Primero debe confirmarse la sentencia apelada y para ello argumenta, así:

El principal cargo que se hace a la Ordenanza 02 de 1984 es el de haber sido sancionada por el entonces Gobernador encargado, quien era a su vez Secretario Privado del Gobernador, violándose el artículo 124 del C. de R. P. y M., el cual establece que el Gobernador en sus ausencias por razones del servicio, dejará encargado del Despacho a uno de sus Secretarios.

Si bien es cierto que el cargo de Secretario Privado no corresponde a los de la escala administrativa que el C. de R. P. y M., denomina Secretarios de Despacho, el texto del Parágrafo (sic) del artículo 124 no exige que se trate de determinado rango de Secretario, sino de cualquiera de ellos indistintamente y a voluntaria escogencia del titular de Gobierno seccional.

A más de lo anterior, es necesario analizar la legalidad del decreto de encargo propiamente dicho, el cual como todos los actos administrativos está amparado por la presunción de legalidad, y el decreto en mención no ha sido demandado, ni anulado, para poder cuestionar su vigencia y cumplimiento. De modo que el Gobernador Encargado lo estuvo legalmente para la fecha en que ejerció el cargo y los actos cumplidos en tal período se presumen y son igualmente válidos (fols. 9 a 11).

*Consideraciones:*

I. Comparte la Sala en su integridad los planteamientos expuestos por el Tribunal (Antecedentes, Letra D, -1- Considerando, primera parte), en cuanto a la inaplicabilidad de los artículos 131, 181, y 187 ordinal 10 de la Carta Política, que el actor en el libelo de demanda

afirma violados, por cuanto son normas que regulan situaciones totalmente ajenas o extrañas al asunto que se debate en el caso *sub júdice*.

II. Se halla plenamente establecido en el proceso que la presentación, tramitación, expedición y sanción de la Ordenanza número 02 de 31 de octubre de 1984 acusada, se efectuó dentro de las condiciones o presupuestos de hecho establecidos por el artículo 6º de la Ley 14 de 13 de noviembre de 1969, como se concluye del análisis del acervo probatorio incorporado al proceso.

En efecto:

a) Las solicitudes atinentes a la creación de la nueva entidad territorial, dirigidas al señor Gobernador del Departamento de Sucre, suscritas y presentadas en los meses de octubre y noviembre de 1983 por los ciudadanos domiciliados en los distintos corregimientos que habrían de integrarla, aducen razones de ausencia de "caminos adecuados que permitan el fácil acceso a la cabecera municipal" y desde el punto de vista socio-económico, condiciones de atraso que los coloca en estado de "llevar una vida infrahumana", precisamente porque la ausencia de tales medios de comunicación impiden el desarrollo de la respectiva región (fols. 221, 85 a 74, 72 a 68, 58 a 47 y 46 a 36).

Acerca de que las firmas de las solicitudes se presentaron ante el Inspector Departamental y no ante Juez del Municipio segregado, se observa en primer lugar que dicho ordinal 5º del artículo 1º de la Ley 14 de 1969 no es aplicable al caso *sub lite*, regulado por la previsión excepcional del artículo 6º *ibídem* y, en segundo término, que no se ha alegado que tales firmas sean falsas.

b) La Secretaría de Planeación de la Gobernación de Sucre elaboró en el mes de julio de 1984 un estudio socio-económico del Corregimiento de Guaranda (fols. 32 a 4) en el cual y desde su parte introductoria se hace énfasis precisamente en que él constituye un auténtico polo de desarrollo en razón de "la particularísima circunstancia de su posición geográfica en una promisoria área de nueva colonización" y en "su incomunicación con la cabecera Municipal", Majagual (fols. 27 y 27 a 4).

c) El señor Gobernador del Departamento de Sucre, con fecha 30 de julio de 1984, emitió concepto favorable a la creación del nuevo municipio, el cual se contiene en Decreto número 461, invocando para ello el artículo 6º de la Ley 14 de 1969 (primer considerando) y el cumplimiento de los requisitos en él exigidos, como son la carencia de medios adecuados de comunicación con la cabecera municipal (tercer considerando) y las grandes posibilidades económicas de la región en el sector agropecuario al impulsar adecuada y racionalmente el desarrollo de la colonización y la explotación de sus recursos naturales (Considerandos cuarto y quinto) (fols. 206 y 205).

d) En oficio de 14 de agosto de 1984, la Secretaría de Planeación del Departamento de Sucre solicitó al Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Planeación concepto sobre la creación del nuevo municipio, con fundamento en que tal requisito lo exige el artículo 6º de la Ley 14 de 1969 y en la necesidad de acogerse a tal norma, en razón de que no se cumple el requisito requerido por el artículo 1º

de la misma, en lo que toma con el número de habitantes (fols. 34 y 33) y anexó el estudio socio-económico a que se refiere el punto b) anterior.

e) El Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Planeación emitió concepto favorable a la creación de la nueva entidad territorial, el cual se contiene en oficio número 0928 de 24 de octubre de 1984 y se fundamenta en el estudio socio-económico allegado con la solicitud de expedición de tal concepto (fol. 208) y en el cual, como ya se anotó el punto b) anterior se analizan los supuestos de hecho previstos en el artículo 6º de la ley tantas veces citada.

f) En los debates reglamentarios a que se sometió el proyecto de ordenanza se tuvo en cuenta la sujeción, para su expedición, a los requisitos del artículo 6º de la Ley 14 de 1969, tal como consta en la Exposición de Motivos para primer debate (fols. 181 a 154) y en el Informe de Comisión para segundo debate (fols. 210 y 209).

g) En concepto contenido en oficio número 1128 de 8 de noviembre de 1984, suscrito por el Asesor Jurídico de la Gobernación del Departamento de Sucre, emitido con ocasión de la sanción del proyecto de Ordenanza número 02 aprobado por la respectiva Asamblea, se hace constar la procedencia legal de impartir la sanción en vista del cumplimiento de lo exigido por el artículo 6º de la Ley 14 de 1969 (fol. 215).

III. La Ley 14 de 1969 en su artículo 1º establece los requisitos que deben llenarse para la creación de nuevos municipios y en su artículo 6º prevé la erección de los mismos sin sujeción a tales requisitos, es decir en condiciones de excepción, siempre y cuando exista concepto previo y favorable del Departamento Administrativo Nacional de Planeación, con fundamento en la carencia de medios adecuados de comunicación del respectivo territorio con la cabecera del Distrito o Distritos de los cuales forma parte y por razones de conveniencia para el desarrollo de la colonización o de la explotación de los recursos naturales de dicho territorio.

Como se deduce de lo expuesto al punto II anterior, se obtuvo el concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación, cuya emisión se fundamentó en el análisis socio-económico adelantado por la Secretaría de Planeación del Departamento de Sucre en el que se contienen estudios sobre los aspectos a que se refiere el artículo 6º mencionado —carencia de vías de comunicación con la cabecera Distrital, adelantamiento de colonización y explotación de recursos naturales en el territorio del Corregimiento de Guaranda—, además de que dicho concepto es previo a la expedición de la ordenanza impugnada, la cual fue expedida con fecha 31 de octubre de 1984 (fols. 220 y 219) y el concepto emitido el 24 de octubre del mismo año (fol. 208).

Cuestiona el recurrente la autenticidad del oficio que contiene el mencionado concepto de Planeación Nacional, llegando a afirmar que es inexistente por estar escrito en "estilo epistolar y sin sello de la oficina de origen". Cabe observar a este respecto que no existe norma legal que obligue a redactar los conceptos con sujeción a formas externas determinadas y que la ausencia de sello no es razón para dedu-

cir su inexistencia, mucho menos para tacharlo de falso. Además, no se ha allegado al expediente prueba alguna de haberse iniciado el respectivo proceso penal para obtener pronunciamiento sobre el presunto delito de falsedad en documento público, razones suficientes para que la Sala no pueda desconocer la validez del documento.

Establecido que el acto acusado se sujetó a los presupuestos de hecho del artículo 6º de la Ley 14 de 1969, queda Sala relevada de verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 1º de la misma, por ser este último inaplicable al caso *sub júdice,* razón para que no prospere el segundo de los cargos formulados.

IV. Aunque se trata de la formulación de un cargo o de un concepto de violación no planteado en la demanda sino por primera vez al sustentar el recurso, la Sala pasa a referirse a él:

La Ley 14 de 1969 en su artículo 3º inciso tercero otorga iniciativa para la presentación de Proyectos de Ordenanza para la creación de nuevos municipios tanto al Ejecutivo local como a los respectivos Diputados, sin establecer excepción o hacer distingos para el caso de que se trate de dar aplicación al artículo 6º *ibídem,* razón para que no pueda afirmarse que en el caso o supuestos de hecho del artículo 1º la iniciativa pueda provenir indistintamente de los miembros de la Asamblea o del Gobernador y para el caso o supuestos de hecho del artículo 6º solamente pueda tener origen o competer al Gobernador.

V. En cuanto a la legalidad del Decreto número 707 de 8 de noviembre de 1984, por el cual se encargó de la Gobernación de Sucre al Secretario Privado del Gobernador, quien sancionó la ordenanza acusada, como bien lo anota el señor Fiscal Primero, es un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad, no desvirtuada a la fecha de la demanda y por tanto de obligatorio acatamiento.

Cabe agregar al planteamiento del señor Fiscal, que de otra parte, no procedería dar aplicación, respecto a dicho decreto, de la excepción de ilegalidad (en este caso de oficio, puesto que el demandante no la propuso), en razón a que para ello se requeriría la existencia de una infracción directa y manifiesta de una norma superior, requisito que no se daría en el caso *sub lite,* en el que habría que entrar a estudiar a profundidad y con las disquisiciones intelectuales y jurídicas propias del caso si el artículo 124 del C. de R. P. y M. permitiría o no que el encargo recayera en el Secretario Privado de la Gobernación o únicamente en los Secretarios del Despacho.

Respecto al hecho de concluir si el impartir la sanción o formular objeciones al Proyecto de Ordenanza era o no un asunto urgente y en consecuencia, si el Gobernador encargado se ajustó o no al artículo 124 citado y al decreto mismo de Encargo, se halla establecido en el expediente que el mencionado Proyecto fue remitido a la Gobernación con oficio número 131 de 6 de noviembre de 1984 (fols. 214 y 213) y sancionado el día 9 del mismo mes y año (fols. 220 y 219), es decir, cuando se hallaba próximo a expirar el término legal establecido para ello por el artículo 103 del C. de R. P. y M., el cual es de cuatro días cuando el Proyecto no consta de más de cincuenta artículos.

Por las razones anteriores no puede prosperar el cuarto de los cargos propuestos.

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 de 4 de diciembre de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de 9 de diciembre de 1986.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

*Samuel Buitrago Hurtado,* con excusa legal; *Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

# CAPITULO II

## ACTOS DE LOS GOBERNADORES

*GOBERNADORES. Delegaciones recibidas del Presidente de la República.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Guillermo Benavides Melo.*

Proyectó: Doctor Luis Miguel Quiñones, Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 323. Actor: Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de Colombia. Se resuelve recurso de apelación.

La Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por el actor, a través de apoderado, contra la providencia de fecha 11 de marzo de 1986, mediante la cual la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda, como Juez de primera instancia, inadmitió la demanda de nulidad propuesta por el mandatario judicial del "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de Colombia", por hallar caducada la acción.

## *I. Antecedentes*

En desarrollo del mandato que le confirió el ciudadano Joaquín Enrique Amórtegui Balbuena en su calidad de representante legal del "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de Colombia" (fol. 1), el abogado Guillermo Valencia Naranjo acudió en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del C.C.A. ante el Tribunal Administrativo de Risaralda en demanda de la declaratoria de nulidad de la Resolución número 0032 que con fecha 27 de enero de 1982 profirió el Gobernador del Departamento de Risaralda, por medio de la cual se le concedió personería jurídica a la entidad denominada "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal del Departamento de Risaralda", con domicilio en Pereira, se reconoció al señor Francisco Joel Gómez Marulanda como representante legal del ente y ordenó inscribirlo como tal en los libros respectivos, a la vez que dispuso publicar la resolución en el periódico oficial de la mencionada sección territorial (fols. 2, 3 y 18).

La demanda (fols. 114 a 120) también cobija la nulidad de los siguientes "Actos complementarios" de la Resolución 0032 de 1982,

emanados de la Gobernación Departamental de Risaralda: a) De la Resolución número 1493 de 20 de octubre de 1983, por la cual el mencionado mandatario departamental negó la revocatoria directa de la Resolución 0032 de 1982; b) De la Resolución número 1981 de 23 de noviembre de 1984, mediante la cual la Gobernación "Inscribió como Presidente y consecuencialmente como representante legal del 'Movimiento Gnóstico Cristiano Universal del Departamento de Risaralda' al señor Carlos Julio Restrepo Huertas", y c) De la "publicación que se hizo de la mencionada Resolución (0032/82) en la 'Gaceta Departamental de Risaralda', órgano de publicación de los actos de gobierno de dicha circunscripción, correspondiente al 15 de febrero de 1982". (V.: fols. 20 a 23, 24 y 18, en su orden).

La demanda en cuestión fue presentada personalmente por el apoderado de la actora ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Risaralda el día 5 de marzo del año en curso (V.: fol. 120, vto.).

*II. La providencia apelada*

A folios 121 y 122 del informativo aparece la providencia de 11 de marzo de 1986, materia del recurso de apelación que se desata, por la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda, en Sala de Decisión, resuelve que "Por estar caducada la acción NO SE ADMITE la demanda".

Este proveído apelado es breve y preciso al expresar lo siguiente:

"A pesar de que la acción aquí instaurada se la denomina, en la demanda, de 'nulidad', bien claro aparece en el contexto de ésta que se trata de un acción de restablecimiento del derecho: pues se refiere a una pretensa vulneración del derecho de propiedad. Tanto que, la Administración, con buenas razones, se negó a revocar directamente el acto acusado ubicándolo dentro de los creadores de situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, actos estos sólo susceptibles de revocación directa (cuando son expresos, como el de autos) en la medida en que exista consentimiento expreso y escrito del respectivo titular del derecho (art. 73 C.C.A. y, antes art. 24 Decreto 2733 de 1959), e impugnable ante la jurisdicción contencioso administrativa por la vía de la acción de restablecimiento del derecho. Como el término de ejercicio válido de dicha acción ha precluido (tal término es de cuatro meses según el inciso 2º del artículo 136 C.C.A.) ya que el acto impugnado se profirió el 27 de enero de 1982 y la demanda fue presentada el 5 de marzo de 1986, se impone la inadmisión de la misma".

*III. La impugnación apelatoria*

Dentro del término hábil el Procurador Judicial de la demandante, en escrito que obra a folios 123 a 125, interpuso ante el Tribunal de origen, en ataque mixto y concurrente, *"recurso de reposición y en subsidio el de apelación,* en contra del auto que declaró inadmisible la demanda" y sustentó los citados recursos coetáneamente diciendo lo que en forma abreviada se apunta en seguida: a) Que la acción incoada "dice relación con la acción pública de nulidad o acción popular, consagrada en nuestro actual C.C.A. en su artículo 84" y que "de ninguna manera se solicita el restablecimiento del derecho de la enti-

dad demandante", pues esta "petición no solamente sería improcedente, sino inocua, puesto que la personería jurídica la tiene desde el año de 1961"; b) Que *"no se trata en el fondo de proteger derechos particulares* del 'Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de Colombia', sino en la tutela de actos legalmente expedidos" a los que se debe someter específicamente la gobernación risaraldense; c) En su apoyo transcribe parte de lo que se dice en una obra; y d) Que el artículo 84 del C.C.A. se refiere en forma genérica a la acción de nulidad de los actos administrativos, "sin hacer excepciones de ninguna naturaleza", salvo en cuanto habla de su procedencia respecto de "actos de carácter definitivo, excepcionalmente contra los preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 81 y 153". En consecuencia pide el impugnador que se revoque el auto confutado y en su lugar se admita la demanda y se le imprima el trámite de ley. Y concluye: *"En subsidio, interpongo el recurso de apelación para ante el Honorable Consejo de Estado"* (Subrayas fuera del texto).

Mediante providencia de abril 22 último (fol. 126), el *a quo* niega el recurso de reposición por cuanto la providencia inadmisoria de la demanda no es susceptible de tal medio impugnatorio y *"concede el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiria"* (Subrayado).

Por auto de 10 de junio de 1986 se admitió erróneamente dicho recurso subsidiario de apelación y se dispuso darle el trámite de rigor (fol. 130).

*IV. Consideraciones*

En seguida se tocarán los siguientes puntos, en orden a despachar la recursiva acusación subsidiaria: a) Incompetencia del Tribunal Administrativo de Risaralda para conocer de la demanda propuesta; b) Competencia del Consejo de Estado; c) Improcedencia del recurso subsidiario; d) Nulidad de la actuación surtida, y e) Decisión.

*IV. a) Incompetencia del a quo*

Dice el considerando final de la Resolución 0032 de 1982 acusada "Que el ordinal n) del artículo 1º del Decreto 2703 de 1959, confirió a los gobernadores la facultad de otorgar Personería Jurídica a instituciones como la que aquí se trata". Este Decreto 2703 de 3 de octubre de 1959 tiene como epígrafe o enunciado "por el cual se delegan unas funciones en los gobernadores de los departamentos" y su artículo primero dispone: "El Presidente de la República podrá delegar en los gobernadores de los departamentos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 135 de la Constitución Política, las siguientes funciones: ..... ..... ..... ..... .... ..... ..... ..... ..... ....."

Primeramente es preciso determinar quién tiene la competencia legal para conocer de la acción de nulidad propuesta contra un acto administrativo como el aquí cuestionado, dictado por el Gobernador del Departamento de Risaralda en desarrollo o cumplimiento de la delegación expresa que le confirió el Presidente de la República: si el Tribunal Administrativo de dicho repartimiento territorial, en única o en primera instancia, o bien el Consejo de Estado en única instancia. Al efecto es necesario aclarar lo siguiente:

De conformidad con el literal h) del artículo 32 del Decreto número 528 de 1964, dictado por el Presidente de la República "sobre organización judicial y competencia", "Los Tribunales Administrativos conocen: 1º) En única instancia: (...) h) De los juicios de nulidad contra las decisiones de carácter departamental, intendencial o comisarial que deban someterse para su validez a la aprobación de autoridad superior o que hayan sido dictadas en virtud de delegación de funciones hechas por la misma".

Ante esta disposición acabada de transcribir, sin la menor duda el Tribunal Administrativo de Risaralda, de estar vigente la norma, tendría adscrita la competencia para atender y fallar en única instancia el negocio a que se refiere la providencia que ha venido al Consejo de Estado en apelación y, consecuencialmente, esta Corporación sería incompetente para conocer en segunda instancia de dicho recurso. Pero tal disposición transcrita no se encuentra en vigencia desde el 29 de febrero de 1984, comoquiera que desde el 1º de marzo de 1984 entró a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto extraordinario número 1 de 2 de enero de 1984, según lo expresa su artículo 2º —que sigue inmediatamente al artículo 268 del Códice que adopta y éste en su precepto 128 entrega la competencia al Consejo de Estado para conocer privativamente y en única instancia de los procesos de nulidad en los actos administrativos del orden nacional expedidos por cualquiera de las ramas del poder público (como en el presente caso, según los planteamientos del actor en su demanda, acogidos indirectamente por el *a quo*) y de los procesos de restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía y en los cuales se controviertan actos administrativos del orden nacional, de conformidad con lo prevenido en los numerales 1) y 3), respectivamente, del mencionado artículo 128. Hay que advertir, para reafirmar lo acabado de anotar, que la H. Corte Suprema de Justicia en la Sala Plena decidió, mediante sentencia número 92 del 30 de agosto de 1984, con ponencia del Magistrado Manuel Gaona Cruz (q.e.p.d.) que el artículo 268 del nuevo C.C.A. es exequible en cuanto deroga expresamente al prenombrado artículo 32 del Decreto 528 de 1964, cuyo literal h) se transcribió más arriba.

Este punto sobre la incompetencia del Tribunal de origen en el caso *sub júdice* se complementa y empata con el punto que en seguida se verá, referente a la competencia del Consejo de Estado para conocer privativamente y en única instancia del asunto en cuestionamiento.

*IV. b) Competencia del Consejo de Estado*

Incuestionablemente el de la competencia es un factor o elemento esencial del proceso o, mejor aún, presupuesto procesal *sine qua non*, tanto para la iniciación, como para la prosecución y decisión del mismo; la competencia emana directamente de la ley, sea formal o material; debe el legislador adscribir la competencia en forma clara y de todas maneras expresamente; las disposiciones legales que determinan o fijan la competencia son de orden público; no es admisible la interpretación analógica en campos de la competencia, toda vez que ésta ha de ser interpretada de manera restrictiva; o, sintetizando, de acuerdo con el tratadista Gabriel Rojas Arbeláez (Vid.: "El Espíritu del Derecho Administrativo", Edit. Temis, Bogotá, 1972, p. 141): "El pri-

mer requisito para que un acto sea válido, es la competencia del funcionario. Competencia es, en derecho administrativo, la facultad que tiene un funcionario para ejercer la jurisdicción en un caso determinado". Tal competencia, para el caso *sub lite,* la tiene de manera privativa y en única instancia el Consejo de Estado, pues los atributos o predicados que se dejan dichos —aparte de otros más todavía que se podrían agregar—, concitan para que, frente a lo dispuesto en el artículo 128-1-3 del C.C.A. antes indicado, en concatenación con el literal n) del artículo 1º del Decreto 2703 de 1959, sobre delegación de funciones, en que se apoya la Resolución 0032 de 1982 demandada, según su último considerando, como atrás se vio, sea esta Corporación la competente para conocer de la demanda de nulidad intentada contra los actos materia de acusación, bien sea que ésta se intente con base en la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., o ya a través de la acción establecida en el precepto 85 *ibídem.*

Este previsto en el Decreto 2703 de 1959 es el típico caso de desconcentración administrativa en nuestro ordenamiento administrativo, que consiste en el "otorgamiento de poderes decisorios, de competencia para manejar un servicio nacional, a funcionarios que en la respectiva entidad territorial tienen el carácter de agentes del gobierno central o que al respecto obran en tal calidad, lo que implica falta de autonomía regional en la administración del servicio. Este sigue siendo nacional..." (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Expediente Nº 10724, actor Guillermo León Giraldo R., fallo de 14 de mayo de 1985, Ponente: Consejero Joaquín Vanín Tello). O, como dice el tratadista Jaime Vidal Perdomo, "La desconcentración (...) es el traslado de competencias del poder central, no hacia las entidades o funcionarios descentralizados, sino a sus agentes localizados en las provincias y para la atención de necesidades o servicios de carácter nacional y no local (...) el propósito es descongestionar el cúmulo de tareas que corresponden a los ministros, por ejemplo, y satisfacer un rápido diligenciamiento de los asuntos administrativos (...). El Decreto 2703 de 1959, dictado en ejercicio de las facultades contenidas en la Ley 19 del año anterior, es una manifestación clara del fenómeno de la desconcentración; las materias sobre las cuales versa este traslado de competencia hacia los gobernadores están expuestas principalmente en el artículo 1º del decreto" (V.: "Derecho Administrativo", 8ª ed., Edit. Temis, Bogotá, 1985, pp. 65-66).

No es menester hilar luengas disquisiciones para determinar que, en uso o desarrollo de la pertinente delegación, es el mismo delegante quien está actuando mediante su delegado, es aquel delegante quien actúa o está cumpliendo sus funciones que ha delegado, a través de quien recibe tal delegación funcional o, lo que es lo mismo, el dueño o titular de las funciones, gracias a la figura jurídica de la delegación, actúa por conducto de interpósita persona o funcionario que cumple la actuación en nombre del delegatorio o delegante, con base, obviamente, en disposición legal expresa, porque como lo indica G. Vedel, "la delegación no es posible si no existe un texto, legislativo o reglamentario (dice él), que permita concederla". (V.: "Derecho Administrativo", trad. de la 6ª ed. francesa, Edit. Aguilar, Madrid, 1980, p. 155).

Para el caso *sub exámine,* el delegado (gobernador) está desarrollando funciones propias del delegatorio o delegante (el Presidente de la República), gracias a la delegación dada por el literal n) del artículo 1º del Decreto 2703 de 1959, por lo cual el jefe de la administración seccional en su calidad de agente del Presidente de la República o Gobierno central, está cumpliendo funciones de carácter nacional o, en palabras del artículo 2º del citado Decreto 2703 de 1959, "teniendo en cuenta que el gobernador reemplaza al Presidente de la República", que motiva, entre otras cuestiones, que no exista recurso de apelación contra los actos del gobernador delegado, por lo cual la competencia a que nos venimos refiriendo radica incuestionablemente en el Consejo de Estado en única instancia, comoquiera que, para expresarlo en palabras de J. P. Benoit, el asunto *sub lite* se alimenta o sustenta en "un bloque de competencia bien delimitado".

"En consecuencia, los actos que dicte (dicho Gobernador) y que versen sobre la materia delegada, son actos del orden nacional y su control jurisdiccional corresponde, en única instancia, al Consejo de Estado cuando, como en el presente caso, no tengan cuantía..." (C. de E., Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera, auto de 6 de noviembre de 1979, Actor: Miguel Angel Laverde Gallego, Expediente Nº 3188, Ponente: Consejero Mario Enrique Pérez V.).

Así, pues, con fundamento en los artículos 165 y 267 del C.C.A. y 152-2 y 157 del C. de P. C., por falta de competencia del Tribunal de origen, ha de decretarse la nulidad de lo actuado a partir del auto materia de apelación, inclusive.

### *IV. c) Improcedencia de la apelación subsidiaria*

Vimos antes que el actor atacó el auto de 11 de marzo de 1986 del *a quo* simultáneamente a través de dos recursos en el mismo escrito: en reposición y en apelación subsidiria. También se vio que el Tribunal de origen, por no ser susceptible de reposición el auto inadmisorio de la demanda, negó tal recurso, pero concedió la apelación subsidiaria. Y también sin observar la subsidiariedad de la apelación interpuesta, fue admitido este recurso en el Consejo de Estado. Ante el mandato expreso del artículo 181 del C.C.A., según el cual el recurso de apelación contra el auto inadmisorio de la demanda "deberá interponerse directamente y no como subsidiario de la reposición" y asimismo ante el principio conforme al cual las providencias ilegales no obligan al Juez o Tribunal, la nulidad enunciada atrás cobija naturalmente a toda la actuación surtida y, por ende, envuelve al último proveído de admisión del recurso de apelación propuesto de manera subsidiaria al de reposición.

### *IV. d) Nudidad de la actuación*

De conformidad con lo expuesto en los puntos precedentes sobre incompetencia del Tribunal de origen para conocer de la demanda intentada, la competencia del Consejo de Estado para avocar su conocimiento en única instancia y la improcedencia del recurso de apelación como subsidiario del de reposición, ha de ser decretada la nulidad en que se encuentra inmersa la actuación surtida.

En consonancia con las consideraciones que anteceden y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 143 del C.C.A., en el evento de que se observe u ocurra "falta de competencia" para conocer de la demanda presentada, "se ordenará enviar el expediente a la corporación que fuere competente".

Procede, pues, el decreto de la mentada nulidad y la remisión del expediente al Tribunal ante el cual, aunque incompetente para conocerla, se presentó la demanda.

*IV. e) Decisión*

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

*Primero.* Reconocer al abogado Guillermo Valencia Naranjo como apoderado especial del "Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de Colombia", conforme al mandato conferido.

*Segundo.* DECRETAR LA NULIDAD DE LA ACTUACION CUMPLIDA en este expediente (folio 121 en adelante).

*Tercero.* En firme esta providencia, remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Risaralda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha.

*Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey, Samuel Buitrago Hartado, Simón Rodríguez Rodríguez.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

# CAPITULO III

## ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

*LIBERTAD DE TRABAJO. Suspensión provisional. Requisitos.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Simón Rodríguez Rodríguez.*

Proyectó: Doctora Myriam Guerrero de Escobar, Magistrada Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 368. Actor: Lubin Piedrahita Gutiérrez.

En cumplimiento de lo dispuesto en el auto de 22 de julio de 1986 (fols. 45 a 47), se avoca el conocimiento del proceso y en consecuencia se prevé sobre la admisión de la demanda.

El ciudadano Lubin Piedrahita Gutiérrez, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., demandó la declaratoria de nulidad de los artículos sexto y octavo del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983 "por el cual se dictan normas de carácter administrativo para la normalización de la contaminación en el Departamento del Tolima y se le dan atribuciones al Director Ejecutivo de CORTOLIMA para su implementación y control", proferido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional del Tolima "CORTOLIMA" e impetró la suspensión provisional de tales disposiciones.

*El acto acusado*

El texto de los artículos 6º y 8º del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983, acusados, es del siguiente tenor literal:

> *"Artículo Sexto.* Los estudios de impacto ambiental en el Departamento del Tolima, deberán ser efectuados por una firma o profesional matriculado e inscrito en el Registro de Consultores de CORTOLIMA, clasificados en la especialidad de Ingeniería Sanitaria, Biología y/o Ecología, con base en el Manual de Procedimientos que emitirá 'CORTOLIMA'.
>
> *"Artículo Octavo.* A partir de la fecha toda industria que se establezca en el Departamento del Tolima, deberá hacer el estudio de impacto ambiental de acuerdo a las especificaciones dadas por CORTOLIMA".

*La suspensión provisional*

La solicitud de suspensión provisional se contiene a folios 5 y 6 vlto. a 7 vlto. del escrito de demanda, con fundamento en los cargos que se resumen así:

a) El artículo 6º del Acuerdo número 014 de 1983 viola flagrantemente el artículo 39 de la Constitución Nacional al "limitar el ejercicio de la profesión en lo referente a estudios de impacto ambiental a los consultores de 'CORTOLIMA' para el Departamento del Tolima", aspecto que corresponde al legislador, pues la disposición Constitucional estatuye que es a la ley a la que compete exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

b) El artículo 8º del Acuerdo número 014 de 1983 extralimita lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Recursos Naturales, al exigir el estudio de impacto ambiental previo, no solamente para el establecimiento de industrias que puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones notorias o considerables al paisaje, sino para el establecimiento de toda industria.

*Consideraciones:*

I. La demanda reune los requisitos requeridos por la ley para su admisibilidad y así habrá de proveerse.

II. Procede analizar la solicitud de suspensión provisional, lo que se hará en los siguientes términos:

a) Dispone el artículo 39 de la Carta Política:

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones.

"Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

"..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ....."

Dicho artículo 39 de la Constitución Nacional, que se afirma vulnerado, en lo que concierne a la idoneidad profesional para la elaboración de estudios que por su naturaleza se ubiquen dentro de la consultoría y que sean contratados por la Administración Pública a nivel nacional y en lo que toca específicamente con la exigencia de hallarse el posible contratista inscrito, clasificado y calificado en el Registro de Consultores de la respectiva entidad o de FONADE, ha sido desarrollado por el Decreto-ley número 222 de 1983 y por su Decreto reglamentario número 1522 del mismo año, pero no existe ley expedida por el legislador ordinario o extraordinario que establezca tales exigencias para contratos de estudios distintos de la consultoría celebrados con entidades públicas y menos aún cuando se trate de estudios elaborados para una persona natural o jurídica de derecho privado que por proyectar la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier otra actividad que por sus características

pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables al paisaje, deba en cumplimiento del artículo 28 del Decreto-ley número 2811 de 1974 (Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente) presentar el estudio ecológico y ambiental, previamente a la expedición de la licencia o permiso para la ejecución de la obra o desarrollo de la actividad, por parte de la autoridad competente.

Además, el artículo 6º del Acuerdo 014 de 11 de marzo de 1983 proferido por CORTOLIMA, quebranta el artículo 39 de la Carta respecto de la libertad de escogencia de trabajo que comprende no sólo la libertad de selección de profesión u oficio sino la de, una vez escogidos éstos, poderlos ejercer. En efecto: Si bien los ingenieros sanitarios, biólogos y ecólogos por la naturaleza de su función profesional son adecuados para adelantar *los estudios de impacto ambiental* de que da cuenta el mencionado artículo 6º, no puede consagrarse la exclusión de otras clases de profesiones afines que bien podrían con idoneidad llevar a cabo aquellos.

De lo anterior se concluye que el artículo sexto del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983 viola ostensiblemente el artículo 39 de la Carta Política, al haberse arrogado la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional del Tolima atribuciones que la Constitución Nacional confirió con carácter exclusivo al legislador y, también, al obstaculizar la libertad de trabajo en los términos vistos, por lo cual habrá de prosperar el cargo formulado contra la norma antes citada.

b) El artículo 8º del Acuerdo número 014 de 1983 acusado, obliga a elaborar el estudio de impacto ambiental para el establecimiento de *toda industria* en el Departamento del Tolima, sujetándose tal estudio a las especificaciones dadas por "CORTOLIMA", mientras que el artículo 28 del Decreto-ley número 2811 de 1974 que se afirma infringido por aquel, *exige tal estudio, en tratándose del establecimiento de industrias, únicamente cuando por las características de la industria en cuestión, pueda producirse deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducirse modificaciones considerables o notorias al paisaje.* Se deduce pues, de la simple lectura de los textos citados que el primero de ellos rebasa o excede lo dispuesto en el segundo que es de otra parte, de mayor jerarquía dentro de la escala normativa, por lo cual habrá de prosperar el segundo de los cargos formulados.

c) El artículo 152 del C.C.A. al regular la institución de la suspensión provisional, en tratándose de la acción de nulidad, aparte de exigir petición y sustentación expresa en el escrito de demanda o en escrito separado presentado antes de proferirse el auto admisorio de aquella y de no estar prohibida por la ley, requiere exclusivamente que se dé la manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas, presupuestos aquellos y éste que se cumplen a cabalidad en el caso *sub júdice,* ya que la respectiva petición y su sustentación expresa se contienen en el escrito de demanda (fols. 5 y 6 vlto. a 7 vlto.), no está prohibida por la ley y basta confrontar el texto

del artículo 39 de la Constitución Nacional con el texto del artículo sexto del Acuerdo número 014 de 1983 y el texto del artículo 28 del Decreto-ley número 2811 de 1974 con el tenor literal del artículo octavo del acuerdo mencionado, para concluir sin mayor esfuerzo o complejidad de razonamiento que se han usurpado funciones atribuidas al legislador y limitado la libertad de trabajo en el primer caso, y se ha extralimitado o extendido lo dispuesto en la ley al hacerla aplicable sin consideración a las limitantes que ella misma prevé, en el segundo caso, razones para acceder a decretar la suspensión provisional solicitada.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

I. Admítese la demanda y para su trámite se dispone:

a) Notifíquese personalmente al Director de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, "CORTOLIMA", y entréguesele copia de la demanda y sus anexos, para lo cual se comisiona al Tribunal Administrativo del Tolima. Líbrese el Despacho correspondiente.

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

c) Fíjese en lista por el término de diez (10) días para que el demandado y los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese a la Secretaría General de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, "CORTOLIMA", el envío de los antecedentes administrativos del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983.

II. Decrétese la suspensión provisional de los artículos SEXTO y OCTAVO del Acuerdo número 014 de 11 de marzo de 1983 proferido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, "CORTOLIMA".

III. Tiénese como actor en el presente proceso al ciudadano Lubin Piedrahita Gutiérrez..

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Simón Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado.

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*CONTRALORIA DEPARTAMENTAL. VETO DE NEGOCIOS JURIDICOS.*

*La función de una Contraloría es ejercer la vigilancia fiscal; y que en razón de ella pueda incluso vetar la celebración de negocios jurídicos que estime ilegales.*

*Suspéndense provisionalmente los artículos 4º, inciso 1º parágrafo 1º, 5º, 6º y 7º de la Resolución 025 de 13 de mayo de 1986, expedida por la Contraloría General del Departamento del Quindío.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., trece de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Miguel Betancourt Rey.*

Proyecto redactado por el Magistrado Auxiliar Doctor Humberto Beltrán Achury.

Expediente Nº 390. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Ya que el anterior recurso de apelación de la parte demandante se ha interpuesto y sustentado oportunamente, se admite y decide de plano, según lo ordena el artículo 213 del C.C.A.

*I. La providencia recurrida*

Trátase del auto de fecha 31 de mayo de 1986, dictado por el Tribunal Administrativo del Quindío, en acción de simple nulidad promovida por el ciudadano José Jesús Laverde Ospina, que admitió la demanda sin acceder empero a la suspensión provisional solicitada.

Examina el Tribunal, como actos acusados, los artículos 4º inciso 1º, parágrafos 1º, 5º, 6º y 7º de la Resolución número 025 expedida el día 13 de mayo de 1986 por la Contraloría General del Departamento del Quindío, y como disposición violada, la contenida en el artículo 17 de la Ley 03 de 1986, y llega a concluir, en síntesis, que en una simple confrontación de los respectivos textos escritos no es perceptible, *prima facie,* la violación alegada, mientras que por el contrario halla en las actuaciones del contralor departamental un ejercicio normal del control fiscal "...con miras a dar mejor organización a las funciones que le han sido encomendadas sin que pueda decirse, con absoluta certeza, que está directamente interviniendo en actos que competen a otras autoridades departamentales..."

De otra parte, se abstiene de estimar el oficio número 0967 del 14 de mayo de 1986, suscrito por el mismo contralor, por considerar "...que dicho acto no ha sido atacado por el actor en la demanda...", no obstante obrar copia del mentado oficio y aparecer relacionado y controvertido en siete folios distintos del libelo.

Transcribió así el actor los actos acusados:

"Artículo 4º Toda erogación con cargo al Tesoro de la Caja de Previsión Social del Quindío, ya sea de Fondos Comunes, Fondos Pensionados, Fondos Cesantías, o cualquier otro fondo de Destinación Especial o Caja Menor, deberá ser previamente refrendado por la Auditoría de Colegios y Entidades".

"Parágrafo 1. *Las órdenes de suministro,* de Trabajo y/o de publicidad, deberán ser previamente *refrendadas* por la Auditoría de Colegios y Entidades".

"Parágrafo 2. ..... ..... ..... ..... ..... ..... ....."

"Artículo 5º Para garantizar un eficiente ejercicio del control fiscal sobre los diversos fondos, se restablece la firma del Auditor en los cheques girados por la Entidad".

"Artículo 6º Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior, el Auditor de Colegios y Entidades de Armenia, firmará conjuntamente con los funcionarios designados por la Caja de Previsión, todos los cheques que deban girarse para la buena marcha de la Entidad".

"Artículo 7º Para la firma de cualquier cheque deberá verificarse en el Libro de Bancos respectivo la disponibilidad a efceto de que no se gire sobre saldos inexistentes o en exceso de saldos disponibles" (sic).

Del mismo modo, el Oficio 0967 de 1986:

"Señores

"Banco de Occidente

"Armenia.

"Me permito comunicarles que el señor Rubén Darío García Rodríguez, Auditor de la Contraloría General del Departamento ante Entidades y Colegios, *quien actuará como tercer girador,* está autorizado por este despacho para llevar a cabo el registro de su firma en la cuenta corriente número 031-01672-8 *'Fondos comunes - Caprequindío' y a girar* sobre ella".

"Lo anterior, dando cumplimiento a la Resolución Reglamentaria número 025 de mayo 13 de 1986, emanada de esta Contraloría".

Y las disposiciones violadas:

"Artículo 17. *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".* (Las subrayas son del libelista).

*II. La sustentación de alzada*

Se resume en que, a juicio del actor, el contralor departamental quebrantó prohibiciones expresas de la Ley 03 de 1986, al ordenar que funcionarios de la contraloría ejecutaran actos netamente administrativos, como la refrendación de operaciones internas de la Caja de Previsión Social del Quindío y el giro de cheques sobre fondos propios de la misma entidad, dentro de una inadmisible modalidad de "coadministración", según dice, ya que sólo el gerente de esa institución dispone de facultades para ordenar su gasto público, además de que el "tercer girador", o sea, el auditor de la contraloría, tendría que actuar como un verdadero responsable de manejo pero sin garantía alguna y vendría a ser fiscal de sus propios actos.

*III. Las consideraciones de la Sala*

En multitud de decisiones se ha pronunciado esta corporación acerca de la naturaleza y limitaciones del control fiscal, cuyo antiguo origen legal y constitucional tendría que haber dado un margen suficientemente amplio para su cabal comprensión.

Mas como lo que aquí se ventila es si se ha acertado, o no, en la denegación de la medida provisoria, se deben eludir la profundidad en el análisis y las digresiones en torno de los hechos, conforme a otra reiterada jurisprudencia, y limitar el estudio de los actos atacados y de las normas violadas a la "sencilla comparación" que prescribe el artículo 152 del C.C.A.

Pues bien, si el texto del artículo 17 de la Ley 3 de 1986 es claro en cuanto a que la intervención "en la formación y elaboración de los actos que corresponde expedir a otras autoridades departamentales" está vedada a las contralorías, por tratarse de funciones típicamente administrativas, y es notorio para la sala que la "refrendación" de erogaciones y órdenes de suministro, trabajo o publicidad y el giro de cheques son actos administrativos, percíbese, a primera vista que la resolución acusada al disponer que sean funcionarios de la contraloría departamental quienes los realicen o ejecuten, en una entidad diferente de la propia contraloría, dista de haberse limitado a proveer sobre simples operaciones de control previo o perceptivo, para ordenar una intervención directa y prácticamente discrecional que se concreta a la "formación y elaboración" de tales actos, de donde surge la manifiesta violación de los preceptos señalados por el actor: repetidamente ha explicado el Consejo de Estado que la función de una Contraloría es ejercer la vigilancia fiscal; y que en razón de ella puede incluso vetar la celebración de negocios jurídicos que estime ilegales, v. gr., por carecer la entidad vigilada de la partida presupuestal necesaria; pero que en forma alguna puede convertirse la Contraloría en dependencia pagadora de la vigilancia ni en coautora (así sea con el nombre de "refrendadora") de los negocios jurídicos de la entidad fiscalizadora.

No fue, pues, bien denegada por el tribunal la suspensión provisional; como no fue acertado decir que el oficio de instrucciones de la

contraloría al banco donde tiene su cuenta corriente la institución fiscalizadora no hubiera sido demandado, si tal comunicación aparece en la relación de actos acusados, se reproduce en copia autenticada y en el libelo se explican los correspondientes cargos en su contra (fols. 1, 2, 4, 10, 12, 13 y 14).

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

*Resuelve:*

Revócase el párrafo final, parte resolutiva, del auto apelado y en su lugar se dispone:

Suspéndense provisionalmente los artículos 4º, inciso 1º, parágrafos 1º, 5º, 6º y 7º de la Resolución número 025 de fecha 13 de mayo de 1986, expedida por la Contraloría General del Departamento del Quindío.

Suspéndese provisionalmente, asimismo, el oficio número 0967 de 14 de mayo de 1986, suscrito por el señor contralor general del citado departamento.

Ejecutoriada la presente providencia, vuelvan los autos al Tribunal de origen. Notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

*Samuel Buitrago Hurtado, Guillermo Benavides Melo, Simón Rodríguez Rodríguez, Miguel Betancourt Rey.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

# TITULO III

## ORDEN MUNICIPAL

## CAPITULO I

### ACTOS DE LOS ALCALDES

*ALCALDES MUNICIPALES. Reglamentos secundarios.*

*REGLAMENTOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS.*

*(Artículo 9º del Código Nacional de Policía). Contempla la disposición los llamados reglamentos primarios que son de competencia exclusiva de las Asambleas y Concejos y, por oposición de los secundarios, que pueden dictar los gobernadores y los alcaldes, mas sólo para lograr la cabal aplicación de los primeros, a los cuales por ende deben estar subordinados, sin que puedan desnaturalizar la índole de su contenido.*

*Declárase la nulidad del Decreto 071 de 27 de marzo de 1984 dictado por el Alcalde del Municipio de Cúcuta "Por el cual se congela la expedición de licencias de funcionamiento a ciertos juegos permitidos".*

*ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. Reglamentos primarios.*

*CONCEJOS MUNICIPALES. Reglamentos primarios.*

*GOBERNADORES. Reglamentos secundarios.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Primera.* — Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Samuel Buitrago Hurtado.*

Proyectó: Doctor Nelson Zuluaga Ramírez. Magistrado Auxiliar.

Referencia: Expediente Nº 194. Actor: Elías Jaimes Castillo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Elías Jaimes Castillo en este proceso sobre nulidad del Decreto número 071 de 27 de marzo de 1984 dictado por el Alcalde Municipal de Cúcuta, contra la sentencia de febrero 17 de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Departamento Norte de Santander.

*Antecedentes:*

En libelo presentado el 28 de junio de 1985, solicitó el mencionado demandante, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 84 del C.C.A., la declaratoria de nulidad del Decreto número 071 de 27 de marzo de 1984, por el cual el Alcalde Municipal de Cúcuta dispuso textualmente:

"Artículo Primero. Congélase la expedición de licencias de funcionamiento a juegos permitidos, como Bingos, Loterías, de precisión,

juegos de maquinitas electrónicas, en toda el área del Municipio de Cúcuta.

"Artículo Segundo. Esta congelación rige a partir de la fecha de expedición y publicación del presente decreto.

"Artículo Tercero. El Concejo y el Ejecutivo considerarán la oportunidad para levantar esta medida, cuando el desajuste económico y social que vive la región lo permitan".

Refiere el demandante que el Alcalde del Municipio de Cúcuta basándose en consideraciones de tipo monetario, que afectaron desfavorablemente la economía de las regiones fronterizas con Venezuela, profirió el acto acusado, no obstante carecer de "competencia alguna para ordenar la suspensión de la tramitación de licencias de funcionamiento de juegos permitidos".

Como normas violadas se citan:

"1. Constitución Política de Colombia, artículos 2, 16, 17, 20, 30, 32, 76 ordinales 1 y 2 y el 187-9.

"2. Decreto 1355 de 1970, artículos 1, 2, 5, 6, 7 y 9 inciso único, 103 y 108.

"3. Ley 58 de 1982, artículo 3.

"4. Decreto 01 de 1984, artículos 2, 3, 6 y 7.

"5. Ordenanza número 82 de 1962, Código de Policía del Departamento Norte de Santander, en sus artículos 188, 189 y 190".

El concepto de la violación de las normas constitucionales lo plantea en los términos que se transcriben:

"Al dictar el decreto acusado, por el cual suspende la tramitación de licencias de funcionamiento de juegos permitidos, el Alcalde de Cúcuta vulneró en forma ostensible, frontal, el artículo 2 en cuanto nuestra Constitución señala que los poderes públicos se ejercerán en los términos que el estatuto fundamental prescribe: el 16, en cuanto las autoridades están instituidas para asegurar la protección a la propiedad privada, entre otros fines, y no para impedir su goce y porque además viola la igualdad de las personas privadas ante la ley al permitir el funcionamiento de establecimientos para explotar los juegos no prohibidos e impedir el funcionamiento de otros; de contera desconoce el derecho a trabajar de quienes deseen dedicarse a esta actividad de los juegos permitidos (art. 17), se hace acreedor a la responsabilidad por extralimitación en el ejercicio de sus funciones públicas que corresponde al Alcalde (art. 20); se impide el uso y goce en establecimiento público de la propiedad de artículos o bienes que constituyan juegos permitidos (art. 30); se hace írrito el canon (art. 30) que garantiza la libertad de empresa y la iniciativa privada y se usurpa la competencia que para dictar los reglamentos de Policía tiene el Congreso (artículo 76, ordinales 1, 2, 24) y al que subsidiariamente, para completar, tienen las Asambleas (art. 187-9)".

En desarrollo del concepto de la violación de las normas legales, sigue exponiendo:

"Desconoce lo preceptuado en el Código Nacional de Policía, pues la policía y las normas de policía tienen como objetivo asegurar y no impedir el ejercicio de los derechos, como el de explotar negocios dedicados a los juegos permitidos; porque la policía y sus normas sólo tienen como objeto la 'prevención y la eliminación de las perturbaciones' a la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad pública, ninguna de cuyas causas se da en la norma acusada de ilegalidad (arts. 1 y 2, Decreto 1355/70) porque 'las normas y los servicios de policía son medios para prevenir la infracción penal', conforme lo señala textualmente el artículo 5 y no para impedir el ejercicio de actividades lícitas. Y además, porque, conforme lo dispone el artículo 6 *ibídem*, 'ninguna actividad de policía puede contrariar a quien ejerza su derecho sino a quien abuse de él'. Conforme al inciso único del artículo 9, los alcaldes no pueden expedir normas de conducta no contenidas en las ordenanzas o acuerdos".

Dice finalmente: "Por último, desconoció el decreto del Alcalde examinado lo establecido para el otorgamiento de permisos por el Código de Policía de Norte de Santander —Ordenanza número 82 de 1962— en los artículos 188, 189 y 190 en cuanto disponen que, llenados ciertos requisitos, las autorizaciones de funcionamiento deben otorgarse y no negarse o suspenderse".

Puso el Tribunal fin a la primera instancia con su sentencia de febrero 17 del año en curso, denegatoria de las súplicas de la demanda, pues en su sentir los artículos 19 y 20 del Código de Policía de Norte de Santander facultaban al Alcalde para una determinación como la tomada en el acto acusado.

*Concepto fiscal*

Concluye el señor Fiscal Primero de la Corporación en su concepto de fondo que "el acto acusado viola algunas de las normas invocadas por el actor, inclusive el artículo 187 numeral 9 de la Constitución, que hacen que ella sea anulada", conclusión que apoya en las razones que se transcriben:

"En efecto, la sentencia fundamenta su aserto, en normas de un nuevo Código de Policía cuya prueba no aparece en el plenario; pero aún en el evento de que así fuera, las normas aludidas no son de recibo, puesto que ellas se refieren a casos concretos, es decir, a permisos o licencias otorgadas. Es un error de interpretación del *a quo*, que debe corregirse, además, la sentencia no analiza los otros cargos imputados al acto acusado, como la violación del artículo 20 de la Carta y aún el mismo artículo 187 número 9 *ibídem*, y los artículos del Decreto-ley 1355 de 1970, sino que dando por sentado la interpretación que de las normas del nuevo Código de Policía, descartó los demás cargos.

"Es evidente que las autoridades sólo pueden hacer aquello que legal o reglamentariamente les está permitido, en desarrollo de la norma 20 de la Ley de Leyes; su inobservancia está catalogada doctrinaria y jurisprudencialmente como extralimitación de funciones, que fue precisamente lo que cometió el Alcalde de Cúcuta al expedir el decreto impugnado, por más loable que fuera su accionar.

"Debe precisarse que los artículos 19 y 20 del Decreto 401 de 1985 (Código de Policía) se refieren en su orden a las CAUSALES DE CADUCIDAD y a la SUSPENSION O CANCELACION de permisos o licencis ya otorgadas, mas no dan capacidad o competencia al Alcalde para expedir actos como el que se acusa, teniendo en cuenta que el Código Nacional de Policía (Decreto 1355/70) en sus artículos 41 a 18 consagra lo concerniente a los permisos..."

*Para resolver se considera:*

Como lo anota el colaborador fiscal en su concepto de fondo, el fallador de primera instancia se limitó a deducir la legitimidad del acto acusado a través del contenido de los artículos 19 y 20 del nuevo Código de Policía de Norte de Santander, cuyos textos transcribe a folio 32 del fallo, sin acometer el estudio de las restantes normas que se denuncian como infringidas.

Más aún partiendo del enfoque unilateral llevado a cabo por el Tribunal, y la transcripción que hace de los artículos 1 y 20 del nuevo Código de Policía de Norte de Santander que no se trajo a los autos dichas disposiciones es fácil concluir que las disposiciones policivas transcritas en manera alguna facultaban al Alcalde de Cúcuta para adoptar la determinación acusada. Así, el artículo 19 relaciona cuatro causales de "caducidad" del permiso, de carácter estrictamente individual, esto es, para tomar en consideración en cada caso determinado, lo cual no guarda relación alguna con la medida general, indiscriminada e indefinida de "congelación" de expedición de licencias dispuesta en el decreto demandado. Y el artículo 20 subsiguiente dispone que en el evento del numeral cuarto, de "alteración del orden público o la necesidad urgente de proteger el interés general", el permiso será suspendido por el "término necesario". Se trata también en este último evento de una decisión que en cada caso particular debe adoptar la autoridad encargada del estudio y concesión del permiso solicitado. No tiene pues aquí cabida la máxima traída erróneamente a colación por el *a quo* de que "quien puede lo más puede lo menos", por cuanto "lo menos" es precisamente lo autorizado por el Código de Policía regional (medida de índole individual), y "lo más" la decisión de carácter general impugnada.

Tampoco es correcta la aseveración del fallador de primer grado en el sentido de que los artículos 16, 17 y 18 del Código Nacional de Policía "dejaron abiertas" las posibilidades de reglamentación por parte de la policía local de la materia de que se trata. Estas disposiciones para nada se refieren a esta cuestión, pues sólo hablan de los requisitos de la solicitud de permisos, funcionario que debe conocer de él y revocación. Se trata por consiguiente aquí de medidas particulares y concretas y en manera alguna de reglamentaciones generales y abstractas. La posibilidad de reglamentación por parte de las autoridades de policía está prevista exclusivamente en el artículo 9º del Código Nacional de Policía, que se denuncia como infringido, norma que es del siguiente tenor:

"Cuando las disposiciones de las asambleas departamentales y de los concejos sobre policía necesiten alguna precisión para aplicar-

las, los gobernadores y alcaldes podrán dictar reglamentos con ese solo fin.

"Por tanto no podrán expedir normas de conducta no contenidas en las ordenanzas o en los acuerdos".

Contempla pues la disposición transcrita los llamados reglamentos primarios que son de competencia exclusiva de las Asambleas y de los Concejos y, por oposición de los secundarios, que pueden dictar los gobernadores y los alcaldes, mas sólo para lograr la cabal aplicación de los primeros, a los cuales por ende deben estar subordinados, sin que puedan desnaturalizar la índole de su contenido.

Así las cosas, el supuesto "reglamento" de que trata el decreto acusado, lejos de tender a la efectividad de disposiciones policivas de rango superior que requieran precisión, lo que persigue es el efecto contrario, es decir, su postergación indefinida, vale decir su inaplicación, pues a no otra cosa equivale la "congelación" de la expedición de licencias.

Como quiera que en tales condiciones el acto acusado incurre en palpable quebranto de la norma superior en estudio, la contenida en el artículo 9º del Decreto-ley 1355 de 1970, habrá de declararse su nulidad, lo que impone la revocación del fallo apelado que otra cosa decidió.

En virtud 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 Agente del Ministerio Público y de acuerdo con sus conclusiones,

*Falla:*

1º REVOCASE en todas sus partes la sentencia de febrero 17 de 1986 dictada en este negocio por el Tribunal Administrativo del Departamento Norte de Santander.

2º DECLARASE la nulidad del Decreto numero 071 de 27 de marzo de 1984 dictado por el Alcalde del Municipio de Cúcuta "Por el cual se congela la expedición de licencias de funcionamiento a ciertos juegos permitidos".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 24 de noviembre de 1986.

*Simón Rodríguez Rodríguez, Samuel Buitrago Hurtado, Miguel Betancourt Rey, Guillermo Benavides Melo.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*AGOTAMIENTO DE JURISDICCION.*

*COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN UNICA INSTANCIA. "ASUNTOS PETROLEROS O MINEROS", artículo 128 ordinal 11 del Decreto 01 de 1984.*

*1º ¿A qué asuntos debe limitarse esa competencia?*

*2º Rectificación del Doctor Jorge Valencia Arango a la tesis por él afirmada, contenida en la providencia de octubre 3 de 1985. Expediente número 4691. Sección 3ª (Publicada en Extractos 1985. Pág. 711).*

*3º Tradicionalmente se ha entendido que tales controversias son aquellas en que EL OBJETO DE LAS MISMAS SEA LA PROPIEDAD PETROLERA Y, DESDE LUEGO, QUE SEA PARTE DE LA NACION.*

*No es, pues, suficiente que indirectamente se encuentre relación entre la controversia y el petróleo, pues generalizando, en esta forma, se atraerían todos los juicios de distinta naturaleza laboral, comercial, civil, etc., que pudieran presentarse entre las empresas privadas explotadoras o exportadoras de petróleo y otras particulares.*

*TRANSACCION. ALLANAMIENTO DE LA DEMANDA (art. 218 C.C.A. Decreto 01 de 1984).*

*1º Protección para las entidades administrativas.*

*2º Efectos: "RES JUDICATA".*

*AGOTAMIENTO DE JURISDICCION.*

*TRANSACCION. Allanamiento de la demanda (Artículo 218 del Decreto 01 de 1984).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº 5011. Actor: Elf Aquitaine Colombie S. A.

La sociedad ELF AQUITAINE COLOMBIE S. A., sucursal colombiana de la principal domiciliada en Tour Aquitaine, Francia, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, formuló demanda contra el Municipio de Paz de Ariporo, ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, a efecto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que es nula la resolución fechada y suscrita el 28 de junio de 1984 por el Alcalde de Paz de Ariporo, Luis Orlando Sánchez O., por medio de la cual resuelve":

*"Primero.* Acepta en todas y cada una de sus partes la petición que han elevado los doctores Juan Vicente Mariño Abril y José Francisco Tovar Macías, por venir ajustada a la ley".

*"Segundo.* Para el pago de la obligación descrita en la providencia calendada de diciembre nueve (9) de 1983 dictada por este despacho, se concede a la Compañía Minera ELF AQUITAINE COLOMBIE S. A., un plazo prudencial de ocho (8) días, que en caso de incumplimiento será afectada con multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía hasta por UN MILLON DE PESOS ($ 1.000.000.00), según resolución debidamente motivada y de acuerdo a la ley".

*"Tercero.* Para notificar legalmente a las partes de esta providencia, procédase conforme a lo dispuesto por el artículo 44 del Decreto número 1 de 1984 (nuevo Código Contencioso Administrativo)".

*"Cuarto.* Contra la presente providencia no cabrá ningún recurso (Título II, Capítulo I, art. 49 del nuevo Código Contencioso Administrativo)".

"2. Que es además nulo el acto preparatorio o de trámite denominado "CITACION" de fecha agosto 27 de 1984 suscrito por el Secretario de la misma Alcaldía y recibido por ELF AQUITAINE COLOMBIE S. A. el 17 de septiembre de 1984, que reza":

*"Citación":*

"La Alcaldía del Circuito de Paz de Ariporo (Casanare), de conformidad con los artículos 14 y 16 del Código Contencioso Administrativo y ante solicitud de partes interesadas cita a la Empresa ELF AQUITAINE COLOMBIE S. A., por medio de su representante legal, para que se haga presente por sí mismo o por medio de apoderado, frente a solicitud de los doctores Juan Vicente Mariño Abril y José Francisco Tovar Macías, en la cual asisten en aplicación del artículo 65 del Código Contencioso Administrativo, y piden conforme al artículo 94 del Código de Petróleos, no darle facultad a la empresa petrolera, ordenando la suspensión de labores mientras no cumpla la obligación impuesta por esta misma Alcaldía de pagar indemnización".

"3. Que se condene al Municipio al pago del daño" (fols. 28 y 29 C. 1).

a) Se trata de la controversia surgida entre la Sociedad demandante y los dueños o poseedores de los predios "Punta de Garza", "El Porvenir" y "La Pastora", por razón de la cuantía de las indemnizaciones por ocupación, con ocasión de los pozos petroleros Caño Garza 1 y 2 y Caño Garza Norte, que ante la falta de acuerdo entre las partes, la Alcaldía Municipal de Paz de Ariporo, ordenó citar a la demandante, le señaló plazo para pagar el monto de las indemnizaciones señaladas y ordenó la suspensión de las labores adelantadas por la misma compañía.

b) Cuando avanzaba el trámite de la instancia, las partes, la sociedad demandante y los particulares demandados Walter Adelmo Dalel Barón, Cipriana Benavídez Vda. de Castillo y Jorge Tulio Castillo Barón, por medio de sus respectivos apoderados, solicitaron del Tribunal la terminación del proceso, por transacción, y acompañaron copia auténtica de la escritura pública número 0275 de 14 de marzo de 1986 en que constan los términos de la aludida transacción, sobre las sumas acordadas por la ocupación y las indemnizaciones que pudieran dar lugar en relación con los predios a que se contrae el juicio.

c) El *a quo,* por providencia de abril 16 de 1986 no accedió a decretar la terminación del proceso, con las siguientes consideraciones:

"Estudiado el expediente se ha encontrado que la entidad demandada directamente lo es el Municipio de Paz de Ariporo, representado por el señor Alcalde Municipal, quien no figura ni suscribiendo la escritura mencionada ni el memorial mediante el cual se pide se acepte la transacción, ni por sí mismo ni por intermedio del apoderado del Municipio facultado para ello, si ésta fuere posible; esto quiere decir que no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 218 del C.C.A., que es la norma aplicable, razón por la cual no se terminará el proceso por transacción, para continuar su trámite legal" (fl. 299, C. 1).

d) Posteriormente el Tribunal, con transcripción parcial de una decisión de esta Corporación en un caso igual, declaró la nulidad de todo lo actuado, incluido el auto admisorio de la demanda, por falta de competencia y ordenó enviar el expediente a esta Superioridad.

Dijo el *a quo:*

"Al realizar el estudio correspondiente del presente proceso con el ánimo de pronunciar la decisión correspondiente, la Sala ha tenido conocimiento de la providencia calendada tres de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, pronunciada por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, siendo Magistrado ponente el Doctor Julio César Uribe Acosta, pronunciada en el proceso radicado bajo el número 4691 de esta Superioridad, expediente en el cual se tramitaba un recurso de apelación contra el auto dictado por ésta Corporación, suspendiendo provisionalmente actos pronunciados por el señor Alcalde Municipal de Paz de Ariporo sobre asuntos de exploración y explotación de petróleos".

"En la mencionada providencia dijo en la parte pertinente el H. Consejo de Estado: '...Por eso en el numeral 11 del artículo 128 del C.C.A. se habla genéricamente de «ASUNTOS PETROLEROS O MINEROS» y no se limita la competencia a unos pocos casos para encuadarla dentro de lo taxativo. Ello explica que los abusos que los funcionarios puedan cometer «contra una compañía minera o petrolera (desde Caño Limón hasta El Cerrejón) dados los contratos de asociación existentes entre dichas compañías y la Nación colombiana», para utilizar la misma fraseología del apoderado opositor al recurso, conozca el Consejo de Estado lo que explica en razón de la materia, y no en función de análisis de conducta del funcionarios que en un momento dado actúa o procede, con competencia o sin ella' ".

"En el caso presente ocurre exactamente lo mismo, el origen del acto acusado lo es el incumplimiento en el pago de una indemnización a cargo de la empresa demandante la 'Elf Aquitaine Colombié S. A.' en beneficio de unos poseedores de terrenos baldíos, por exploración y explotación del petróleo".

"Lo anterior nos indica que la competencia se establece conforme al numeral 11 del artículo 128 del Decreto 01 de 1984, vigente ya para la fecha de presentación de la demanda, esto es, que de tales asuntos conoce el H. Consejo de Estado en única instancia".

"Como equivocadamente se admitió la demanda y se tramitó el proceso en este Tribunal, se incurrió en la causal de nulidad tipificada en el numeral 2º del artículo 152 del C. de P. C., aplicable en esta jurisdicción, la que resulta insaneable en razón de la materia, en consecuencia debe declararse de plano la nulidad de todo lo actuado a partir inclusive del auto admisorio de la demanda el cual lleva fecha 14 de noviembre de 1984, para en su lugar declararse incompetente este Tribunal y por lo dicho remitirlo al H. Consejo de Estado por competencia, aplicando para el efecto el artículo 143 inciso 3º del C. C. A." (fls. 301 y 302, C. 1).

Y la providencia de esta Sala a la cual se refiere el *a quo*, dijo:

"a) Es cuestionable que la problemática jurídica que se debate en el presente proceso tiene su origen en el contrato que tiene por objeto '...la exploración del área contratada y la explotación del petróleo de propiedad Nacional que puede encontrarse...' en '...el Departamento del Meta y en la Intendencia del Casanare...', suscrito entre la Empresa Colombiana de Petróleos, 'ECOPETROL', y las compañías AQUITAINE COLOMBIE S. A., CHEVRON PETROLEUM COMPANY OF COLOMBIA y LL. & E. COLOMBIA INC., el día siete (7) de junio de mil novecientos setenta y ocho (1978)".

"Lo anterior explica que el apoderado de la primera de las firmas citadas hubiese solicitado el día veinticinco (25) de agosto de mil novecientos ochenta y tres (1983), al señor Alcalde Municipal de Paz de Ariporo, '...que mediante designación de peritos se establezca el monto de la indemnización a que tienen derecho los propietarios o poseedores de los predios denominados Hato Punta de Garza y Fundación El Porvenir - La Pastora con ocasión de los trabajos de exploración y explotación de los pozos Caño Garza 1 y 2 y Caño Garza Norte, la construcción del oleoducto Caño Garza Araguaney así como las carreteras de acceso por parte de ELF AQUITAINE COLOMBIE S. A....' (ver solicitud cuaderno número 1, folio 38)".

"b) Dentro del marco precisado en el literal anterior es claro que la competencia para conocer de la controversia corresponde en única instancia al Consejo de Estado y no al Tribunal Administrativo de Boyacá. Así lo preceptúa el artículo 128, numeral 11 del C.C.A., cuando consagra":

"Artículo 128. En única instancia. El Consejo de Estado, en la Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia":

"11. De los que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación o una entidad territorial descentralizada".

"En este particular le asiste la razón a los apelantes cuando en la sustentación del recurso afirman":

"'2. Si por vía de discusión se aceptara el que las providencias acusadas ante el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, fueran susceptibles de control administrativo en el caso que nos ocupa, tampoco se puede pasar por alto en forma por demás ligera, lo expresamente preceptuado por el numeral 1 del artículo 128 del C.C.A., que le atribuye COMPETENCIA EN UNICA INSTANCIA al H. Consejo de Estado para asuntos petroleros... El asunto que nos ocupa, lo configura estrictamente una cuestión petrolera, en la cual está siendo parte obligada el Municipio de Paz de Ariporo (Casanare), y además, ECOPETROL en razón del contrato de asociación que en representación del Estado colombiano, han celebrado con la compañía extranjera ELF AQUITAINE COLOMBIE S. A. Luego, con fundamento en la norma transcrita, la competencia en única instancia sería del H. Consejo de Estado, y en consecuencia, la actuación surtida ante el H. Tribunal Administrativo de Boyacá, sería nula por falta de competencia de él, y *debería declararse tal nulidad, como efectivamente lo peticiono por este escrito, en subsidio*' (cuaderno 1, folio subrayó la Sala)".

"c) La Sala comparte el enfoque que sobre el aspecto jurídico anterior hace el apoderado de la Compañía ELF AQUITAINE COLOMBIE S. A. cuando predica que en el caso en comento '...no se trata de una controversia entre la petrolera y la entidad territorial relativa a la exploración y explotación de los petróleos dentro del Municipio de Paz de Ariporo o dentro de las propiedades Municipales. Se demanda el Municipio —agrega— para que responda de una vía de hecho de su agente, justamente por conocer de un asunto petrolero que estaba excluido de su conocimiento; pero no se demanda al Municipio COMO PARTE en ese asunto petrolero. En otras palabras, se ataca el acto administrativo pronunciado por la autoridad municipal pero no en concreto el hecho mismo de la indemnización o servidumbre petrolera, cuyos interesados son personas particulares' (cuaderno 1, fol. 674)".

"Esta forma de parcelar el alcance de las controversias, para ver los árboles pero no el bosque, es inteligente pero no de recibo pues el legislador no limitó el ámbito de competencia en la materia. Por eso en el numeral 11 del artículo 128 del C.C.A., se habla genéricamente de 'ASUNTOS PETROLEROS O MINEROS' y no se limita la competencia a unos pocos casos para encuadrarla dentro de lo taxativo. Ello explica que de los abusos que los funcionarios puedan cometer 'contra una compañía minera o petrolera (desde Caño Limón hasta El Cerrejón) dados los contratos de asociación existentes entre dichas compañías y la Nación colombiana', para utilizar la misma fraseología del apoderado opositor al recurso, conozca el Consejo de Estado lo que se explica en razón de la materia, y no en función del análisis de conducta del funcionario que en un momento dado actúa o procede, con competencia o sin ella".

"d) Las definiciones anteriores explican que la Sala se declare inhibida para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la

providencia que despachó favorablemente la solicitud de suspensión provisional, pues careciendo de competencia el *a quo*, y correspondiendo ella al Consejo de Estado, se tipifica una causal de nulidad que no puede ser declarada en este caso por el *ad quem*, por tratarse de la apelación de un auto, lo que lleva a concluir que el recurso no estuvo bien otorgado y que debe devolverse el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá para que decida sobre ella. Por lo demás, tal declaratoria de nulidad ha sido solicitada en esta instancia por el apoderado de los apelantes. En esta materia el Doctor Hernando Devis Echandía enseña":

" 'Cuando se trate de apelación de autos, como la competencia del superior se limita a la revisión por el *a quo* en ese auto, no podrá aquel declarar la nulidad que advierta, pero si tal auto y el que otorgó la apelación quedaron viciados por la nulidad, el recurso no estará bien otorgado y deberá devolverse el expediente al *a quo* para que resuelva sobre dicha nulidad (véase numeral 115); así se evita la pérdida de tiempo, dinero y trabajo adelantando un trámite que seguiría afectado por la nulidad' (Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. El Proceso Civil. Volumen Primero. Parte General. Quinta Edición. Editorial Panamericana. 1982, pág. 255)". (Auto de octubre tres de 1985, Exp. número 4691, Actor: Yves Philardeau; Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta).

e) El suscrito Consejero reconoce que la providencia de 3 de octubre de 1985, expediente 4691, proferida por esta Sección, lleva su firma, pero no tiene reato en aceptar, realizado un nuevo estudio, que ella está equivocada.

1) Conforme al artículo 128, ordinal 2º, el Consejo de Estado conoce, en única instancia, de la nulidad absoluta de los contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por entidades del orden nacional.

Por excepción clara, expresa e indiscutible, los únicos procesos contractuales de los que conoce el Consejo de Estado en única instancia, son aquellos en que se demuestre la nulidad absoluta de un contrato celebrado por entidades del orden nacional.

De las restantes controversias contractuales conocerán en única o primera instancia los Tribunales Administrativos conforme a los artículos 131, ordinales 7º y 8º del C.C.A.

2) De los juicios por restablecimiento del derecho, según los artículos 131 y 132 del mismo estatuto, conocen en única o primera instancia los Tribunales Administrativos.

3) El ordinal 11 del artículo 128 del mismo Código, entrega al Consejo de Estado el conocimiento de los juicios que se promuevan sobre asuntos petroleros o mineros en que sea parte la Nación o una entidad territorial o descentralizada, repitiendo, al respecto, la innovación que trajo el Decreto-ley 528 de 1964, artículo 30, ordinal 1º literal c) y que hasta entonces correspondía a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Pero tradicionalmente se ha entendido que tales controversias son aquellas en que el objeto de las mismas sea la propiedad petrolera y, desde luego, que sea parte la Nación.

No es, pues, suficiente que indirectamente se encuentre relación entre la controversia y el petróleo, pues generalizando en esta forma, se atraerían todos los juicios de distinta naturaleza, laboral, comercial, civil, etc., que pudieran presentarse entre las empresas privadas exploradoras o explotadoras de petróleo y otros particulares.

f) Lo anterior es suficiente para llegar a la conclusión de que la competencia no está radicada en esta Corporación.

Pero no es el caso de investigar si esta clase de controversias corresponden a la justicia ordinaria o a los Tribunales Administrativos por cuanto en el asunto *sub lite*, lo que se aprecia es falta absoluta de jurisdicción.

g) En efecto, obra en autos copia auténtica de la escritura pública, en la cual se formalizó la transacción sobre el valor de las indemnizaciones por la ocupación y daños, entre la sociedad demandante y los particulares dueños o poseedores de los respectivos predios.

Ciertamente no aparece autorizada por ninguna autoridad, porque ello era imposible, la Administración no es parte en la relación de crédito afirmada entre los particulares con motivo de los daños a la propiedad inmueble, ni comparece en el contrato de transacción, ni se obliga a algo por lo que su presencia o aquiescencia es irrelevante jurídicamente.

La exigencia del artículo 218 del C.C.A., debe entenderse vigente cuando la Administración mediante la transacción, resulta obligada, caso en el cual la tutela del representante legal o constitucional resulta imprescindible como medida de protección a las entidades administrativas, pero en casos como el presente, en que la controversia por los intereses económicos es entre particulares y sólo a falta de acuerdo la ley prevé la intervención supletoria del Alcalde o del Juez, en cualquier momento en que desaparezca el desacuerdo entre los interesados, desaparece la intervención oficial.

Y como la transacción produce el "efecto de cosa juzgada en última instancia" a tenor del artículo 2483 del C. C. y la cosa juzgada *"res judicata"* comporta el agotamiento de la jurisdicción del Estado, frente a ella redunda hablar de competencia, pues lo que se presenta, es falta absoluta de jurisdicción por agotamiento.

Por lo expuesto, SE RESUELVE:

Primero. NO ES ADMISIBLE la demanda de que se ha hecho mérito por agotamiento de la jurisdicción del Estado.

Segundo. Envíese copia de esta providencia al Tribunal Administrativo de Boyacá.

Tercero. ARCHIVESE el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

# CAPITULO II

## ACTOS DE LOS CONCEJOS

*CARGO CON PERIODO FIJO. ESTABILIDAD.*

*Debe ser respetada por la persona o entidad nominadora. La afirmación anterior no significa en modo alguno que la administración tenga que tolerar a un empleado que no reune las condiciones morales y de idoneidad para el ejercicio del cargo, ya que en el ordenamiento se encuentran correctivos que permiten soluciones adecuadas a este respecto.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., veintiséis de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Proyectó: Doctor Antonio José Arciniegas A. Abogado Asistente.

Referencia: Expediente Nº 128. Consulta Sentencia. Actora: María Eugenia Adarve Muñoz.

Para que se surta el grado de consulta ha subido a esta Corporación la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 1º de noviembre de 1985, por la cual se falló el proceso instaurado, mediante apoderado, por María Eugenia Adarve Muñoz.

La actora, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda contra el Municipio de Envigado para pedir lo siguiente:

"*Primera.* Que se declare la nulidad de la Resolución número 004, de abril 17 de 1984, proferida por el Concejo Municipal de Envigado, en sus artículos 1º y 2º, en cuanto se destituye a la Doctora María Eugenia Adarve Muñoz, del cargo de Secretaria del Concejo Municipal, y se encarga de ese Despacho al señor Honorio Upegui Velásquez.

"Igualmente, que se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual el Concejo eligió a la señora Mariela Agudelo de Cañas, como Secretaria de la Corporación, decisión contenida en el Acta número 007, página 12, de abril 25 del año en curso, quien actualmente está en ejercicio del cargo.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la nulidad de los actos expresados, se ordene establecer en su derecho a la Doctora Adarve, mediante el reintegro al cargo del cual fue removida ilegalmente, hasta la terminación de su período.

"*Tercera.* Que, igualmente, para efectos del restablecimiento de su derecho, se condene al Municipio de Envigado a pagarle a la Doctora María Eugenia Adarve Muñoz, los sueldos y prestaciones legales y extralegales, con los aumentos que se produjeren durante su separación del cargo, desde el 23 de abril del año en curso, fecha de su desvinculación, hasta su reintegro al cargo o hasta el vencimiento de su período legal, esto es, hasta octubre 31 de 1984.

"*Cuarta.* Que se declare que el tiempo que haya estado desvinculada de su cargo, en virtud de su remoción ilegal, no constituye solución de continuidad en el servicio, para efectos de sus prestaciones legales y extralegales" (fols. 44-45).

En la demanda se presentan como hechos fundamentales de la acción, los siguientes:

"1. El Concejo Municipal de Envigado, mediante Resolución número 001 de noviembre 1º de 1982, nombró en propiedad a la Doctora María Eugenia Adarve Muñoz, para el cargo de Secretaria de la Corporación, para el período legal 1982-1984.

"2. La Doctora Adarve Muñoz, según consta en el acta respectiva, tomó posesión de su cargo, ante la Alcaldía Municipal, el 22 de noviembre de 1982.

"3. No obstante que el período legal para el cual se le había designado no había expirado, el Concejo Municipal, mediante la resolución adecuada arbitrariamente procedió a destituirla de su cargo y a nombrar su reemplazo.

"4. La resolución impugnada, básicamente, aparece motivada en el hecho de que los funcionarios que dependen del Concejo, entre ellos la Secretaria, '...no comparten las orientaciones del actual equipo de gobierno y por lo tanto no existe la necesaria armonía dentro de la estructura administrativa del Municipio,...'

"5. En el acto administrativo proferido por el Concejo, se advierte, *prima faciae* (sic), una motivación que en sí misma es inocua, absurda e irrazonable, pues se pretende fundamentar una sanción, como es la destitución, en un hecho que no constituye falta disciplinaria, ni en la ley ni en los reglamentos municipales.

"6. Es incuestionable que en contra de los funcionarios destituidos por el Concejo, no existía cargo alguno, y tanto es así que en la sesión correspondiente al 17 de abril del presente año según consta en el Acta número 006, página 9, uno de los concejales manifestó paladinamente: '...hoy no estamos hablando en ningún momento de ningún empleado de los que se trata en esta resolución por actos inmorales ni por ninguna situación que se trate en contra de ellos...'

"7. La destitución de mi poderdante, además, se produjo sin que se hubiese adelantado la correspondiente investigación por parte del Ministerio Público, en la que ha debido establecerse la

comisión de una falta justificada de su remoción, y con observancia del debido proceso legal, como mínima garantía del derecho de defensa garantizado constitucionalmente.

"8. Mediante el oficio suscrito por el Secretario Encargado del Concejo, se le comunicó a la Doctora Adarve la destitución de su cargo, y en cumplimiento de la arbitraria decisión, procedió a formalizar la entrega de su Despacho a su sucesor, tal como consta en el acta correspondiente.

"9. La Doctora Adarve devengaba como Secretaria, la suma de $ 60.000.00 mensuales, según la constancia expedida por la Directora de Asuntos Laborales del Municipio" (fols. 45-46).

La demandante indica como normas violadas, los artículos 2º, 26, 197 (num. 6º) de la Constitución Nacional; 161 del Código de Régimen Político y Municipal y 4º del Decreto 49 de 1932. Se estimó en la demanda que estas disposiciones fueron quebrantadas por el Concejo Municipal de Envigado al expedir la Resolución número 004 de abril 17 de 1984, y el acto de elección contenido en el Acta número 007 de abril 25 de 1984, por dos razones fundamentales, a saber:

a) Se sancionó a la demandante con la destitución del cargo de Secretario del Concejo Municipal, sin haberle seguido proceso disciplinario que incluyera: imputación de comisión de faltas, oportunidad de descargos y debida comprobación de las faltas imputadas que ameritara la imposición de dicha sanción.

b) Mediante dicha destitución se desvinculó ilegalmente a la demandante del cargo de Secretario del Concejo Municipal, antes de terminar el período constitucional 1982-1984 para el cual fue elegida por esa Corporación, con desconocimiento del derecho a la estabilidad consagrado en el artículo 4º del Decreto 49 de 1982, reglamentario del artículo 161 del Código de Régimen Político y Municipal. Igualmente, sin haberse vencido el período para el que fue elegida la demandante, el Concejo Municipal designó, primero en encargo y luego en propiedad, a otras personas para desempeñar el mismo cargo por el resto del período. (fols 46-49).

En la sentencia consultada se decidió:

a) Declarar la nulidad de la Resolución 004 del 17 de abril de 1984, por la cual el Concejo del Municipio de Envigado destituyó a la actora del cargo de Secretario del mismo Concejo y designó para sustituir al señor Honorio Upegui Velásquez.

b) Ordenar el reintegro de la actora "al citado cargo por el tiempo restante del período que terminó el día 31 de octubre de 1984".

c) Ordenar que el Municipio de Envigado reconozca a la actora "los sueldos y las prestaciones correspondientes al período comprendido entre el 23 de abril de 1984 y el 31 de octubre del mismo año, fecha de determinación de su período legal", declarando que "para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad entre la fecha de su desvinculación y la de su reintegro al cargo". (fols. 79-80).

El *a quo* tuvo en cuenta las consideraciones siguientes:

"1. De los elementos de convicción allegados al proceso se desprende: a) Que la demandante fue designada Secretaria del Concejo del Municipio de Envigado, en propiedad, mediante la Resolución 001 del primero de noviembre de 1982. b) Que se posesionó de dicho cargo ante el Alcalde Municipal, el día 22 del mismo mes. c) Que fue destituida mediante la Resolución 004 del 17 de abril de 1984, por no acatar las orientaciones '...del actual equipo de gobierno que tiene la responsabilidad de la Administración municipal,... lo cual tiende a crear una parálisis completa al desarrollo de las actividades administrativas, dada la importancia de los aludidos cargos,..' d) Que la señora Mariela Agudelo de Cañas fue elegida Secretaria de la Corporación, de acuerdo con lo que acredita el Acta número 007 del día 25 de abril del mencionado año 1984.

"Surge también de los elementos de prueba aportados —la resolución mediante la cual se dispuso la medida de destitución, especialmente— que la actora no fue sometida al proceso que hiciera posible su defensa.

"Se tiene además que los secretarios de los Concejos gozan de un período fijo: el mismo de los concejales, de acuerdo con lo que dispone el artículo 4º del Decreto 49 de 1932, que es del siguiente tenor: '...El período del Secretario y el suplente de éste del Concejo Municipal será el mismo período de los Concejales...' Y como es apenas lógico, al estar amparados por tal fuero relativo los citados funcionarios no pueden ser destituidos o sancionados sin que medie un proceso disciplinario previo.

"2. ¿Se cumplió ese proceso disciplinario?

"No, tal como se anotó antes, en el acto que produjo la desvinculación no se convocó dicho proceso, como era lo indicado, sino que el cabildo se limitó a enunciar los supuestos cargos con frases de comodín, que poco dicen, y a disponer a continuación, en la parte resolutiva del mismo, la destitución.

"3. Lo expuesto permite concluir, sin que sea necesario analizar otros aspectos del problema, que se transgredió tajantemente el artículo 26 de la Carta, porque la actora no contó con la oportunidad de defenderse de los supuestos cargos que le atribuian.

"Es indiscutible la competencia que tienen los Concejos para elegir y separar a los secretarios de la Corporación. Lo ilegal en este caso es el ejercicio discrecional de la última facultad, la de remover, porque el cabildo debió haber invocado la intervención de la Procuraduría General de la Nación, la cual dispone para el efecto de las herramientas que le brindan la Ley 25 de 1974 y otros estatutos legales, o haber puesto en marcha el proceso disciplinario de que se trata, que estaría regido por las normas que el propio Concejo tenga establecidas.

"4. Se concluye entonces que es procedente la declaratoria de nulidad de la resolución que dispuso la destitución de la demandante.

"5. En lo que atañe a la nulidad del acto de elección de la señora Mariela Agudelo de Cañas, el Despacho considera que no es procedente, por una muy sencilla razón: la de ser redundante e innecesaria, porque la nulidad de la resolución de destitución de María Adarve implica el retiro consecuencial y automático de la persona que la reemplazó, que es precisamente la señora Agudelo de Cañas" (fols. 76-78).

Cumplido el trámite ordenado en el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo y, no observándose causal de nulidad procesal, se procede a decidir, previas las siguientes

*Consideraciones:*

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

a) El Concejo del Municipio de Envigado, en su sesión de instalación para el período constitucional 1982-1984, efectuada el día 1º de noviembre de 1982 y relacionada en el Acta número 001 de esa fecha, eligió a la demandante para el cargo de Secretaria del mismo Concejo por "el período constitucional 1982-1984". Por Resolución número 001 Bis de la misma fecha, emanada de esa Corporación, se nombró a la demandante "para desempeñar el cargo de Secretaria del Honorable Concejo Municipal de Envigado, por el período constitucional 1982-1984". La actora tomó posesión de dicho cargo, ante el señor Alcalde Municipal, como consta en el acta respectiva del 26 de noviembre de 1982 (fols. 30 a 37).

b) El Concejo del Municipio de Envigado, en su sesión del 17 de abril de 1984, registrada en el Acta número 006 de esa fecha, estudió y aprobó la Resolución número 004 de la misma fecha, mediante la cual se destituyó, entre otros funcionarios, a la actora del cargo de Secretario de la Corporación, se designó por encargo su reemplazo y se señaló el próximo día 25 para proveer ese cargo.

Como se lee en dicha acta, el Cabildo tomó esta decisión por los motivos de carácter político consignados en la misma resolución, a sabiendas de que destituia unos funcionarios de período fijo, a los cuales no se les había imputado la comisión de falta disciplinaria alguna (fols. 4 a 14).

En efecto, la Resolución número 004 de abril 17 de 1984 por la cual se destituyó de su cargo a la actora y se encargó del mismo al señor Honorio Upegui Velásquez, se motivó en las razones siguientes:

"Que los funcionarios que en estos momentos se desempeñan como PERSONERO, TESORERO DE RENTAS y SECRETARIO DEL HONORABLE CONCEJO, no comparten las orientaciones del actual equipo de gobierno que tiene la responsabilidad de la Ad-

ministración Municipal y por lo tanto no existe la necesaria armonía dentro de la estructura administrativa del Municipio.

"b) Que tal situación ha sido manifiesta en forma verbal y concreta, lo cual tiende a crear una parálisis completa al desarrollo de las actividades administrativas, dada la importancia de los aludidos cargos.

"c) Que en aras de una sana administración, cualidad que ha distinguido a esta Municipalidad, se requiere tener en dichas posiciones personas de confianza a los intereses municipales" (fols. 1-2).

c) El Concejo del Municipio de Envigado, en su sesión del 25 de abril de 1984, registrada en el Acta número 007 de esa fecha, eligió a la señora Mariela Agudelo de Cañas como Secretaria del Cabildo "para el período comprendido entre el 25 de abril y el 31 de octubre de 1984", en reemplazo de la demandante, destituida por razones de política partidista, como se lee en el texto transcrito y en la citada acta (fols. 15-29).

Es obvio, por lo tanto, que el Concejo Municipal de Envigado desconoció los derechos de los demandantes (al debido proceso disciplinario y a la estabilidad durante el período para el que fue elegido), derechos consagrados en las normas invocadas en la demanda, al destitutirla del cargo de Secretaria del Cabildo sin deducirla, a través de un proceso disciplinario, la comisión de falta alguna, sino por razones políticas y administrativas y antes de vencerse el período constitucional para el cual había sido elegida, así como también, al designar otras personas para desempeñar el mismo cargo durante el resto del período.

Al fallar un caso semejante al *sub lite,* esta Sala dijo:

"Es bien sabido que, cuando un cargo tiene período fijo, la consiguiente estabilidad debe ser respetada por la persona o entidad nominadora. En el caso de la elección de Secretario del Concejo Municipal de Pijao, verificada por un período de dos años, según el texto del artículo 4º del Decreto 49 de 1932, en armonía con el artículo 176 de la Ley 85 de 1916, es más claro y terminante dicha regla, ya que, si los Concejos están legalmente facultados para designar tal funcionario, ni la Constitución ni ley alguna los autorizan para removerlo mientras esté vigente el período legal. Y ello es así, porque de acuerdo con los principios reguladores de la competencia, los funcionarios y corporaciones públicos no pueden hacer sino aquello para lo cual estén facultados.

"En principio, el señalamiento de períodos fijos para ciertos cargos tiene una concordancia general. El objetivo esencial no es otro que obtener eficiencia en la prestación de los servicios mediante la garantía de estabilidad en los cargos y evitar cambios de empleados por razones distintas de las del buen servicio. Los derechos de los servidores públicos individualmente considerados son tutelados por la Constitución y las leyes, en cuanto por este medio se consiguen fines de interés colectivo. O sea, pues, que la estabilidad del régimen jurídico y político está en gran parte condicionada al acatamiento de los cánones constituciona-

les y legales que aseguran la permanencia de los funcionarios al frente de sus respectivos destinos.

"Claro está que la afirmación anterior no significa en modo alguno que la Administración tenga que tolerar a un empleado que no reúna las condiciones morales y de idoneidad para el ejercicio del cargo, ya que en el ordenamiento se encuentran correctivos que permiten soluciones adecuadas a este respecto.

"En el asunto que dirime la Sala y de conformidad con los distintos elementos probatorios aducidos en legal forma al proceso, se encuentra plenamente demostrado: que el Concejo Municipal de Pijao, en la sesión del 13 de noviembre de 1982, eligió al señor Guillermo Augusto Arango Hincapié como Secretario del Cabildo para un período de dos años (fols. 4 y 8). Consta, igualmente, que el 12 de diciembre del mismo año, la misma Corporación edilicia, procedió a nombrar para el mismo período y para el mismo cargo a la señorita María Antonia Prado Arias (Acta número 001 fols. 12 y 13), no obstante que el período del actor no había fenecido ni se le había desvinculado en la forma prevista en la ley.

"De otra parte, conforme a lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 49 de 1932, en armonía con el 176 de la Ley 85 de 1916 el período de los secretarios de Concejos Municipales es de dos años.

"Tenía, por consiguiente, el Concejo Municipal de Pijao obligación de respetarle al señor Guillermo Augusto Arango Hincapié, el período legal de dos años que para el cargo de Secretario del Concejo consagran las normas legales citadas y, como así no lo hizo, violó en forma directa y ostensible tales disposiciones, por lo cual deberá ordenarse el restablecimiento de los derechos conculcados al mencionado funcionario, como lo dispone el *a quo* en el fallo consultado, el que por lo mismo habrá de confirmarse" (C. de E. Secc. 2ª sentencia de septiembre 11 de 1984. Actor: Guillermo Augusto Arango Hincapié. Consejero ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 10708).

De acuerdo con lo dicho, la sentencia consultada resulta conforme a Derecho, salvo en cuanto ordenó el reintegro de la demandante al cargo, a pesar de haberse ya vencido el período para el cual había sido elegida.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Concejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

1. Confírmase la sentencia consultada, en los numerales 1º, 3º y 4º de su parte resolutiva.

2. Revócase el numeral 2º de la parte resolutiva de la misma sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 17 de septiembre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra,* ausente; *Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.,* Secretario.

*FUNCIONARIOS DE PERIODO. SEÑALAMIENTO DE PERIODO PARA EL EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS. Artículos 282 y 273 del Código de Régimen Político y Municipal.*

*EMPLEOS PUBLICOS. Período. Señalamiento.*

*PERSONEROS MUNICIPALES. PERIODO DE DURACION DEL CARGO. REGIMEN DE ESTABILIDAD NO ABSOLUTA SINO RELATIVA.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Segunda.* — Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº 175 - 11680. Asuntos Municipales. Actor: Pastor Pimienta Estrada.

Consulta el Tribunal Administrativo de Antioquia su sentencia de fecha 11 de mayo de 1984, proferida dentro del proceso que originó la demanda presentada por el señor Pastor Pimienta Estrada, quien actúa por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, libelo en el cual hizo las siguientes peticiones:

"*Primera.* Que se declare la nulidad de la Resolución número 015 de abril 27 de 1983, proferida por el Concejo Municipal de Itagüí, por medio de la cual se destituyó al señor Pastor Pimienta Estrada del cargo de Personero Municipal y se encargó del Despacho al Doctor Hugo López. Igualmente que se declare la nulidad de la Resolución número 019 de mayo 3 de 1983, por medio de la cual el Concejo de Itagüí, nombró en propiedad al señor Mario Vélez P., quien actualmente está ejerciendo el cargo de Personero.

"*Segunda.* Que como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos expresados, se ordene restablecer en su derecho al señor Pimienta Estrada, mediante su reintegro al cargo de Personero Municipal de Itagüí, hasta la terminación de su período legal, esto es, hasta el 31 de diciembre de 1983.

"*Tercera.* Que se condene al Municipio de Itagüí a pagarle al señor Pimienta Estrada los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde que fue desvinculado del cargo hasta su reintegro o hasta el vencimiento de su período legal.

"*Cuarta.* Que se declare que el tiempo que haya estado desvinculado del cargo del cual fue removido ilegalmente, no constituye solu-

ción de continuidad para efectos de sus prestaciones legales" (folio 81 del expediente).

Los hechos en que se fundamenta la demanda fueron relatados de la siguiente manera:

"1º El Concejo Municipal de Itagüí, mediante la Resolución número 046 de noviembre 18 de 1982, artículo 1º, nombró en propiedad al señor Pastor Pimienta Estrada como Personero de ese Municipio, para el período comprendido entre el 1º de enero de 1983 y el 31 de diciembre del mismo año.

"2º El señor Pimienta Estrada, quien venía ejerciendo el mismo cargo durante dos años consecutivos, en diciembre 31 de 1982, nuevamente tomó posesión de su empleo, para efectos del nuevo período para el cual se le había reelegido.

"3º No obstante que apenas habían transcurrido algunos meses del período legal de un año para el cual se había designado al señor Pastor Pimienta Estrada, el Concejo Municipal, mediante el acto administrativo impugnado, procedió a decretar su destitución y a nombrar su reemplazo.

"4º El acto administrativo del Concejo, que contiene una sanción disciplinaria y la más grave, como es la destitución, aparece motivada con supuestos cargos que se imputan a mi mandante, los cuales no fueron establecidos o verificados mediante la correspondiente investigación, adelantada bien por parte de la misma administración o por la Procuraduría General de la República.

"5º Los cargos sustentantes de la arbitraria destitución, tales como el '...incumplimiento sistemático del señor Pimienta Estrada, en el cumplimiento de sus funciones...', o el de que '...ha permitido un incremento de invasiones en los últimos tiempos...', o el de que '...viene participando de manera activa en política...', no sólo carecen de apoyo probatorio, puesto que no se adelantó investigación alguna, sino que a mi mandante no se le dio traslado de ellos, como mínima garantía del derecho de defensa.

"6º Mediante el oficio número 091 del 28 de abril del año en curso, suscrito por el Presidente y por el Secretario del Concejo, mi poderdante fue enterado de su destitución como Personero Municipal.

"7º En cumplimiento de la arbitraria decisión del Concejo, el Personero destituido procedió a formalizar la entrega de su Despacho a su sucesor, como consta en el acta correspondiente, fechada el 2 de mayo del año en curso, con lo cual quedó ejecutado el acto administrativo objeto de impugnación en esta demanda.

"8º El señor Pimienta Estrada, al momento de desvincularse de su cargo, devengaba una asignación de $ 54.405.00 mensuales.

"9º El acto administrativo mediante el cual se produjo la remoción del señor Pimienta Estrada del cargo de Personero, evidentemente, mientras esté surtiendo sus efectos jurídicos, le está ocasionando graves perjuicios de orden económico, pues lo está privando de percibir, en forma regular y periódica los sueldos correspondientes al cargo para

atender, no sólo a su propia subsistencia sino a la de su familia y además le está impidiendo el disfrute de sus derechos en el campo de la seguridad social, especialmente de la asistencia médica, en el evento de enfermedad" (folios 81 y 82 del expediente).

En la siguiente forma se indican en la demanda las normas que se consideran infringidas y se expone el concepto de la violación:

"En un Estado de Derecho como el colombiano, los órganos y funcionarios de la Administración, necesariamente deben obrar conforme a la Constitución y a la ley, que constituyen el límite de su acción y consecuencialmente, si sus actos no están conformes con el ordenamiento jurídico, son objeto de anulación por la jurisdicción Administrativa, instituida fundamentalmente para tutelar los derechos conculados (sic) por el proceder ilegal de la Administración.

"El artículo 2º de la Constitución Nacional, que constituye uno de los pilares básicos del Estado de Derecho, enfáticamente preceptúa que 'La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación y de ella emanan los poderes públicos que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece'.

"Ahora bien, el artículo 197 de la Carta, en su numeral 6º, sólo confiere a los Concejos competencia para elegir Personeros Municipales, pero esta atribución que deben ejercer conforme a la ley, no se extiende a la facultad de removerlos libremente, pues el señalamiento del período legal de un año, previsto en el artículo 233 del C. de R. P. y M., otorga al funcionario elegido un derecho que se traduce en la estabilidad en el cargo, que sólo puede ser desconocida por una causa legal, como por ejemplo la destitución impuesta como sanción disciplinaria, pero ajustada estrictamente al ordenamiento legal que la regula.

"La destitución es por su naturaleza la más drástica de las sanciones disciplinarias, pero para que se pueda imponer a un funcionario, es preciso que haya incurrido en una falta concreta, que debe ser probada fehacientemente mediante un procedimiento en que se garanticen los principios relativos a la publicidad y contradicción, a fin de que la prueba sobre la falta cometida pueda considerarse idónea para los fines que se pretenden.

"Y por ello la sola motivación del acto administrativo por medio del cual se desvinculó del servicio a mi mandante, en que se le imputan ciertas irregularidades, sin darle la oportunidad de defensa alguna, no puede servir para imponerle una sanción como la destitución.

"En el Acuerdo número 033 de septiembre 17 de 1982, expedido por el Concejo de Itagüí, se establecen las distintas sanciones disciplinarias imponibles a los servidores municipales, y, en armonía con las normas constitucionales, perentoriamente preceptúa: 'Antes de sancionar a un empleado será oído en descargos'.

"Sin embargo, en el caso del señor Pimienta Estrada, no se levantó informativo alguno con su audiencia, ni se le corrió traslado de los supuestos cargos, ni se le dio oportunidad de ejercitar defensa alguna frente a las inculpaciones. O sea que se le condenó sin haber sido oído y vencido en juicio y sin observancia del debido proceso legal.

"El acto administrativo contenido en la Resolución 015 de abril 27 de 1983, expedido en forma ostensiblemente irregular, viola en forma manifiesta no sólo el citado Acuerdo municipal, en su artículo 4º, norma de carácter general obligatorio para la Corporación edilicia al tomar decisiones individuales, sino fundamentalmente el artículo 26 de la Carta, cuya infracción es patente, al no cumplirse previamente el debido proceso, que contempla ley de leyes en estos precisos términos:

" 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

"El Consejo de Estado, en relación con el alcance de la norma antes transcrita, en sentencia de diciembre 11 de 1970, expresó:

" 'El principio consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional es aplicable indudablemente a las actuaciones de la administración cuando se trata de sancionar a alguien. Ese artículo constituye también una garantía para las personas vinculadas al servicio público, en el sentido de que no pueden ser sancionadas disciplinariamente sino conforme a normas preexistentes al acto que se sanciona, por funcionario competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada actuación'.

"Y, asimismo, dicho acto viola directamente los artículos 2º y 197, ordinal 6º de la Constitución Nacional, ya que el Concejo Municipal de Itagüí, pretendió ejercer una de sus atribuciones, pero sin sujeción a las normas constitucionales y legales.

"Igualmente la Resolución antes citada es manifiestamente ilegal, por violación directa a la regla de fondo contenida en los artículos 233 y 277 del C.R.P.M., pues desconoce el período legal de un año que establecen dichas normas para el cargo de Personero.

"Y en cuanto a la Resolución 019 de mayo 3 de este año, que también se acusa, es sin duda alguna violatoria de las disposiciones precedentemente citadas, en el concepto de incompetencia *ratione temporis* del Concejo Municipal, ya que por medio de ese acto administrativo procedió a nombrar el reemplazo para el cargo de Personero Municipal, sin haberse vencido el período del titular, sin haberse presentado legalmente la vacancia del cargo" (folios 82 a 84 del expediente).

El Tribunal Administrativo de Antioquia accedió a las súplicas de la demanda pues estimó que el Concejo Municipal de Itagüí "obró con la mayor ligereza al determinar la destitución del señor Pimienta, sin la previa formulación de los cargos, sin darle oportunidad a las respectivas explicaciones o descargos, y esto vale la pena llamar la atención, sin adelantar ya fuera por su cuenta en caso de existir algún procedimiento municipal que la regulara, una investigación disciplinaria de la cual resultarán acreditados los hechos constitutivos de presuntas faltas que en el acto de destitución se imputó al demandante, o que la misma hubiera sido adelantada por los órganos competentes de la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, y como lo anterior anotado, tampoco esto último sucedió y simplemente el Cabildo, luego de agitados debates, procedió súbitamente a destituir al funcionario con olvido de su período legal, de la estabilidad relativa que lo asistía y del

derecho de defensa pregonado en la Constitución Nacional y en numerosos desarrollos de orden legislativo" (folio 76 del expediente).

En su fallo dispuso el *a quo* lo siguiente:

"1. Se declara la nulidad de la Resolución número 0015 de abril 27 de 1983, proferida por el Concejo Municipal de Itagüí, en su integridad, y por la cual se destituyó al señor Pastor Pimienta Estrada del cargo de Personero Municipal de ese distrito y se encargó del mismo al señor Hugo López, e igualmente se declara la nulidad de la Resolución 019 de mayo 3 de 1983, por la cual dicha Corporación Edilicia nombró en propiedad para ese empleo público al señor Mario Vélez P.

"2. Se condenará al Municipio de Itagüí a pagar al señor Pimienta Estrada los sueldos y prestaciones dejados de devengar desde la fecha que se hizo efectiva su desvinculación con base en la citada Resolución 015 de 27 de abril de 1983 del Concejo Municipal de Itagüí hasta la terminación de su período legal, 31 de diciembre de 1983, y se considerará que entre ambos extremos temporales, para efectos de prestaciones legales no existió solución de continuidad en la prestación del servicio.

"3. No se ordenará el reintegro por haber vencido ya el período legal que correspondía al señor Pimienta Estrada en el cargo de Personero del Municipio de Itagüí.

"4. La administración dará cumplimiento a lo anterior, según lo dispuesto en el artículo 176 del C.C.A." (folios 77 y 78 del expediente).

Estando para fallo el negocio subido en consulta al Consejo de Estado, fue destruido durante los hechos violentos del 6 y 7 de noviembre de 1985, por lo cual fue preciso reconstruirlo, a petición de parte (fols. 47 y 109 del expediente).

Concluida la actuación, sin que se observen vicios que la invaliden, se procede a decidir, previas las siguientes

*Consideraciones:*

Consta en el expediente que el demandante fue nombrado Personero Municipal de Itagüí "para el período comprendido entre el 1º de enero al 31 de diciembre de 1983", como se lee en la Resolución número 046 de 1982, emanada de dicha Corporación (fol. 91 del expediente). Consta igualmente que mediante Resolución número 015 del 27 de abril de 1983, el actor fue destituido de su empleo, con fundamento en los cargos que se le hacen en la misma providencia, pero sin que se hubiera adelantado investigación alguna, dentro de la cual el demandante hubiera tenido oportunidad de ejercer plenamente su derecho de defensa, previo conocimiento de los cargos que se le imputaban.

El período de los Personeros fue establecido por el Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913), vigente cuando el actor fue destituido. Pero el artículo 282 del mencionado Código disponía que "la determinación del período de duración de un empleado no coarta en nada la facultad de removerlo, si se le ha conferido especial

y expresamente a alguna autoridad". Por lo tanto, precisa dilucidar si esta disposición es aplicable o no a los personeros municipales.

Dentro del sistema establecido por dicho Código, los empleados públicos no eran nombrados o elegidos por tiempo indefinido sino para un período determinado, contrariamente al criterio que ha guiado al legislador en los últimos tiempos en cuanto al régimen de provisión de los empleos públicos, de permanencia en ellos y de retiro de los mismos. Conforme a ese sistema, el Código señaló período a empleados que según la Constitución Nacional y el mismo estatuto eran de libre nombramiento y remoción. En estas condiciones, el señalamiento de período para el ejercicio de los respectivos cargos no implicaba el establecimiento de un régimen de estabilidad. Pero hubo empleos respecto de los cuales no se otorgó la facultad de libre remoción y, por consiguiente, quienes los desempeñaran quedaban amparados por un fuero de relativa inamovilidad durante el respectivo período.

Hubo dos modos de señalamiento de período para el ejercicio de cargos públicos: el especial, en el cual estaban comprendidos empleados como los Ministros, Gobernadores, Prefectos de Provincia, mientras existieron, sus secretarios y subalternos, Alcaldes y sus subalternos, los corregidores, etc. (artículos 270, 125, 273, 133, 274, 185, 189); y el general, para los empleados nacionales, departamentales, provinciales y municipales que no tuvieran un período expresamente señalado en disposiciones del citado Código o en otras normas legales, o en ordenanzas o acuerdos, conforme a lo dispuesto en el artículo 278 (artículo 279).

Se establecieron también dos formas de conceder facultad para remover libremente a esos empleados con período: la especial, en que algunos empleos se declararon expresamente de libre nombramiento y remoción; por ejemplo, los de Gobernador, Prefecto, Secretario del Alcalde, Corregidor, etc. (artículos 126, 132, 187, 189). La general, conforme a la cual el Presidente de la República podía "remover los empleados de su elección, salvo cuando la Constitución o las leyes impongan que no sea de libre remoción", el Gobernador, nombrar y separar libremente sus agentes y el Prefecto, a su secretario y empleados subalternos; la misma potestad se concedió a los Alcaldes (artículos 68, numeral 10; 127, ordinal 2º; 134 y 184, ordinal 6º). Cabe anotar que el Presidente de la República tenía entonces, como tiene hoy, la facultad constitucional de nombrar y separar libremente a Ministros, Gobernadores y en general a sus agentes (artículo 120 de la Constitución de 1886). De esa misma atribución constitucional disfrutaba, como hoy, el Gobernador respecto de sus agentes.

A esa situación de empleados sujetos a un sistema de período, pero también de libre remoción se refería el artículo 282 del Código de Régimen Político y Municipal.

Pero también el Código previó excepcionalmente casos de empleados al margen del sistema del período para el ejercicio del cargo, como los "secretarios y subalternos del Gobernador" (artículo 273).

En cuanto a los personeros, que son nombrados por los Concejos Municipales, a partir de la reforma constitucional de 1910, el artículo 233 del Código antes citado dispuso: "El período de duración del per-

sonero es de un año, y puede ser reelegido indefinidamente, pero no obligado a servir dos períodos consecutivos". El artículo 277 *ibídem* señaló como fecha inicial del período el 1º de enero de cada año.

No existe ninguna disposición que haya otorgado a los Concejos Municipales la facultad de remover libremente a los personeros durante el correspondiente período. De modo que para estos funcionarios quedó establecido un régimen de verdadera estabilidad; pero no absoluta sino relativa, pues nadie que tenga un período para el ejercicio del cargo o goce de cualquier otro fuero de inamovilidad, como el que confiere la carrera administrativa, puede permanecer en el empleo si existen causas que justifiquen su separación del servicio público, como la invalidez absoluta, el abandono del cargo o la comisión de faltas sancionables con la destitución. No existe en el país un régimen de absoluta, sino de relativa inamovilidad, lo que quiere decir que el funcionario que goza del respectivo fuero no es intocable en su empleo, sino que está amparado contra remociones injustificadas o arbitrarias.

Significa lo anterior que los Concejos Municipales pueden remover a los Personeros durante el período para el cual fueron nombrados, pero no libremente sino por causas justificadas y si consisten en faltas que deben ser sancionadas con la destitución, tiene que adelantarse el correspondiente procedimiento disciplinario, enderezado a comprobar los hechos que las constituyen y dar al funcionario incriminado oportunidad de conocer los cargos y defenderse de ellos, como es regla que dimana del artículo 26 de la Constitución Nacional, lo cual no sucedió, como ya se dijo, en el presente caso.

Las anteriores consideraciones son suficientes para calificar de ilegales los actos acusados y, por ende, confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia.

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 consultada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 11 de mayo de 1984.

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 14 de noviembre de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

# CAPITULO III

## ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

*AREA METROPOLITANA. JUNTA DIRECTIVA.*

*Funciones. Decreto legislativo 3104 de 1979.*

*Confírmase la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Decreto número 030 de 1983 de la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga. Revócase la suspensión del artículo 4º del acuerdo citado.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., once de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente Nº 1144. Actor: Carlos Plata Castilla y Carlos A. Rueda Jaimes. Apelación interlocutorios. Apelación del auto de 31 de marzo de 1986, del Tribunal Administrativo de Santander. Auto.

El proceso de la referencia ha llegado en apelación del auto que decretó la suspensión provisional de los artículos 2º, 3º y 4º del Acuerdo Metropolitano número 030 de 9 de noviembre de 1983 emanado de la Junta del Area Metropolitana de Bucaramanga.

*Los hechos:*

Los ciudadanos Carlos Plata Castilla y Carlos Augusto Rueda Jaimes promovieron demanda, en ejercicio de la acción de nulidad contra los artículos ya citados del Acuerdo número 030 de 9 de noviembre de 1983, y solicitaron la suspensión provisional de los mismos.

El Tribunal Administrativo de Bucaramanga, por auto de 31 de marzo de 1986 decretó la suspensión provisional de los artículos 2º, 3º y 4º del Acuerdo Metropolitano número 030 de noviembre 9 de 1983 impugnado en la anterior demanda.

La apoderada judicial del Area Metropolitana de Bucaramanga interpuso recurso de apelación contra el proveído anterior.

a) *Fundamentos de la demanda y de la suspensión provisional*

I. Contenido de los artículos 2º, 3º y 4º del Acuerdo Metropolitano número 030 de noviembre 9 de 1983 de la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga.

El contenido del Acuerdo Metropolitano número 030 de 1983, la Junta del Area Metropolitana de Bucaramanga en cùanto a los artículos acusados es el siguiente:

a) Según el artículo 2º todo contribuyente que a partir de la sanción del Acuerdo 030 de 1983 no se encuentre a Paz y Salvo con las Tesorerías de Bucaramanga, Floridablanca y Girón, sería gravado con la sobretasa del 1 por mil, establecida por la Ley 14 de 1983.

b) Según el artículo 3º a partir del 1º de enero de 1984 todos los contribuyentes del Area Metropolitana de Bucaramanga deberán cancelar semestralmente al Fisco el valor correspondiente a la tasa del 1 por mil de acuerdo a la forma de recaudo establecida por la Tesorería Municipal de los Municipios ya citados.

c) Artículo 4º Para el cobro de la tasa anterior se aplicarían los incentivos tributarios que corresponden al pago del impuesto predial en cada uno de los Municipios del área o en su defecto de Bucaramanga.

*Los argumentos de la demanda*

Sostienen los demandantes que las normas citadas en los numerales a), b) y c) anteriores, violan las disposiciones contenidas en normas legales de superior jerarquía así:

El artículo 43 de la Constitución Política, ya que en virtud del mismo, en tiempo de paz solamente el Congreso o las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones.

Igualmente consideran infringidos los actores el artículo 197 de la Constitución Política en virtud del cual es atribución de los Concejos, entre otros, votar de conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales.

Hacen consistir la violación anterior en la consideración de que el Area Metropolitana de Bucaramanga carece de competencia para establecer contribuciones y gastos locales.

Igualmente consideran infringido el artículo 6º del Decreto 3104 de 1979, el cual señala las competencias de las Juntas Directivas de las Areas Metropolitanas en materia política o fiscal, y solamente les autoriza para formular recomendaciones en materia de política fiscal y financiera para los municipios que integran el área. Niegan a la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga la facultad para imponer una sanción tributaria o una contribución consistente en el 1 por mil sobre el avalúo catastral por el hecho de no estar a paz y salvo en el pago de los impuestos.

Estiman los actores que con el artículo 3º del acto acusado, la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga usurpó la competencia de los Concejos de los Municipios del área por cuanto la atribución que estableciera las tasas, no han dejado de ser del resorte de los Concejos Municipales.

Alegan los actores que el precepto constitucional contenido en los artículos 43 y 193 de la ley fundamental, así como lo dispuesto por los artículos 56 del Decreto 3184 de 1979, 17 de la Ley 14 de 1983, resultaron infringidos, pues la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga carecía de competencia para haber dictado el artículo 4º del acuerdo acusado, pues aquella no puede crear y reglamentar gravámenes, sobretasas o contribuciones.

*Petición de suspensión provisional*

Los actores solicitaron la suspensión provisional de los artículos acusados y sostienen la ocurrencia de la manifiesta injuricidad de los mismos, así:

Artículo 2º del acuerdo 030 de 1983, viola ostensiblemente el artículo 6º del Decreto, por cuanto el acto acusado fue expedido por órgano incompetente, toda vez que la Junta Directiva del Área sólo tiene en relación con el tema de debates atribución para formular recomendaciones en materia de política fiscal y financiera para los Municipios que integran el área, y fijar políticas y criterios para la verificación y manejo integral del sistema de catastro, cuando los Municipios del área tengan competencia en esa materia.

Agregan los demandantes que no es necesaria ninguna elucubración para apreciar la violación por parte del acto acusado, del artículo 6º del Decreto 3104 de 1979, y que "en un acto de clarísima incompetencia procedió a castigar a los morosos del fiscal y a REGLAMENTAR el cobro de una sobretasa, tal como lo dice el encabezamiento, evento que no lo está permitido".

Agregan, en apoyo de su petición que el artículo 2º del Acuerdo Metropolitano crea prácticamente una cierta clase de contribuyentes, hecho este que viola el artículo 43 de la Constitución Nacional.

Los artículos anteriores los enderezan en su conjunto contra todos los artículos demandados.

Artículo 4º Lo estiman violatorios de los artículos 43 de la Constitución Nacional y 6º del Decreto 3104 de 1979, pues cree que el mismo no autoriza a la Junta Directiva del Area para decretar o acordar rebajas o mantener tributos en relación con la sobretasa del 1 por mil acusado por la Ley 14 de 1983.

*El auto del Tribunal de instancia sobre suspensión provisional*

El Tribunal Contencioso Administrativo de Santander dispuso suspender los artículos acusados del Acuerdo 030 de 1983 de la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga, pues estimó:

—La competencia de la Junta señalada en el artículo 6º numeral 6 del Decreto 3104 de 1979, y no puede extenderse más allá de las atribuciones expresamente señaladas;

La Junta desbordó sus atribuciones, pues no se limitó a autorizar a las Tesorerías de los Municipios del Area para fijar el recaudo de la

sobretasa, sino que se dedicó a imponer a los deudores morosos el gravamen establecido en la Ley 14 de 1983;

Igual desbordamiento encuentra el Tribunal en el hecho de que la Junta hubiera reglamentado el recaudo de la sobretasa del 1 por mil semestralmente, y la utilización de los incentivos tributarios a que se refiere el artículo 4º del acuerdo atacado.

Al sustentar el recurso de apelación interpuesto, la apoderada del Area Metropolitana, contra el auto que decretó la suspensión provisional, las fundó en las siguientes razones:

1. El Acuerdo 030 de 1983 sólo repite lo dispuesto por el parágrafo del artículo 17 de la Ley 14 de 1983, por lo cual no implica violación de las mismas.

2. La Ley 14 de 1983 da poderes a los Municipios y a las Areas Metropolitanas para fijar políticas y estrategias de desarrollo, instrumentos que, forzosamente, han de ser tributarios.

3. El artículo 3º del acuerdo acusado, reproduce exactamente el parágrafo del artículo 17 de la ley citada, y que por el texto de aquel se infiere que el "28" (sic) sólo comenzaría a regir a partir de 1985.

4. Y estimó, finalmente, que el artículo 4º del acuerdo acusado se ajusta al D. L. 3104 de 1979, pues se remite a los incentivos previstos por los municipios para el cobro del impuesto predial.

*Para resolver se considera:*

1. El artículo 6º del Decreto legislativo 3104 de 1979, dispone en su numeral 6º que a la Junta Directiva del Area Metropolitana le corresponde entre otras funciones:

"a) Fijar políticas y criterios en materia de política fiscal y financiera para los municipios que integran el área;

"b) Fijar políticas y criterios para la unificación y manejo integral del sistema de Catastro, cuando los municipios del área tengan competencia en esa materia".

Por su parte la Ley 14 de 1983, en su artículo 17 dispuso:

"A partir del 1º de enero de 1983, las tarifas del impuesto predial, incluidas todas las sobretasas municipales, serán fijadas por los Concejos Municipales y el Distrito Especial de Bogotá, entre el 4 y el 12 por mil, en forma distinta, teniendo en cuenta la distinción de cada predio.

..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

"Parágrafo. Con el fin de dotar a las áreas metropolitanas de los recursos permanentes que les permitan atender los diversos programas a favor de los municipios que las integran, créase una sobretasa del 1 por mil sobre el avalúo catastral, para las propiedades situadas dentro de la jurisdicción de cada área metropolitana.

"Esta sobretasa será aplicable durante el primer año. Para los años subsiguientes podrá ser incrementada hasta un tope máximo del 2 por mil".

La sobretasa establecida por el artículo 17 en cita no está contemplada por la ley como sanción aplicable en especial a grupos de contribuyentes de los municipios integrantes del área metropolitana. Al disponer el artículo 2º del acuerdo acusado que esa sobretasa pasará como gravamen sobre todo contribuyente que a partir del 2 de diciembre (fecha de sanción del acuerdo) de 1983 no se encuentre a paz y salvo con las Tesorerías de los municipios del área de Bucaramanga, aparece una flagrante extralimitación entre el texto legal y el acto controvertido, que permitirá, como lo hará la Sala, confirmar en este punto el auto recurrido.

Por cuanto prospera la suspensión provisional del artículo 2º del acuerdo acusado, por el motivo indicado, es innecesario extender el examen sobre los demás cargos formulados contra el mismo.

Conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 17 de la Ley 14 de 1983, la sobretasa del 1 por mil sólo puede regir por el año de 1984, y sólo a partir de enero de 1985 la sobretasa creada a favor de las áreas metroplitanas podrán alcanzar hasta el 2 por mil no antes.

Al disponer el artículo 3º del acuerdo atacado que los contribuyentes del área metropolitana de Bucaramanga deberán cancelar semestralmente al Fisco el valor correspondiente a la sobretasa del 1 por mil, ello implica que a partir del 1º de enero de 1984 los contribuyentes del área deberán pagar 2 veces al año la sobretasa del 1 por mil.

La contradicción entre los textos y el parágrafo del artículo 17 de la ley citada es ostensible, pues en éste sólo se autoriza aumentar al 2 por mil la sobretasa a partir del 2º año.

Con relación a la decisión de la Junta del área de aplicar el cobro de la sobretasa con los incentivos tributarios que correspondan al pago del impuesto predial, la sección halla que el precepto acusado no viola ostensiblemente las normas invocadas por la demanda, razón por la cual habrá de revocar en este aspecto el proveído recurrido.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

1º CONFIRMASE el auto de fecha 31 de mayo de 1986 por el cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander suspendió provisionalmente los artículos 2º y 3º del Acuerdo número 030 de 1983 de la Junta Directiva del área metropolitana de Bucaramanga.

2º REVOCASE la suspensión del artículo 4º del acuerdo citado.

Cópiese, notifíquese, devuélvase la actuación al Tribunal de origen.

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

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate,* ausente.

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. PROCEDE CONTRA UN ACTO DE CARACTER GENERAL QUE CREA UNA POTENCIAL CONSECUENCIA LESIVA DE LOS DERECHOS DE UNA PERSONA QUE PODRIA RESULTAR LESIONADA CON LA CONCRETA EJECUCION DE LA MEDIDA.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente Nº 0471. Actor: Carlos Jaramillo Zuluaga. Apelación interlocutorios. Apelación del auto de noviembre 22 de 1985 del Tribunal Administrativo de Antioquia. Auto.

El señor Carlos Jaramillo Zuluaga otorgó poder a fin de que en su nombre y representación se ejerciera "la acción de restablecimiento del derecho", y se solicitara "la nulidad de la Resolución 232 de junio 21 de 1985 de la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín, 'INVAL' ".

El acto acusado dispuso la ejecución de obras públicas por el sistema de contribución de valorización, que comprendía la adquisición de inmuebles, construcción de vías, drenaje, pavimentos, iluminaciones, etc., y fijó el marco territorial de la zona de citación, según se lee en el artículo 2º de la mentada resolución, dentro de la cual existe un inmueble de propiedad del actor.

La apoderada del actor propuso ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la acción correspondiente, y en la referencia de la demanda indicó que se trataba de un proceso ordinario en "acción de restablecimiento del derecho", "nulidad de la Resolución 232 de junio 21 de 1985 de la H. Junta del 'INVAL' ", a "inaplicabilidad de los artículos 6 y 7 del Decreto 639 de diciembre 10 de 1981 del Alcalde de Medellín".

En la parte introductoria manifestó la apoderada del actor que acudía a la jurisdicción "con el fin de mantener la legalidad y el orden jurídico consagrado en la Constitución Nacional y las leyes, asegurar la regulación jurídica de la actividad administrativa..."

En el *petitum,* solicitó declarar la nulidad de la Resolución 232 de junio 21 de 1985, proferida por el "INVAL", la condena de esta entidad por los perjuicios que se derivan "en caso de ejecutarse la obra

362 del INVAL", ordenada por el acto acusado, la condena solidaria contra el "INVAL" y el Municipio de Medellín, la suspensión provisional del acto atacado y la inaplicabilidad de los artículos 6 y 7 del Decreto 639 de 10 de diciembre de 1981 que estructuró y organizó al "INVAL".

La actora solicitó la suspensión provisional del acto acusado y al sustentarla, manifestó que la fundamentaba en la incompetencia del "INVAL" para decretar la obra dispuesta por el acto acusado, incompetencia que hace derivar del artículo 43 de la Constitución Política; "la Junta Directiva del INVAL es incompetente para afectar a propietarios de predios de una obra (sic) con el sistema contributivo de valorización", y expuso las razones por las cuales, en su sentir, el actor "sufre graves o notables perjuicios con la ejecución de la obra a que hace referencia dicha resolución".

Antes de que el Tribunal de instancia se pronunciara sobre la admisión de la demanda, la actora agregó a su libelo certificación del Secretario General del "INVAL", según la cual la Resolución 232 de 1985 "no fue publicada, por cuanto no requiere al tenor de las normas legales de este requisito".

El Tribunal Administrativo de Antioquia, por providencia del 15 de octubre de 1985 dispuso que la apoderada del actor precisara "si la acción que se deduce es la del Restablecimiento del Derecho, la de simple nulidad, o la de reparación directa, ya que el poder conferido se refiere a la primera, la demanda en su encabezamiento hace relación a la segunda y las peticiones involucran la tercera".

Además, ordenó que, en caso de tratarse de la primera de las acciones indicadas, debía demostrarse el agotamiento de la vía gubernativa; eliminar la petición relativa al restablecimiento del derecho, si se optaba por precisar que la intentada era la acción de nulidad, o indicar los hechos generadores de la falla de la acción, si se optaba por precisar que la incoada era la acción de reparación directa.

También ordenó el *a quo* que el actor precisara la cuantía de la pretensión, si se trataba de acción de restablecimiento del derecho, designara a las partes y adecuara el poder conferido a la pretensión que trataba de deducir.

La apoderada del actor modificó la demanda, antes de su admisión, con la indicación adicional de otras normas que estimó igualmente violadas por el acto acusado, suprimió de las pretensiones del libelo de la demanda las correspondientes a la solicitud de indemnización de perjuicios y las condenadas en costas a cargo del Municipio de Medellín y del "INVAL".

La actora sostuvo en memorial adicional que intenta la acción de restablecimiento del derecho, la cual alterna con la sola anulación del acto acusado; y que ella se encamina a precaver un perjuicio eventual aún no causado con la Resolución 232 de junio 21 de 1985, de la H. Junta Directiva del "INVAL", que afecta a quienes se encuentran dentro de la zona de citación señalado en el artículo 2º de la resolución anotada, luego en esta acción de nulidad resarcitoria, no tiene un interés legítimo quien como simple ciudadano (habitante del centro de

Medellín El Poblado) demanda la nulidad de la resolución, sólo a quienes se refiere el artículo 2º de la resolución, puedan pedir la nulidad para que automáticamente se les restablezca el derecho...

"Tanto el poder de la demanda como esta última están acordes en cuanto a quienes se pida la nulidad para restablecer el derecho por medio de la acción de restablecimiento del derecho".

Manifestó, asimismo, la parte actora que la acción de restablecimiento carecía de cuantía, y que no era procedente el ejercicio de los recursos para agotar la vía gubernativa, por estar no indicados los que procedieran en el texto del acto acusado, y por carecer de Junta Directiva del "INVAL" de superior jerárquico, precisó finalmente, que la parte demandante era el "INVAL".

El Tribunal de Antioquia inadmitió la demanda, por no poder explicarse los interrogantes que se planteó, referentes a quiénes favorece o perjudica la realización de la obra, cuáles eran los hechos concretos demandados, a favor de quién o de quiénes estaba encaminada la pretensión de la anulación, a favor de quién o de quiénes se buscaba el restablecimiento del derecho, dónde, ante quién y por qué se interpusieron los recursos para agotar la vía gubernativa, cuál el valor del impuesto asignado, por no aparecer aportado el recibo que se exige por el artículo 140 del Decreto-ley 01 de 1984.

La actora interpuso contra el auto inadmisorio de la demanda recurso de apelación, el cual fue concedido por el *a quo,* en providencia que lleva la firma de los miembros del Tribunal (fol. 144).

En el escrito de interposición del recurso, la actora estimó que la cuestión sobre a quién favorece o perjudica la obra decretada por el acto acusado no era requisito sustancial de la demanda; indicó de todos modos que ella afectaba al actor y a las personas indeterminadas que genéricamente consideró que se verían afectadas con las erogaciones de dinero propio para contribuir a las obras.

Sostuvo la apoderada que los hechos de la demanda fueron indicados precisamente, y que la pretensión de nulidad favorece a su mandante.

Repite lo concerniente a la improcedencia del agotamiento de la vía gubernativa y sostiene que por el simple decreto de las obras no es posible establecer la liquidación de la contribución de valorización, razón por la cual no existe suma liquidada ni por tanto obligación de pagar que se pueda comprobar con el recibo del caso.

Insiste la procuradora judicial del actor en que con la acción promovida, "se trata de evitar un perjuicio eventual aún no causado con la resolución".

Durante el término de traslado en la segunda instancia, la actora sustentó su recurso y reiteró los argumentos que se han reseñado.

Es, entonces, procedente entrar a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra el auto que inadmitió la demanda, previas las consideraciones que siguen:

*La naturaleza de la acción propuesta*

De la lectura del poder otorgado a la procuradora judicial del señor Carlos Jaramillo Zuluaga, se establece que la acción por la cual se le facultó fue la de restablecimiento del derecho (vid. folio 1 del expediente).

La demanda presentada ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el día 10 de octubre de 1985 estuvo antitécnicamente concebida pues en ella se acumularon acciones de naturaleza diferente, y en su censura tuvo razón el *a quo,* pues es jurisprudencia establecida de esta Corporación que en una misma demanda no pueden acumularse acciones de restablecimiento del derecho (antes, acción de plena jurisdicción) con las indemnizatorias, como quiso hacerse en este caso.

*Los requisitos de la demanda*

El Decreto-ley 01 de 1984 señaló las condiciones o requisitos de la demanda en su artículo 137, y ésta Corporación encuentra que formalmente la demanda y sus escritos modificatorios se ajustan a tales exigencias, pues la corrección de aquella ocurrió dentro del término legal, al precisarse que la acción propuesta era la del restablecimiento del derecho, designó que sólo parte demandada es el Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín y retiró las pretensiones referentes a indemnizaciones y a la condena en costas.

El presupuesto del agotamiento de la vía gubernativa, echado de menos por el *a quo,* no es exigible en este caso, por dos razones: 1ª) El acto acusado es de carácter general y contra él, en principio, no proceden los recursos a través de cuyo ejercicio es necesario en ocasiones agotar la vía gubernativa. 2ª) Contra el acto impugnado no está indicada la procedencia de tales recursos por la propia administración autora del mismo (vid. folios 88 a 90 del expediente), y en su texto se dispone que "rige a partir de la fecha de su expedición".

*Los actos de carácter general y la acción propuesta*

El acto acusado es un acto de carácter general relativo a un grupo determinable de personas, pero él no afecta en particular a ninguna de ellas en forma concreta, aunque de su aplicación puede derivarse consecuencia jurídica a precisos propietarios de los bienes afectados con las obras ordenadas por la Resolución 232 de 21 de junio de 1985.

De ahí que la propia actora haya dicho repetidamente que de la aplicación del acto acusado al actor "sufre graves y notables perjuicios" (fol. 118 del expediente), y que con la acción promovida "se previene un perjuicio eventual aún no causado con la Resolución 232 de junio 21 de 1985", y de la naturaleza del acto y personas afectadas con él deduce que sólo procede contra él la acción de nulidad resarcitoria por parte de las personas a quienes se refiere el artículo 2º del acto atacado en vía jurisdiccional".

Desde 1961 ha establecido la jurisprudencia que el tipo de acción procedente es un variable de la finalidad que se propone cumplir el actor. Si sólo persigue el restablecimiento del derecho objetivo, la pro-

cedente es la de nulidad y la de restablecimiento del derecho si sólo persigue el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado con el acto que se pretende anular; en uno y otro caso es indispensable, en tratándose de actos administrativos, obtener su anulación, en la primera, la de nulidad, como fin en sí, y en la segunda, en la plena jurisdicción, hoy de restablecimiento del derecho, como medio para obtener el fin propuesto.

No siendo la generalidad o particularidad del acto que determina el tipo de acción incoable contra él, es preciso, en este caso, examinar si la acción de restablecimiento del derecho procede contra un acto de carácter general que crea una potencial consecuencia lesiva de los derechos de una persona que resultaría, en su opinión, lesionada con la concreta ejecución de la medida.

La estructura del artículo 85 del Decreto legislativo 01 de 1984 supone que la acción de restablecimiento del derecho procede no como vía preventiva para evitar lesiones futuras a los derechos de las personas, ya que, de una parte la acción sólo se otorga a quien se crea lesionado en un derecho suyo, y no a quien se crea lesionable en su derecho, o sea que la lesión jurídica que abre la vía del control jurídico debe haberse activado, debe haberse realizado.

No obstante lo anterior, en la filosofía del Decreto-ley 01 de 1984 se quiso abrir la posibilidad de que la jurisdicción contenciosa sirviera de mecanismo preventivo contra eventuales procederes injurídicos de la administración, contra derechos particulares o con violación de la legalidad objetiva.

Tal afirmación es procedente si se tiene en cuenta lo preceptuado en el artículo 152, inciso 3º, según el cual "si la acción es distinta de la de nulidad del acto deberá aparecer comprobada, además, aunque sea sumariamente el perjuicio que sufre *o que podría sufrir el actor*" (subrayas fuera de texto).

Además, en cuanto a los actos preparatorios o de trámite, la suspensión es procedente entre otras hipótesis, cuando "se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso", actos de trámite o preparatorios que son susceptibles de la acción de nulidad, según las voces de los artículos 84 y 153 del Decreto-ley 01 de 1984 y, por tanto, también de la acción de restablecimiento del derecho, con lo cual, como se dijo, la anulación sería medio y no fin para lograr la protección del derecho subjetivo lesionado.

La jurisprudencia de la Corporación bajo la vigencia de la normatividad anterior al Decreto-ley 01 de 1984, encuentra orientada en el sentido de que la acción de restablecimiento del derecho no procedía contra los actos de carácter general, por cuanto éstos no tenían la virtud de lesionar concretamente derechos subjetivos.

La medida acusada es desde luego un acto administrativo y su aplicación puede eventualmente causar lesión a los afectados con su aplicación, así no se hallen actualmente determinados.

Sin embargo, para resolver de mérito sobre la validez de la Resolución 232 de junio 21 de 1985 del INVAL, es necesaria la comparecencia al proceso de los afectados con ella, y son por tanto titulares de la acción.

No habiéndose formulado la demanda por todos, la parte actora habría de indicarlos, a fin de que se pueda integrar legítimamente el contradictorio.

Si la actora persigue el restablecimiento del derecho objetivo violado, la procedente es la acción de nulidad y la de restablecimiento del derecho, si la finalidad perseguida en el restablecimiento del derecho subjetivo efectivamente violado con el acto cuya nulidad se pretende En ambas hipótesis es en principio indispensable la anulación del acto generador de la lesión jurídica denunciada.

No siendo la generalidad o particularidad del acto lo que determina la clase de acción intentable, sí es preciso, en este caso, examinar si la acción de restablecimiento del derecho subjetivo procede contra un acto de carácter general que, según el actor, no ha producido lesión jurídica concreta.

La estructura lógica jurídica del artículo 85 del Decreto-ley 01 de 1984 supone que la acción de restablecimiento del derecho que en él se regula no procede como vía preventiva para evitar lesiones futuras eventuales o hipotéticas de los derechos de las personas residentes en Colombia, pues la acción se otorga a quien se crea lesionado en un derecho suyo y no a quien se crea lesionable en un derecho suyo, o sea que la vía del control jurisdiccional contra actos administrativos se abre cuando la lesión es actual, si bien excepcionalmente, para evitar que la lesión prosiguiese, se da la posibilidad de la suspensión provisional de los actos administrativos.

Naturalmente la suspensión provisional del acto administrativo a prevención también existe contra actos preparatorios o de trámite. cuando se dirige a producir actos definitivos que no serían susceptibles de recurso y que fueran inconstitucionales o ilegales.

La decisión acusada es, desde luego, un acto preparatorio de la operación de ejecución de obras públicas y el acto eventualmente perjudicial para los particulares se concretará en la liquidación del monto de la contribución de valorización, acto contra el cual, aún supuesto que fuera inconstitucional o ilegal, serían procedentes los recursos y acciones consagrados en la ley.

Lo anterior implica la idea de que los actos de trámite a que se refiere la hipótesis tanto del inciso 3º del artículo 152, como el artículo 153 del Decreto-ley 01 de 1984, son aquellos actos susceptibles de acción de restablecimiento del derecho.

Pero para que esa acción sea procedente, es indispensable que se trate de actos de carácter general o particular que hayan lesionado un derecho subjetivo.

Contra los actos de carácter general que no causen lesión concreta sólo procede la acción de nulidad.

Como en el caso *sub exámine* la actora intentó acción de restablecimiento del derecho contra acto de carácter general, que no ha producido lesión concreta, y contra el cual tampoco procedería la medida accesoria de la suspensión por cuanto no se llenan los requisitos del artículo 152, inciso 3º del Decreto-ley 01 de 1984, síguese que, por falta de presupuesto para promover la acción, la demanda deberá inadmitirse.

En consecuencia, el Consejo de Estado habrá de confirmar el auto inadmisorio de la demanda, pero no por las razones aducidas por el Tribunal de primer grado, sino por los motivos que se han dejado reseñados, y que se han acogido por la Corporación, entre otras en providencia de 6 de diciembre del año de 1976, en la cual se sostuvo que el acto de carácter general, "por su índole o naturaleza no puede violar o desconocer directamente un derecho particular, sino mediante, por medio del acto o del hecho específico que le dé cumplimiento o ejecución" (*Anales*, Tomo XCI, Nos. 451 y 452, pág. 577, Ponente: Doctor Humberto Mora Osejo).

No cumpliendo el libelo incoatorio de la acción, por el aspecto señalado, con las exigencias de la demanda en forma, y por razones de economía procesal, se

*Resuelve:*

CONFIRMASE el auto apelado, por el cual el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda promovida por Carlos Jaramillo Zuluaga, por medio de apoderado contra la Resolución 323 de 21 de junio de 1985 proferida por la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín, por los motivos consignados en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

*Jorge Torrado Torrado*, Secretario.

*ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO. VENTAJAS TRIBUTARIAS.*

*1. Las ventajas tributarias que otorga la ley a favor de entidades sin ánimo de lucro es la de no entregar utilidades a los asociados o fundadores ni en vigencia de la entidad ni al momento de su disolución.*

*2. Finalidad de creación de dichas entidades.*

*3. PERSONAS JURIDICAS. Clases.*

*PERSONAS JURIDICAS. CLASES.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., diez de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Enrique Low Murtra.*

Referencia: Radicación 0979. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca. Nulidad de las resoluciones 518 de agosto 14 de 1981 y 536 de julio 16 de 1982. Demandante: Fundación Abood Shaio.

La Fundación Abood Shaio presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca demanda contra las resoluciones 518 del 4 de agosto de 1981 y 536 del 16 de julio de 1982 proferidas por la Junta Distrital de Hacienda. El tribunal accedió a las pretensiones de la actora, declaró nulas las resoluciones demandadas estimando que la Fundación actora es entidad sin ánimo de lucro y decidió que, por lo tanto, estaba exenta del pago del impuesto de industria y comercio.

El punto central de la litis es determinar si la actora reúne o no las condiciones que establece el estatuto distrital de industria y comercio (aplicable cuando se dictaron los actos administrativos objeto de la contienda) para obtener la exoneración tributaria.

Según el actor el Distrito violó el Acuerdo 10 de 1974 (artículos 1, 2, 6 y 58) y los artículos 633, 636 y 650 del Código Civil.

El artículo 1º del Acuerdo 10 determina que el impuesto de industria y comercio se causa sobre las actividades industriales, comerciales y de servicios que operen "con ánimo de lucro". De allí se infiere que están excluidas de ese gravamen las entidades que no tengan ánimo de lucro. Dice el demandante que la Clínica Shaio es una fundación sin ánimo de lucro luego debe cancelar el tributo.

La Administración, tanto en el debate gubernativo como en sus alegatos en la jurisdicción, sostuvo que como la clínica cobra precios y tarifas por los servicios que presta, no es propiamente una entidad sin ánimo de lucro sino que por el contrario se trata de una entidad con propósitos pecuniarios y por tanto sujeta al gravamen.

El tribunal reconoció los pendimentos de la actora con base en dos consideraciones: la condición de una entidad con ánimo de lucro y una sin ánimo de lucro no radica en el cobro de un precio por los servicios prestados sino en el reparto de beneficios. De otro lado la norma es clara cuando establece una exoneración en favor de entidades sin ánimo de lucro y es claro que la actora es entidad sin ánimo de lucro.

La señora fiscal sexto considera que la sentencia del *a quo* debe confirmarse. Dice así:

"Ante todo debemos anotar que las resoluciones cuya nulidad se impetra, se refieren a ejercicios fiscales anteriores a 1983, año en el cual Ley 14 precisó como materia imponible o hecho fáctico económico del impuesto de industria y comercio, las actividades industriales, comerciales o de servicio ejercidas con o sin ánimo de lucro, elemento que anteriormente correspondía definir a los municipios, ante la vaguedad al respecto de la Ley 97 de 1913.

"Fijado el ámbito temporal, debemos situarnos en el marco legislativo del Acuerdo Distrital 10 de 1974, que en su artículo 1º disponía que 'El impuesto de industria y comercio grava todas las actividades industriales, comerciales y de servicios con *ánimo de lucro* que se ejerzan en Bogotá, D. E.' (subraya la Fiscalía) y en su artículo 6º definía como establecimientos o actividades de servicio con ánimo de lucro, 'los dedicados a la prestación de servicios de carácter general, comercial o personal, *que generen lucro a sus propietarios o gestores*' (nuevamente subraya la Fiscalía).

"El artículo 28 del Código Civil dispone 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 estas el significado legal'. De manera que para determinar si la accionante es o no un establecimiento con ánimo de lucro o ejerce o no actividades de servicio con tal ánimo y por lo tanto es o no sujeto pasivo del tributo de industria y comercio, debemos analizar si la prestación de sus servicios genera o no lucro a sus propietarios o a sus gestores.

"De conformidad con los estatutos remitidos por el Ministerio de Salud que obran a folios 107 a 110, la demandante 'es una entidad de carácter civil sin ánimo de lucro y de fines sociales y caritativos' (art. 1º) originada en la afectación a perpetuidad de un conjunto de bienes donados por los fundadores (lote de terreno, construcciones y dotación correspondiente, que funciona con el nombre de Clínica Shaio) a la prestación de 'asistencia médica y hospitalaria a niños y adultos que careciendo de medios de subsistencia suficientes y del derecho para exigirla a otras entidades o personas públicas o privadas, padecieren enfermedades del corazón congénitas o adquiridas' (artículos 4º y 6º).

"¿Genera lucro para sus propietarios o gestores la prestación de servicios de la Clínica Shaio?

"Para la Fiscalía es evidente que no; en primer término, porque tratándose de una fundación no puede hablarse de propietarios ni gestores, sino de órganos de administración, que según los estatutos son la Junta Directiva, el Comité Asesor y el Gerente (art. 8º). En segundo término, porque como lo previsa Von Tuhr 'lo esencial de la asociación consiste en una pluralidad de miembros que la fundan para perseguir un objeto y cuya voluntad es decisiva para su ulterior existencia y actividad; los miembros pueden modificar el objeto social, pueden disolver la asociación y constituyen en ella el elemento dominante. La fundación es muy distinta; el fundador fija en un principio para el cual debe servir su patrimonio y no puede modificarlo ni siquiera él mismo; las personas encargadas de su administración son órganos sirvientes' (Derecho Civil, T. 2, pág. 111, citado en el Código Civil de Ortega Torres). De tal manera que todo el patrimonio de la fundación está afectado a perpetuidad al beneficio social señalado y así se establece en el caso que nos ocupa en los estatutos, al disponer en el artículo 7º que 'forman también el patrimonio de la institución todos los bienes muebles, inmuebles, legados, herencias y donaciones, elementos adquiridos mediante rifas, bazares y limosnas que se hayan hecho o se hagan en favor y con destino a la entidad, los productos de todos los bienes que hayan hecho o se hagan en favor y con destino a la entidad, los productos de todos los bienes que hayan sido demostrados o se administren por terceras personas, los auxilios del Tesoro Público y, en general, todo lo que se haya recaudado, se recaude o se adquiera con destino a la institución'. Y finalmente, porque en las fundaciones los beneficios que se obtengan no pueden ser repartidos entre sus fundadores ni entre las personas que las dirigen y también así lo prescriben los estatutos, en el artículo 5º al disponer que el valor que se cobre a los pensionados se dedicará al sostenimiento de la clínica y en el artículo 13, al prohibir a los miembros principales y suplentes de la Junta Directiva ser designados por la fundación para desempeñar cargos remunerados o celebrar ninguna clase de negocios con la institución.

"Debemos concluir entonces que en los términos del artículo 6º del Acuerdo 10 de 1974, la Fundación Abood Shaio no es una entidad con ánimo de lucro y por consiguiente que tenía derecho a que se le declarara no sujeta al impuesto de industria y comercio.

"El argumento de la representante judicial del Distrito Especial de que por haberse comprobado que la fundación obtiene ingresos de los servicios que presta, la entidad se aparta de sus objetivos estatutarios y se convierte en una institución con ánimo de lucro, en nuestra opinión es equivocada. Si bien, según lo dictaminaron los peritos 'los servicios que presta la clínica no son gratuitos' como debieran serlo en buena proporción de acuerdo con el objetivo principal de la fundación, lo cierto es que también los peritos evidenciaron que la clínica 'no reparte ni paga ninguna clase de utilidades a sus socios, fundadores o funcionarios, e invariablemente reinvierte el resultado final de su actividad anual, en equipo científico cada vez más sofisticado, para el tratamiento de las enfermedades de su especialización' (pág. 3 del dictamen), con lo cual se cumple con lo dispuesto por el artículo 5º de los

estatutos, que autoriza la prestación de servicios a pensionados siempre que los recursos que se obtengan se inviertan en el sostenimiento de la clínica.

"La prueba pericial entonces, antes de desvirtuar la ausencia de ánimo de lucro, la corrobora.

"Por las razones expuestas, la Fiscalía considera que no tiene razón la apelante y que debe confirmarse la sentencia apelada. Así lo solicita a la H. Sala".

*Decisión:*

Los estudios de la señora fiscal y del tribunal se ajustan en un todo a derecho:

1. El Acuerdo 10 del Distrito Especial de Bogotá regula en un todo el régimen de exoneraciones del impuesto de industria y comercio para el ejercicio gravable discutido. En ese Acuerdo se precisó con claridad que las entidades sin ánimo de lucro dedicadas a la salud están exentas del tributo.

2. Tanto el criterio *normativo* como el *jurisprudencial* han precisado que son entidades sin ánimo de lucro las que no distribuyen beneficios ni en vigencia de la sociedad ni al momento de su disolución.

Este punto ha sido ampliamente discutido en la doctrina. Precisamente en un estudio del cual fue autor el suscrito conductor del proceso se dijo:

"Cuando se consagró en el Código Civil la figura jurídica de las fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, seguramente se pensó en la multiplicidad de formas que estas entidades proyectarían sobre la vida comunitaria. Don Andrés Bello en su proyecto de Código Civil tan conocido por los estudiosos de estas disciplinas consignó la siguiente clasificación en el artículo 644 de ese proyecto: 'Las personas jurídicas son de dos especies: Corporaciones y fundaciones de piedad o utilidad pública'. Esta distinción fue también elemento de análisis en Savigny y parece ser la base del texto del párrafo 2º del artículo 633 de nuestro código. Las personas jurídicas sin ánimo de lucro fueron creciendo en importancia, impulsadas por las mismas aspiraciones de la comunidad, y por los vacíos frecuentes que deja el propio estado en su incapacidad de atender los intereses generales del bienestar común.

"La tipología de las entidades de derecho privado sin ánimo de lucro se ha extendido en numerosas formas: existen en primer término 'las fundaciones de beneficiencia pública' y las 'corporaciones' o 'asociaciones' como las llama nuestro código. Las primeras vinculan un patrimonio hecho por el fundador a un fin de interés general. Las segundas agrupan unas personas humanas para la realización de un objeto común y como dice Von Tuhr 'la voluntad de los asociados es decisiva para su existencia' ".

Para estas entidades la ley ha concedido algunos privilegios: unos de tipo tributario, en veces subsidios directos y finalmente, apoyos crediticios. Las ventajas tributarias que otorga la ley a favor de las

entidades sin ánimo de lucro es la de no entregar utilidades a los asociados o fundadores ni en vigencia de la entidad ni al momento de su disolución.

3. Como bien lo analizan tanto el tribunal como la señora fiscal la Fundación Shaio es una entidad sin ánimo de lucro, precisamente porque no hay posibilidad alguna de distribución de beneficios en ninguna oportunidad, ni en vigencia de la entidad ni al momento de su disolución.

La fijación de tarifas y precios por los servicios que presta en alguna oportunidad no le cambian su carácter de entidad sin ánimo de lucro, pues muchas son las entidades de utilidad común que obtienen ingresos en algunos de los bienes que enajenan o de los servicios que realizan. Precisamente para cumplir con la parte social de sus funciones se hace imperativo sostener su patrimonio con el cobro de precios o tarifas por los servicios prestados o los bienes enajenados.

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.

Los Consejeros:

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate.*
*Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

# TITULO IV

## RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

*PRESCRIPCION Y CADUCIDAD. ORIGEN, NATURALEZA Y CLASIFICACION DE LA PRESCRIPCION. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA CADUCIDAD. Diferencia con la prescripción. Jurisprudencia y legislación extranjera. REGIMEN EN EL DERECHO COLOMBIANO.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº 4852. Actor: Luis Medina Cáceres.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 7 de marzo de 1986, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, dentro del proceso de la referencia, por el cual se "rechazó *in límine*" la demanda por caducidad de la acción.

*I. La providencia apelada*

Se fundamenta así:

"1. Que se trata de una demanda contentiva de una Acción de Responsabilidad Extracontractual contra la Nación, por la muerte violenta de la señora Solángel Cáceres Vda. de Medina, causada por un Agente de la Policía Nacional, hecho este acaecido el once (11) de noviembre de 1979, en el corregimiento de La Vega, Municipio de Cáchira, Norte de Santander".

"2. Que la caducidad de este tipo de acciones es de dos años a partir de la realización del hecho. *Por ende,* ya la acción entablada está más que *caducada,* situación jurídica ésta reconocida por la misma parte actora, al decir:

" 'b) *Oportunidad.* Aunque ya ha transcurrido un tiempo *mayor al del término máximo de Caducidad de la Acción que establece el Código Contencioso Administrativo,* considero, y espero así lo acepte ese H. Tribunal, que dicho término no empieza a correr para mi poderdante y actor Luis Medina Cáceres, sino desde el 27 de septiembre de 1984, cuando cumplió los dieciocho años de edad' ".

"Y explica en renglones seguidos el por qué no debe correr ese término de caducidad para su poderdante (cf. fols. 28 y 29 del informativo)".

"*Sin embargo,* acorde a la Jurisprudencia doctrinal, explicitada por el Honorable Consejo de Estado":

"'...la caducidad consiste en la extinción del derecho a la acción o al recurso, por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable para que quien se pretenda titular de un derecho opte por ejercitarlo o renuncia a él, fijado en forma objetiva *sin consideración a situaciones personales del interesado,* no susceptible de interrupción ni de renuncia por parte de la administración' (Subraya esta H. Sala —Cf. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 31 de mayo de 1979, Consejero ponente: Doctor Dangond Flórez, Actor: Distribuidora de Equipos Industriales, Exp. Nº 2664, Responsabilidad Extracontractual del Estado—)".

"'La caducidad, nos dice también el H. Consejo de Estado, tanto se da en el derecho privado como en el derecho público y *ambos tienen carácter de orden público,* pues su organización obedece a la necesidad social derivada de razones de interés general de obtener *en tiempos breves* la definición de ciertos derechos' (Subraya la Sala. Cf. sent. 24 de enero de 1982, Exp. Nº 10895, *Anales* 1982, segundo semestre, Nos. 475-476)".

"Y, al respecto el Profesor de Derecho Administrativo Gustavo Penagos, en su obra 'Derecho Procesal Administrativo según la Jurisprudencia', nos dice lo siguiente":

"'...los plazos preestablecidos en *forma objetiva,* es decir, *sin consideración a situaciones personales del interesado,* es lo que se llama caducidad, si el actor los deja transcurrir sin presentar la demanda, *el derecho a la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirlos excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse,* al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos. El derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con un plazo prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece *definitivamente* al caducar o terminar el plazo improrrogable' (cf. opus. cit. Parte General, Ediciones Librería el Profesional, primera edición, 1983, pág. 343)".

"Basta lo transcrito anteriormente, para llevar a esta Sala al rechazo *'in límine'* de la demanda entablada por haberse operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción" (fols. 33 a 35 C. 1).

*II. Sustentación del recurso*

Dice así el recurrente:

"Fundo el recurso en los siguientes argumentos de orden legal":

"1º Mi mandante señor Luis Medina Cáceres es huérfano de padre y madre, como se halla demostrado en autos, y llegó a la mayor edad el 27 de septiembre de 1984, como lo acredita el Registro Civil expedido por el señor Inspector Departamental de Policía Especial del corregimiento de La Vega".

"2º Dada la precaria situación económica de mi mandante y de todo orden, no contaba con los medios suficientes para recurrir a la Justicia ordinaria a fin de que se le designara un curador".

*PRESCRIPCION Y CADUCIDAD. ORIGEN, NATURALEZA Y CLASIFICACION DE LA PRESCRIPCION. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA CADUCIDAD. Diferencia con la prescripción. Jurisprudencia y legislación extranjera. REGIMEN EN EL DERECHO COLOMBIANO.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº 4852. Actor: Luis Medina Cáceres.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 7 de marzo de 1986, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, dentro del proceso de la referencia, por el cual se "rechazó *in límine*" la demanda por caducidad de la acción.

*I. La providencia apelada*

Se fundamenta así:

"1. Que se trata de una demanda contentiva de una Acción de Responsabilidad Extracontractual contra la Nación, por la muerte violenta de la señora Solángel Cáceres Vda. de Medina, causada por un Agente de la Policía Nacional, hecho este acaecido el once (11) de noviembre de 1979, en el corregimiento de La Vega, Municipio de Cáchira, Norte de Santander".

"2. Que la caducidad de este tipo de acciones es de dos años a partir de la realización del hecho. *Por ende,* ya la acción entablada está más que *caducada,* situación jurídica ésta reconocida por la misma parte actora, al decir:

" 'b) *Oportunidad.* Aunque ya ha transcurrido un tiempo *mayor al del término máximo de Caducidad de la Acción que establece el Código Contencioso Administrativo,* considero, y espero así lo acepte ese H. Tribunal, que dicho término no empieza a correr para mi poderdante y actor Luis Medina Cáceres, sino desde el 27 de septiembre de 1984, cuando cumplió los dieciocho años de edad' ".

"Y explica en renglones seguidos el por qué no debe correr ese término de caducidad para su poderdante (cf. fols. 28 y 29 del informativo)".

"*Sin embargo,* acorde a la Jurisprudencia doctrinal, explicitada por el Honorable Consejo de Estado":

" '...la caducidad consiste en la extinción del derecho a la acción o al recurso, por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable para que quien se pretenda titular de un derecho opte por ejercitarlo o renuncia a él, fijado en forma objetiva *sin consideración a situaciones personales del interesado,* no susceptible de interrupción ni de renuncia por parte de la administración' (Subraya esta H. Sala —Cf. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 31 de mayo de 1979, Consejero ponente: Doctor Dangond Flórez, Actor: Distribuidora de Equipos Industriales, Exp. Nº 2664, Responsabilidad Extracontractual del Estado—)".

" 'La caducidad, nos dice también el H. Consejo de Estado, tanto se da en el derecho privado como en el derecho público y *ambos tienen carácter de orden público,* pues su organización obedece a la necesidad social derivada de razones de interés general de obtener *en tiempos breves* la definición de ciertos derechos' (Subraya la Sala. Cf. sent. 24 de enero de 1982, Exp. Nº 10895, *Anales* 1982, segundo semestre, Nos. 475-476)".

"Y, al respecto el Profesor de Derecho Administrativo Gustavo Penagos, en su obra 'Derecho Procesal Administrativo según la Jurisprudencia', nos dice lo siguiente":

" '...los plazos preestablecidos en *forma objetiva,* es decir, *sin consideración a situaciones personales del interesado,* es lo que se llama caducidad, si el actor los deja transcurrir sin presentar la demanda, *el derecho a la acción caduca, se extingue inexorablemente, sin que pueda alegar para revivirlos excusa alguna, ya que no son susceptibles de interrumpirse,* al contrario de lo que ocurre con la prescripción extintiva de derechos. El derecho puramente potestativo a la acción o al recurso comienza con un plazo prefijado y nada obsta para que se ejercite desde el primer día, pero fenece *definitivamente* al caducar o terminar el plazo improrrogable' (cf. opus. cit. Parte General, Ediciones Librería el Profesional, primera edición, 1983, pág. 343)".

"Basta lo transcrito anteriormente, para llevar a esta Sala al rechazo *'in límine'* de la demanda entablada por haberse operado el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción" (fols. 33 a 35 C. 1).

*II. Sustentación del recurso*

Dice así el recurrente:

"Fundo el recurso en los siguientes argumentos de orden legal":

"1º Mi mandante señor Luis Medina Cáceres es huérfano de padre y madre, como se halla demostrado en autos, y llegó a la mayor edad el 27 de septiembre de 1984, como lo acredita el Registro Civil expedido por el señor Inspector Departamental de Policía Especial del corregimiento de La Vega".

"2º Dada la precaria situación económica de mi mandante y de todo orden, no contaba con los medios suficientes para recurrir a la Justicia ordinaria a fin de que se le designara un curador".

"3º Además de lo anterior, dadas las tragedias que han agobiado a mi mandante ora por la muerte trágica de su padre, ora por la también trágica muerte de su señora madre, ora por la situación económica y la gran responsabilidad que hubo de afrontar, etc., le hacían imposible ejercitar dentro del angustioso término de dos años este derecho".

"4º Si bien es cierto que la ley fija para este caso un término de caducidad de dos años, dicho término en el caso sub examen, dadas las especiales circunstancias, debe operar a partir de la mayor edad de mi poderdante atendiendo además que la expedición de la cédula se lleva un buen tiempo".

"Por lo expuesto, solicito al H. Magistrado se sirva conceder el recurso de apelación interpuesto pra (sic) el H. Consejo de Estado" (fol. 37 C. 1).

*III. Consideraciones de la Sala*

El apelante, además de mencionar razones de equidad, parece pretender un tratamiento para *"la caducidad"* con aplicación de principios que sólo juegan para "la prescripción".

A. *La prescripción, su origen, su naturaleza, su clasificación.*

1. La *"usucapio"*, ya regulada en la ley de las XII Tablas, permitía al poseedor convertirse en propietario por el uso continuado de la (*usu capere*), aún omitido el formalismo de la "MANCIPATIO" o de la "IN IURE CESSIO" o cuando el "TRADENS" no era el propietario, perfeccionándose el derecho de propiedad en un (1) año para los muebles y en dos para los inmuebles con tal que el negocio se hubiera adelantado entre "CIVES" pues era "modo de adquirir del derecho civil" que no podía aplicarse a los extranjeros ni a los bienes provinciales.

2. Frente al derecho de propiedad y en otro plano, dentro del derecho romano, estaban las "acciones del derecho civil" que eran perpetuas hasta cuando el pretor introdujo las acciones con vida temporal, por el juego de la "PRAESCRIPTIO", en el procedimiento formulario en donde la jurisdicción "IN IURE" estaba a cargo del magistrado y la "IN IUDICIO" correspondía al juez. La "PRAESCRIPTIO" era una parte de la fórmula por la cual el magistrado liberaba al juez del examen del fondo de la controversia y lo autorizaba a rechazar directamente la acción, frente al tardío ejercicio de la misma. Estas eran las llamadas "PRAESCRIPTIO TEMPORIS" que aunque distintas a las excepciones, terminaron, para algunos romanistas, confundidas con las excepciones.

3. Tal vez la más importante de las "PRAESCRIPTIONES TEMPORIS" sea la "LONGI TEM-PORIS" que permitía a los poseedores de los "fundos provinciales", excluidos de la "USUCAPIO" repeler las acciones del propietario, transcurridos 10 ó 20 años (según fuera entre presentes) y siempre que el poseedor tuviera justo título y buena fe".

4. Ya se vio cómo nacen en momentos distintos del derecho romano y con fines diferentes, la "USUCAPIO" y la "PRAESCRIPTIO".

No obstante algunos estudiosos del derecho romano, al parecer equivocadamente, consideran que bajo Justiniano se asimilaron y se confundieron.

5. Además de la "PRAESCRIPTIO" estudiada, concibió el derecho romano la "PRAESCRIPTIO LONGISSIMI TEMPORIS" mediante la cual el poseedor, aún sin justo título y sin buena fe, o de cosa robada, podía, después de 30 ó 40 años, repeler las acciones reivindicatorias del verdadero propietario.

6. Ya se dijo como algunos comentaristas del derecho romano consideran que, a partir de Justiniano, la "USUCAPIO" y la "PRAESCRIPTIO", se unifican, de ahí que se llamen "UNITARISTAS" reforzados por los canonistas y por los "IUS NATURALISTAS" que extienden su influencia hasta el Código de Napoleón a través de Domat y de Dunod de Charnage, y antes de Wipperman y Lundius, Windscheid, Fadda y Bensa, entre otros.

7. Los Códigos que tratan en forma más o menos unitaria, por dar noción común a ambos fenómenos e idénticas normas sobre suspensión, interrupción, carácter de orden público, son el Código Civil Francés, el Austriaco, el Chileno, el Italiano de 1865, el Español, el Argentino y el Colombiano, pero en todos ellos también se regulan, en forma separada, sus distintas consecuencias.

8. Otros muchos comentaristas, la mayoría y los más respetados, configuran la escuela "dualista" y sostienen que la prescripción y la usucapión no tienen rasgos comunes y son fenómenos jurídicos distintos (Voet, Yáñez de Parladorio, Heinegio, Bourjon, Pothier y especialmente Federico Carlos Savigny el más ilustre tratadista de Derecho Romano) (Tratado de Derecho Romano. París 1856). La misma tesis es sostenida por Aubry et Rau (Curso de Derecho Civil Francés), Messineo (Manual de Derecho Civil y Comercial), Julliot de la Morandiere (Principios de Derecho Civil), Lafaille (Tratado de las Obligaciones), Salvat (Obligaciones en General), Spota (Tratado de Derecho Civil) de Gasperi (De las Obligaciones) y Rezzonico (Estudio de las Obligaciones).

Para los dualistas, la "usucapión" es un medio de adquisición de los derechos reales que exige la actividad del poseedor para que la usucapión se consume mientras que la prescripción liberatoria, es modo de extinguir las obligaciones y sólo exige la omisión del acreedor al no exigir su cumplimiento.

9. Dentro de esta escuela se encuentran los códigos Alemán (la prescripción entre los modos de adquirir la propiedad, artículos 900, 927, 937 y ss.), la legislación Suiza (la prescripción en el Código Federal de las Obligaciones y la usucapión entre los modos de adquirir la propiedad, en el Código Civil) (arts. 661 y ss. y 728), el Código Brasileño, y el Italiano de 1942, que trata de la liberatoria en los artículos 2943 y ss. y la usucapión en torno a la posesión (artículos 1158 y ss.).

10. Los romanistas afirmaban que la "PRAESCRIPTIO EST HUMANI GENERIS PATRONA", porque protegía valores sociales trascendentes y hoy se dice que es institución de orden público cuyo objeto es dar estabilidad y firmeza a los negocios, disipar incertidumbres del pasado y poner fin a la indecisión de los derechos.

La "USUCAPIO" según el Digesto, Lib. XLI, Lit. III, Ley 1ª es "BONO PUBLICO USUCAPIO INTRODUCTA EST", por lo que, igualmente, compromete el interés superior de la sociedad.

11. No hay duda alguna que por la "USUCAPIO" el usucapiente adquiere la propiedad de un derecho real, sin que necesariamente tal derecho haya sido perdido, por otro, como se ve en la usucapión de corto tiempo, con justo título y buena fe, en que sus efectos son depuradores y consolidadores, no creadores.

Entre tanto, la "PRAESCRIPTIO" es la extinción de la acción, como "derecho potestativo, subjetivo y público" sin que implique la extinción del derecho subjetivo sustancial u obligacional, pues de obligación civil devienen, en obligación natural, con conocidos efectos jurídicos como el de validar el pago y permitir la compensación "QUAE TEMPORALIA SUNT AD AGENDUM PERPETUA SUNT AD EXCIPIENDUM" y como se ve claramente del artículo 2536 del Código Civil Colombiano, que consumada la prescripción de la acción ejecutiva, regula la vida posterior de la acción ordinaria y, por ende, de la obligación civil.

12. La "USUCAPIO" bien puede proponerse como defensa o excepción o como acción declarativa de dominio mientras que la praescriptio sólo puede proponerse como defensa, dada su naturaleza extintiva, y esta última siempre debe ser alegada, pues el juez no puede invocarla de oficio.

B. *La caducidad, su naturaleza, sus efectos.*

*Diferencia con la prescripción.*

Caducidad, del latín "caducus", lo decrépito o muy anciano, lo poco durable. Caducidad es la acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, por expiración del plazo señalado en la ley.

a) Ha sido de común ocurrencia la confusión entre prescripción y caducidad, no obstante sus connotadas diferencias. En la confusión cabe singular autoría a Merlín para quien "se debía tener por constante que las caducidades son susceptibles de la aplicación de todas las reglas propias de las prescripciones liberatorias, a menos que la ley disponga otra cosa, sea expresamente, sea de modo implícito respecto a algunos" criterio este combatido por numerosos tratadistas franceses, especialmente por Baudry-Lacantinerie, quien acoge las diferencias acordadas por Aubryet Rau, cuando dicen: *"al no acordar la ley una acción sino a condición de que sea ejercida en tiempo determinado, hay caducidad a la expiración de ese tiempo, pues de no ser esto así lo que existe es la prescripción extintiva; porque no puede haber un día de negligencia para fundar la caducidad, es como si hubiese un término legal extintivo que ataca el derecho mismo".*

*Hay caducidad de la acción, cuando ha expirado el plazo fijo señalado por la ley, para ejercerla, lo cual ocurre fatalmente, sin suspensión, sin interrupción, sin posposición y sin necesidad de investigar negligencia.*

b) La doctrina ha señalado como fundamentales diferencias entre la prescripción y la caducidad las siguientes: *1) La prescripción extintiva es una excepción, la caducidad también podría engendrar una acción; 2) la caducidad obra en pleno derecho, sin la voluntad de las partes o contra ella, mientras que la prescripción ha de ser propuesta por el prescribiente; 3) la caducidad corre contra todo el mundo, pues no admite interrupción, mientras que ciertas prescripciones de corto término no corren contra los menores y los incapaces; 4) la caducidad no admite suspensión alguna, las prescripciones sí; 5) la prescripción es renunciable, la caducidad no.*

La jursiprudencia se ha pronunciado al respecto:

"La tesis de que la caducidad de la acción de plena jurisdicción no puede examinarse sino en la sentencia es inaceptable. Estando condicionada la competencia del Consejo al hecho de que la demanda sea presentada dentro de los términos legales, ese hecho viene a constituir un presupuesto de la acción, de forzoso estudio previo, pues de él ha de resultar si la acción subsiste o ha desaparecido. Y esto ha sido tan claro que cuando quiera que por inobservancia se ha dado curso a una demanda presentada fuera de los términos legales, el Consejo no se ha considerado obligado a dar un pronunciamiento de fondo y ha procedido a declarar la prescripción de la acción. Es este, además, un modo de actuar impuesto por el principio de la economía procesal, ya que carece de sentido práctico poner en marcha el órgano jurisdiccional así como comprometer el tiempo y el dinero de los litigantes en acciones que desde un principio y por este aspecto están condenadas a fracasar" (Auto, 23 de julio de 1962, T. LXV, nos. 399-400, p. 90).

"Es oportuno deslindar las nociones de caducidad y prescripción porque si bien el C.C.A. emplea indistintamente esos términos cuando se trata del primero de estos fenómenos jurídicos, ello contribuye a aclarar la diferencia que existe entre el derecho subjetivo reclamado y el derecho a ejercitar la acción establecida para deducirlo en juicio. La prescripción se predica propiamente de los derechos subjetivos y la caducidad, de las acciones que se instituyen para impetrar ante la jurisdicción competente su protección y efectividad; la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones. Y es obvio que los términos para el ejercicio de las acciones civiles deducibles ante la jurisdicción ordinaria rijan lo concerniente a ellas, en tanto que las acciones de naturaleza administrativa que promueven contenciones ante la respectiva jurisdicción se subordinen a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectiva la responsabilidad del Estado cuando con un acto, hecho u omisión suyos, actuando en función de autoridad o de servicio oficial, lesiona un derecho particular. En cualquiera de estas hipótesis se trata de que se declare responsable a la persona administrativa y se la condene a indemnizar el perjuicio consiguiente. Ya la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1º de octubre de 1946 (G. J., T. LXI, p. 583-608), cuya doctrina prohija el Consejo, estableció las diferencias esenciales que existen entre los dos fenómenos jurídicos así: 1) mientras que la prescripción sólo tiene cabida por la vía de las excepciones, es decir, que debe ser siempre alegada, pues el juez no puede declararla de oficio, la caducidad opera siempre *ipso*

*jure*, esto es, que el juez puede y debe declararla de oficio; 2) al paso que la prescripción puede ser renunciable expresa o tácitamente, en las condiciones previstas por la ley, la caducidad no lo es nunca, porque es una institución de orden público; 3) los términos de la prescripción, salvo algunas excepciones, siempre admiten suspensión y pueden ser interrumpidos; los de caducidad, en cambio, no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben cumplirse rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extinga irrevocablemente; 4) la prescripción supone siempre la pre-existencia de una obligación, pues sus términos comienzan a correr desde que la obligación deviene exigible; la caducidad, en cambio, no la supone necesariamente, porque la ley la consagra de manera objetiva, para la realización de un acto o hecho (sent. 11 de octubre 1963, T. LXVII, 403, 404, pág. 286)".

No puede, pues, negarse la diferencia existente entre estos dos fenómenos que, basados ambos en el tiempo, en la prescripción su fundamento es la presunción de liberación resultante de la inacción prolongada del acreedor, en tanto que en la caducidad, sólo se requiere el transcurso del plazo fijo señalado en la ley para ejercitar la acción.

En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia argentina:

1. "A pesar de las vacilaciones de la doctrina, en esta y en la jurisprudencia ha terminado por prevalecer la tesis de que la caducidad es una figura distinta de la prescripción" (Sup. Corte de Salta, J. A. 1946-I, pág. 402).

2. "Lo que distingue la caducidad de la prescripción es que la primera extingue, restringe o modifica el derecho de acción, mientras que la prescripción supone que el titular no ha ejercitado ese derecho en un cierto tiempo por causas que le son imputables" (Sup. Corte Nacional J. A., 1944-II, pág. 676).

3. "La caducidad afecta a una acción cuyo ejercicio es fundamental para el nacimiento del derecho, mientras que la prescripción afecta a la acción de un derecho perfecto y existente. Aquella se origina no sólo en la ley —como ésta— sino en la convención o el testamento" (Cam. Civ. 1ª, Cap. Fed. 3-9-947, S. A., 1947 - III, pág. 549 y LL. T. 48, pág. 322).

c. 1. Carnelutti, distingue entre *decadencia y caducidad*. Cuando la ley señala un plazo, con la prevención de que si el acto no se realiza antes de su vencimiento, se las tendrá por decaídas en su derecho, consumándose su pérdida, hay *decadencia*. Cuando, por el contrario, la ley obliga a las partes la continuación del juicio, so pena de perención, hay caducidad, el juicio termina pero los derechos controvertidos no se pierden.

2. Enneccerus (Tratado de Derecho Civil, Barcelona) dice que la caducidad surge de la frecuencia con que el legislador otorgue derechos sólo por un plazo determinado, a cuyo vencimiento, si no se ejerció, se extingue.

3. Castan (Derecho Civil Español Común y Foral Madid, 1949), sostiene que la caducidad o decadencia de derechos tiene lugar cuando

la ley y la voluntad de los particulares señalan un término fijo para la terminación de un derecho, de tal modo que transcurrido este último no puede ya ser ejercitado.

4. El profesor Edmundo Cortés Jiménez (Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II, pág. 481), dice:

"En el terreno jurídico, y concretándonos a la caducidad de derechos y acciones, por ser lo más general e interesante, se puede definir en principio como la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo señalado por la ley o la voluntad de las partes".

5. Grawein, citado por Cortés Jiménez, dice que en ciertos casos de caducidad, se da también una inactividad por parte del titular, y que dicha conducta pasiva del sujeto de derecho no presenta los mismos caracteres en la prescripción extintiva y la caducidad, porque en la primera la inactividad del titular no se refiere al ejercicio de las exigencias mismas, sino sólo a la ejecución de ciertas medidas de seguridad, consideradas por la ley como causas de interrupción de la prescripción extintiva, formando en este sentido un medio de conservar viva la exigencia más allá del plazo de prescripción, a pesar de su continuada inactividad.

6. Rosemberg, citado por el mismo profesor argentino, contradice a Grawein y afirma que no tan sólo la existencia de un día final invariable, sino el hecho de la perpetua amenaza del fin, la llegada del cual es sólo dudosa en cuanto al tiempo en que se realizará, basta para delinear el concepto de la caducidad. También agrega que no son, como entiende Grawein, el transcurso del plazo y el no ejercicio los únicos supuestos o elementos distintivos de la caducidad. Los supuestos son para él: la concurrencia del transcurso del tiempo o bien con el no ejercicio, o no realización de un acto con el acreedor, o bien por el hecho de que el reconocimiento por el no obligado no ha tenido lugar, o de que no se ha realizado un suceso dotado de eficacia suspensiva.

7. De Buen, Alas y Ramos (La prescripción extintiva, Centro de Estudios Históricos, Madrid, 1918), analizando la crítica de Rosemberg y la teoría de Grawein, afirman que el primero pese a su minucioso examen, no alcanza a destruir una cosa: que existen ciertos derechos destinados a vivir un plazo limitado, sin que pueda este plazo en modo alguno suspenderse ni interrumpirse, y que sólo ejercitándolos dentro del plazo que la ley marca, puede el favorecido con ellos alcanzar las ventajas que esos derechos conceden. Agrega a continuación que en todos los casos de prescripción extintiva la pérdida del derecho no está sólo condicionada por el no ejercicio sino por las demás causas de suspensión o interrupción que cada legislador reconoce. Con lo cual queda en pie una de las principales premisas de Grawein, la de que siendo la prescripción y temporalidad común el elemento positivo del transcurso del tiempo, es en ella diferente el negativo de la inactividad del titular.

8. El profesor Cortés Jiménez, comenta las diferencias entre la caducidad y prescripción, así:

"Los tratadistas modernos consideran la caducidad como institución jurídica autónoma. Señalando la siguiente diferencia entre ella y la prescripción extintiva:

"La caducidad o decadencia puede ser convencional o legal; mientras que la prescripción tiene siempre su origen en la última. En la prescripción el derecho nace con duración indefinida y sólo se pierde cuando haya negligencia en usarlo; en la caducidad nace el derecho sometido a un término fijo de duración, prescindiéndose de toda consideración de negligencia en el titular. La prescripción opera generalmente a través de una excepción, en tanto la caducidad produce sus efectos de manera directa y automática. Por ello, dice Ennecerus que el plazo de caducidad ha de tomarse en cuenta por el juez, aunque sólo se desprenda su transcurso de la exposición del demandante; la prescripción, en cambio sólo la invoca el demandado. La prescripción se aplica únicamente a las pretensiones, mientras que la caducidad se refiere especialmente a los derechos llamados potestativos. En la caducidad, a diferencia de lo que ocurre con la prescripción, no se admiten generalmente causas de interrupción o suspensión" (Von Tuhr, Castán, Enneccerus, Atas, De Buen, Ruggiero y otros). (Enciclopedia Jurídica Omeda. Tomo II. pág. 484).

d) La caducidad tanto se da en el derecho privado como en el derecho público y en ambos tiene carácter de orden público, pues su organización obedece a la necesidad social derivada de razones de interés general de obtener en tiempos breves la definición de ciertos derechos.

En el Derecho Civil, la pérdida de la acción de nulidad del matrimonio en ciertas circunstancias; la pérdida del derecho al desconocimiento del hijo aparentemente legítimo; la de revocación de donaciones; las acciones por vicios redhibitorios, etc., están configurados como caducidades y a ellas se refiere, por su parte el C. de P. C., en sus artículos 85 y 308.

*c) La prescripción y la caducidad en el derecho colombiano*

1. El Código Civil colombiano, en su artículo 673, enumera entre los modos de adquirir el dominio, la prescripción y en su artículo 765, al definir los justos títulos del poseedor regular, entre los constitutivos, incluye la prescripción. Aunque no es materia de esta providencia, conviene observar cómo la comparación de las dos normas anteriores, se concluye que lo que es modo de adquirir el *DOMINUS*, es *título* para el poseedor regular.

Lo importante es que, tanto como título que como modo, las normas aludidas contemplan la mal llamada *"prescripción adquisitiva"* o verdadera *"USUCAPION"*.

2. En el artículo 1625, *ibídem*, aparece, entre los modos de extinguir las obligaciones, la prescripción, es decir la extintiva o liberatoria.

Lo mismo que en la doctrina, como quedó visto la jurisprudencia nacional distingue entre la usucapión y la prescripción.

"El artículo 2512 del C. C. distingue entre la prescripción adquisitiva (de un derecho) y la extintiva (de una acción). Para declarar esta última basta solamente que no se haya ejercido la acción durante

cierto tiempo; una acción o derecho se prescribe cuando se extingue por prescripción es decir, cuando ha pasado el tiempo que otorga la ley para su ejercicio. Y si bien es cierto que el artículo 2538 considera el caso consecuencial de la prescripción adquisitiva de un derecho que necesariamente envuelve la prescripción adquisitiva de la acción para reclamarlo, ello quiere decir que no exista la regla general de la extinción de las acciones por el sólo hecho de haber dejado de ejercerla durante el tiempo que la ley señala" (Cas. 22 de febrero de 1929, XXXVI, 274).

"Con fundamento en el artículo 2512 del C. C., la doctrina afirma que la prescripción registra dos especies: adquisitiva y extintiva o liberatoria. La primera opera en el campo de la adquisición de los derechos reales y la segunda en la extinción de las obligaciones y acciones en general. A pesar de que la prescripción adquisitiva conlleva un efecto extintivo correlativo, una y otra especie difieren: en la usucapión es presupuesto *sine qua non* la posesión en el prescribiente y en la prescripción liberatoria la inactividad del acreedor, o titular de la acción" (Sent. 15 de mayo de 1972, CXLII, 180).

3. Empero, en su tendencia unitarista, no obstante lo antes anotado, el Código Civil en su artículo 2512, se refiere tanto a la "USUCAPIO" como a la "PRAESCRIPTIO".

"Artículo 2512. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales".

"Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción".

4. Y que la prescripción adquisitiva sólo se refiere a derechos reales, lo dice expresamente el artículo 2518 del C. C., primero del capítulo II, Título 4º, Libro 4º, dedicado a la usucapión.

5. Por su parte, la prescripción liberatoria aparece tratada en el capítulo III del mismo título, se refiere a acciones o a obligaciones, derechos personales y de ella dice el artículo 2535.

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones".

"Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible".

Y de ella ha dicho la jurisprudencia:

"La única condición necesaria para la prescripción extintiva de acciones y derechos es solamente el que se cumpla cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Ella se funda tanto en la presunción de que las obligaciones y derechos ajenos se han extinguido, como en el concepto de pena infligida al acreedor negligente que ha dejado pasar un tiempo considerable sin reclamar su derecho" (Cas. 2 de noviembre de 1927, XXXV, 57).

"Del artículo 2535 del C. C. se deduce que son dos los elementos de la prescripción extintiva de las acciones y derechos: 1) el transcurso del tiempo señalado por la ley, 2) la inacción del acreedor. El tiempo de la prescripción de la acción ejecutiva se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible" (Sentencia. S. de N. G., 18 de junio de 1940, XLIX, 726).

"La prescripción extintiva de las acciones por sí sola no es una acción. Constituye un medio de defensa o más bien una excepción tendiente a paralizar la acción del acreedor contra el deudor, así sea este principal o subsidiario. En este medio defensivo no hay subrogación, porque la subrogación se refiere a derechos positivos del acreedor. La prescripción extintiva de las acciones ejecutiva y ordinaria no es un derecho del acreedor. Como facultad de que está investido el deudor principal o subsidiario de la obligación, se traduce en poder que dimana de ellos y que sólo a ellos corresponde ejercitar" (Cas. 16 de octubre de 1945, LIX, 724).

"El fundamento racional de la prescripción extintiva es análogo al de la prescripción adquisitiva, enseñan los expositores COLIN y CAPITANT. El orden público y la paz social están interesados en la consolidación de las situaciones adquiridas. Cuando el titular de un derecho ha estado demasiado tiempo sin ejercitarlo, cabe presumir que su derecho se ha extinguido. La prescripción que interviene entonces evitará pleitos cuya solución será muy difícil en virtud del hecho mismo de que el derecho invocado se remonta a una fecha muy lejana".

"Esos principios de jurisprudencia, que se puede decir universal, dominan la materia cuando de ella se ocupa el legislador colombiano en el título XLI del libro del C. C.: se prescribe una acción cuando se extingue por la prescripción (art. 2412). La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones (art. 2535). De modo que, de acuerdo con tales principios, una acción debe tenerse como extinguida cuando ella no se ha ejercitado durante el tiempo que la ley ha señalado para su ejercicio" (Sent. S. de N. G., 31 de octubre de 1950, LXVIII, 491).

6. Del artículo 2538, *ibídem*, que previene que "toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho", se deduce claramente que se refiere a los derechos reales, únicos susceptibles de la usucapión y únicos en que al mismo tiempo que alguien adquiere un derecho, otro lo pierde, lo que no se da en la liberatoria, en la cual, a menos de confundir como era lo común en el siglo pasado en que se dictó el C.C.C., acción y derecho (la acción es el derecho sustancial en movimiento, decían) no puede hablarse de que la extinción del derecho conlleve la de la acción, o al revés, pues no es cierto que la acción presuponga el derecho alegado o que éste siempre esté revestido de acción.

7. Si fuera cierto que la acción no se concibe sin derecho, toda sentencia judicial tendría que ser condenatoria, pues en cualquier otra oportunidad habría inexistencia de la acción.

No. La prescripción de la acción deja viva la obligación, transformada en natural en la mayoría de los casos y conservada con la ple-

nitud de la obligación civil, cuando la extinguida es la acción ejecutiva, a la que sucede la ordinaria (art. 2536 C. C.).

La prescripción de la acción deja viva la obligación para todos los efectos de la excepción, pues como esta dura tanto como dure la acción a que deba oponerse, la existencia de la obligación sobrevive a la extinción de la acción, como excepción de compensación.

También sobrevive la existencia de la obligación a la extinción de la acción, frente al pago, el cual es válido hecho después de consumada la prescripción, lo que presupone la existencia de la obligación.

8. En puridad de verdad, traducidos los términos utilizados por el legislador en el siglo pasado, acción y derecho al lenguaje moderno, debería hablarse de acción (enervada o extinguida por la caducidad, como derecho abstracto, subjetivo, potestativo y público), pretensión (como expresión y alcance de la súplica de protección deducida en el juicio) y obligación (derecho subjetivo privado o derecho de crédito), estas dos últimas enervadas por la prescripción liberatoria.

Y es que de todo lo hasta aquí examinado, resulta forzoso concluir que mientras la caducidad es fenómeno procesal en el sentido de que agota, por vencimiento del plazo señalado en la ley, la función jurisdiccional del Estado, el derecho de acción en cabeza de su titular (el derecho de acción tiene como sujeto activo al demandante y como sujeto pasivo al Juez, al Estado), la obligación (nacida por tiempo indefinido, no llamada fatalmente a extinguirse en plazo anterior al convencional o al de su solución) se extingue por la prescripción liberatoria constituida por el transcurso de un plazo, sin actuación del deudor y sin su reconocimiento y no sólo sin renuncia del deudor sino con la expresa proposición de la defensa por el mismo obligado o, en su caso, la pretensión (petición del demandante frente al demandado no frente al Estado y cuya declaración, constitución, modificación, extinción o reconocimiento es objeto del proceso) se extingue por la prescripción propuesta oportunamente.

La caducidad, pues, impide el proceso —por extinción— del derecho de acción. La prescripción liberatoria le pone fin al proceso, propuesta por el demandado.

9. Y así está regulada la caducidad en el derecho colombiano.

a) El artículo 85 del C. de P. C., que autoriza el rechazo *"IN LIMINE"* de la demanda, entre otros casos, cuando el juez carezca de jurisdicción o competencia o cuando se haya consumado la caducidad. Se impide, pues, el proceso. La caducidad es un impeditivo procesal.

b) El artículo 308 del C. de P. C., concede dos meses para pedir la liquidación de la condena en abstracto y dice:

"Vencido dicho término, caducará el derecho reconocido 'IN GENERE' y el juez rechazará de plano la liquidación que se le presente"

A pesar de los términos antitécnicos, claramente se ve que el derecho que caduca no es el genérico y abstracto de la sentencia, sino el derecho de acción de la liquidación, se hace imposible el proceso de liquidación.

c) El artículo 83 del antiguo C.C.A., al hablar de la acción de plena jurisdicción, decía:

"La encaminada a obtener una reparación por lesión de derechos particulares *'prescribe'*, salvo disposición legal en contrario, al cabo de cuatro meses a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto, o de realizado el hecho u operación administrativa que cause la acción".

Aunque expresamente habla de "prescripción", doctrina y jurisprudencia entendieron caducidad y más adelante se examinarán las consecuencias diversas de considerar el fenómeno prescripción o caducidad.

d) Por su parte, el artículo 28 del Decreto-ley 528 de 1964, dispuso: "la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la Administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente".

No hay duda alguna. Aquí se consagra el fenómeno de la caducidad, como extinción del derecho de acción (en su moderna concepción), como impeditivo procesal, como extinción de la competencia (mejor de la jurisdicción del Estado) para conocer de tal acción por el sólo transcurso del tiempo.

e) Y conforme al nuevo C.C.A. (D. L. 001 de 1984), según el 4º inciso del artículo 136, "la reparación directa (indemnizatoria extracontractual) y cumplimiento y la de definición de competencias *caducarán* al vencimiento del plazo de dos años contados a partir de la producción del acto o hecho".

Lo que, confirma los lineamiento que se han dejado hechos sobre la naturaleza del fenómeno de la caducidad como extintiva del derecho de acción.

### *IV. El caso concreto*

a) Se trata aquí de una acción de reparación directa fundamentada en hechos sucedidos el 11 de noviembre de 1979.

b) Transcurrieron, pues, los tres años de que hablaba el Decreto-ley 528 de 1964, totalmente, bajo su vigencia y se consumó la caducidad el 11 de noviembre de 1982, cuando aún no se había expedido el nuevo C.C.A., en el *a quo* al hablar de dos años, con aplicación del nuevo estatuto una situación jurídica comenzada mucho antes de su vigencia.

c) Como la caducidad corre contra todo el mundo y no se interrumpe ni se suspende, de nada sirve alegar, como lo hace el recurrente, la minoridad del demandante.

d) Otra conclusión se impondrá si se tratara de "prescripción", pues ella se interpone ya natural ya civilmente (art. 2539 del C. C.) y se suspende frente a los menores, según previsión de los artículos 2541 y 2530 de dicho Código.

e) En otros términos el derecho obligacional no ha prescrito, por la suspensión de la menor de edad, pero la acción para hacerla valer en juicio ha caducado, *convirtiéndose en una obligación natural en los términos de la regla 2ª del artículo 1527 del C. C.* y por lo mismo no puede ser reclamado en juicio.

Por lo expuesto, SE CONFIRMA, en todas sus partes, el auto apelado.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente Sala; *Antonio J. de Irisarri R., Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ACCION INDEMNIZATORIA DE OCUPACION PERMANENTE POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS. CADUCIDAD. Antecedentes legales (Ley 167/41. Decreto 01 de 1984).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., once de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nº 4853. Apelación Auto. Actor: Luis González Barreneche y otros.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 7 de marzo de 1986, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

Sostuvo el *a quo* como apoyo de su decisión, lo siguiente:

"Según lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, norma aplicable al caso, 'la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración *está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente*' (Subrayas del Tribunal).

"El demandante en el hecho 1º, folios 5 vuelto, afirma que: 'A principios de 1978 las EE. PP. de Medellín pusieron en funcionamiento la segunda etapa del embalse del río Nare, para lo cual necesitaron inundar varios centenares de miles de metros cuadrados'.

"También en el hecho 15, folio 7, expresa:

" 'Para el año de 1980 y ante la magnitud del perjuicio inferido, se les reconoció la suma de $ 100.000 como perjuicios, por la inundación y así quedó expresamente establecido en el acta respectiva'.

"Se tienen, entonces, que entre la ocurrencia del hecho y la presentación de la demanda 1978 y 27 de febrero de 1986 han transcurrido en exceso los tres (3) años que le otorgaba la ley y, por consiguiente, se operó el fenómeno jurídico de la caducidad para el ejercicio de la acción y se impone, por ende, no darle curso a la demanda e inadmitirla".

Por su lado el recurrente en su escrito de sustentación, anota:

"Para 1978, año en que ocurrieron los hechos de que da cuenta la demanda, esto es, la inundación y ocupación permanente de las tierras

de los demandantes, *la prescripción era de 20 años*. Ello porque las acciones originadas en tales circunstancias se intentaban ante la Justicia Civil y eran de naturaleza ordinaria.

"El Decreto 528 de 1964 cuando regulaba la caducidad de 3 años se refería ciertamente, así lo dice el decreto, a las acciones entabladas *ante lo contencioso administrativo,* no ante la justicia ordinaria. Basta leer los artículos 20 y siguientes, especialmente el 28, del mencionado decreto para entender sin hesitación alguna que todo el complejo de artículos regulaba las acciones ejercitadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Las acciones ejercitadas ante la jurisdicción civil se regían por el Código Civil. Y, se repite, la instaurada por ocupación permanente era ordinaria, prescribiendo, por ende, en 20 años.

"Y el artículo 41 mencionado de la opción de escoger cualquiera de las dos leyes, pudiendo los demandantes escoger el nuevo Código Contencioso, por lo que la caducidad debe contarse desde que comenzó a regir la nueva ley, esto es, desde el 1º de marzo de 1984".

Para la Sala, la acción indemnizatoria por ocupación permanente no estaba caducada cuando se presentó la demanda el día 27 de febrero de 1986. A ese respecto observa:

1. La acción indemnizatoria de ocupación permanente por causa de trabajos públicos se reguló en los artículos 261 y siguientes de la Ley 167 de 1941, como de conocimiento de la jurisdicción administrativa, con caducidad de 2 años.

2. Pero en virtud de la sentencia de la Corte Suprema de 20 de junio de 1955 ese régimen fue declarado inexequible, quedando reducida dicha acción a la reparación de los perjuicios causados por dichos trabajos públicos por ocupación transitoria o daños en la propiedad inmueble.

3. De esa fecha en adelante la justicia ordinaria avocó ese conocimiento, dándole a la acción un tratamiento un tanto similar a la reivindicatoria, con la diferencia de que el vencedor no podía pretender la devolución del inmueble, sino su valor a título indemnizatorio.

4. La situación subsistió hasta la vigencia del Decreto 01 de 1984 o nuevo Código Administrativo, el que en su artículo 86 *in fine* le dio tratamiento de reparación directa al resarcimiento del daño causado con ocasión de trabajos públicos tanto por ocupación temporal como permanente.

5. Producida la inexequibilidad indicada en el numeral 2 de este proveído, la acción quedó sometida al término de la prescripción extintiva contemplado en el artículo 2536 del C. C.

6. Ese régimen de prescripción fue reemplazado por el de caducidad mediante el artículo 136, inciso 4º del Decreto 01 de 1984.

7. Aplicando estas ideas al caso concreto, resulta:

Narra la parte actora que la ocupación permanente de los inmuebles de su propiedad se inició a principios de 1978, cuando la situación estaba gobernada por el régimen de la prescripción extintiva de veinte

años; o sea que tenía término para accionar, de no haberse presentado el cambio legislativo, hasta los inicios de 1998.

El aludido cambio legislativo lo produjo el Decreto 01 de 1984, el que sometió esos asuntos al régimen de la caducidad. Y como ese decreto tiene efectos sólo hacia el futuro, el nuevo término para accionar en aquellos eventos en que aún no se había consumado la prescripción extintiva, empezó a correr el 1º de marzo de 1984, fecha de la iniciación de la vigencia del mencionado decreto, y feneció el 1º de marzo de 1986. Si la demanda fue presentada el 27 de febrero de este último año, hay que aceptar su oportunidad.

Esta solución se impone porque no se dio el fenómeno contemplado en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, el que opera cuando se cambia un término de prescripción por otro; pero no cuando lo que es prescripción se convierte en caducidad, como sucedió aquí.

Lo que sí queda descartado del debate es la aplicación del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, el que se aplicó a las acciones indemnizatorias por hechos u omisiones de la administración, en las que en ese entonces no se contaban las derivadas de la ocupación permanente por trabajos públicos que eran de la jurisdicción ordinaria. Lo hasta aquí escrito muestra que debería revocarse la providencia recurrida y admitirse la demanda.

Pero, pese a lo anotado, la decisión será confirmada, aunque por razones diferentes.

Muestra el *petitum* una acumulación indebida de pretensiones. Para confirmar este aserto se transcribe el aparte pertinente:

"1. Que se declare que las Empresas Públicas de Medellín son administrativamente responsables de todos los perjuicios causados a los demandantes por la inundación y ocupación permanente de los inmuebles especificados en los hechos quinto y séptimo de esta demanda, así como por el incumplimiento de los acuerdos a que se llegó según las actas 286, numeral 26, de gerencia general, 54, numeral 22, de junta directiva y 959 de julio de 1980 de la misma junta directiva".

La lectura del párrafo precedente deja ver que los actores pretenden la indemnización por un doble concepto. De un lado, por la ocupación permanente de los inmuebles identificados en la demanda y que según se dice, fueron inundados por la represa de El Peñol, desde 1978. Y de otro, por el incumplimiento de los acuerdos contenidos en las actas indicadas en el aparte que se deja transcrito.

La primera pretensión es de reparación directa y está gobernada por el artículo 86 del C.C.A. La segunda, es de índole contractual y aún podría pensarse de simple ejecución ante la jurisdicción ordinaria.

De tomarse en la forma planteada, y aún aceptando que las dos pueden tramitarse ante esta jurisdicción por el mismo procedimiento, habría que concluir que se excluyen entre sí, porque los hechos muestran que los acuerdos 286, 54 y 959, el primero de la gerencia general del ente demandado y los segundos de su junta directiva, debidamente aprobados, implicaron un convenio o transacción sobre la pretensión derivada de la ocupación permanente.

De allí que pretender derivar condena de perjuicios por los dos conceptos es inadmisible desde todo punto de vista.

La indebida acumulación de pretensiones, tal como lo da a entender el artículo 85, numeral 3, del C. de P. C., es motivo para el rechazo *in límine* de la demanda,

Por lo expuesto, la Sala,

*Resuelve:*

Confírmase, aunque por motivos diferentes, el auto inadmisorio de 7 de marzo de 1986, dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 8 de agosto de 1986.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*DEMANDA. NOMBRE DEL DEMANDADO. SEÑALAMIENTO. OMISION. CONSECUENCIA.*
*PETICIONES. Formulación.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación Nº 3883. Ordinario Indemnizaciones. Actor: Díaz Ballén Hermanos y Cía. Demandado: Empresa Puertos de Colombia.

En demanda presentada el día dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), la sociedad Díaz Ballén Hermanos & Cía., por conducto de apoderado idóneo, demandó a la Empresa Puertos de Colombia y/o la Nación, para que con fundamento en los hechos que estructuran la *causa petendi,* se hicieran las declaraciones y condenas que se precisan en el *petitum.* Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente de ambos rubros.

I

*Causa petendi:*

La concretó la parte actora en los siguientes hechos:

"1. La Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS), *es empresa comercial del Estado,* de acuerdo con la Ley 154 de 1959, con la cual fue creada, también por lo dispuesto en el Decreto 561 de 1975, *Representada Legalmente* por el señor Vicealmirante Tito García Motta, según certificado de personería jurídica expedida por el señor Secretario General del Ministerio de Obras Públicas o quien haga sus veces al momento de la notificación.

"2. La sociedad demandante Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada, *está representada* por el señor Manuel Díaz Rivera, conforme con el certificado número 90.324 de Constitución y Gerencia expedido por el Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, D. E.

"3. Tanto la empresa demandada como la demandante tienen domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D. E.

"4. La sociedad demandante Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada, de acuerdo con registro de importación número 035222 del 19 de agosto de 1980, realizó la importación de 30 pales de caucho sintético

con un peso neto de 30.000 kilos y un valor US$ 71.215.00, incluidos los gasto de embarque. *Al momento de la nacionalización,* incluidos los seguros de transporte marítimo, fletes y otros gastos valor US$ 77.518.16, en moneda colombiana $ 3.869.707.00.

"5. *Por disposiciones y funciones propias* de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS), todas las mercancías que se importen *son constituidas en depósito obligatorio y remunerado* ante esta institución, para su posterior nacionalización.

"6. Las mercancías enumeradas en el punto 4 *llegaron al puerto de Cartagena,* el día 17 de diciembre de 1980, habiendo sido despachadas según el conocimiento de embarque número 16 el día 12 del mismo mes y año procedentes de NEW ORLEANS, LA. E.U.S.A.

"7. Las mercancías descritas *estaban amparadas con el manifiesto de importación serie número A 1308685.* Documentos que registra todos los antecedentes correlativos al trámite legal de las importaciones.

"8. *Las mercancías llegaron al puerto de Cartagena* en el vapor Mayo Lykes. Después de múltiples diligencias del señor Manuel Díaz Rivera, en su condición de representante legal de la sociedad demandante, sólo hasta el día 12 de junio de 1981, vino a ser enterado de que las mercancías habían sido depositadas el día de su llegada en el patio número 13F, del sector número B. *Empero,* en esta fecha fue enterado de que había sido saqueada. Razón por la cual no se pudieron nacionalizar.

"9. *Para comprobación del hecho anterior,* el señor Demóstenes Ramírez Periñán, en su condición de bodeguero de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS), *pasó en informe de robo o saqueo* número 1577 del día 12 de junio de 1981, el dato sobre la cantidad de 27 pales por valor de $ 3.482.736.00. *A la vez,* el mismo funcionario colocó el denuncio penal correspondiente al Juez Penal del Circuito de turno en Cartagena, lo atinente al robo y saqueo, de 27 bultos que representan sobre el valor total de los 30 ($ 3.869.707.00) una cifra de $ 3.482.736.00 (faltante).

"10. *Como está establecido* la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS), recibió la totalidad de la mercancía importada y que por el robo y saqueo *no pudo nacionalizarse* el saldo de 3 bultos. *Esta Institución debe responder* por el valor total de la importación con los gastos que ésta ocasionaron, de acuerdo con el valor que aparece en el manifiesto de importación, *además,* del daño emergente y el lucro cesante sufrido por la sociedad demandante.

"11. *Es de anotar,* que tanto en el informe de robo o saqueo, *como en el manifiesto de Aduana* se hace constar que la mercancía llegó el día 17 de diciembre de 1980, *siendo recibida* de acuerdo con el registro número 539/80.

"12. *La responsabilidad* por la pérdida de mercancías depositadas por fuerza de ley en los terminales de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS), está determinada a su cargo por lo establecido en los Decretos 561 y 972 de 1975.

"13. *También está determinado* que la responsabilidad por parte de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS), *es objetiva* por lo regulado en el artículo 55 de la Ley 79 de 1931 y 2º Decreto 630 de 1942. *De otro lado,* existen varias jurisprudencias del Honorable Consejo de Estado, al respecto. Entre las más recientes la contenida en el expediente número 2543 del día 5 de junio de 1981.

"14. *La sociedad demandante* se ha visto afectada en su patrimonio, y a la vez, *se le han ocasionado perjuicios* con relación a daño emergente y lucro cesante, por la pérdida de la mercancía motivo de la demanda de juicio indemnizatorio.

"15. *Para la determinación* del daño emergente y del lucro cesante, habrá de determinarse mediante el nombramiento de peritos, atendiendo la corrección monetaria de acuerdo con la sentencia que sobre este punto acogió la Honorable Corte Suprema de Justicia del día 19 de noviembre de 1979.

"16. *El manifiesto de Aduana* se encuentra firmado por el agente respectivo Almagrario S. A. y por el almacenista de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS), *no habiéndose complementado* por los demás funcionarios que debían intervenir en él, *en razón de la pérdida o saqueo* ya que no se pudo llevar a cabo la nacionalización respectiva de la mercancía importada. *Corresponde* al número Serie Nº A 13008685 que contiene todos los datos correspondientes a los trámites, registro de llegada de la mercancía, fecha de llegada, localización, patio 13F del sector número B de las bodegas del terminal marítimo de Cartagena.

"17. Obro como apoderado de la firma Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada, de acuerdo con poder legalmente otorgado.

"18. La mercancía venía con retención al Banco Ganadero por cuanto su pago se efectuó con un crédito otorgado por esta entidad financiera.

"19. *El lucro cesante,* si no es determinado en la forma establecida en el numeral 15, de los hechos, habrá de cancelarse con intereses a la tasa del 36% que es la más alta permitida para los bancos, en su defecto conforme con certificación que habrá de solicitarse de la rata cobrada actualmente por los bancos a sus prestatarios; en los términos del artículo 121 del C.C.A.".

*Petitum*

Bajo el acápite "PETICIONES", se destaca en la demanda:

"1. Que se decrete que la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS) y/o la Nación, es responsable de pagarle a la sociedad Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada, la suma de $ 3.869.707.00 por la pérdida de 27 pales y 3 que no pudieron nacionalizarse por la pérdida de ellos, bajo la responsabilidad de la parte demandada, que aparecen relacionados en los hechos y demostrado con las pruebas.

"2. Que se condene igualmente a la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS) y/o la Nación, a pagar a la sociedad Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada, sobre la suma anterior los perjuicios en la modalidad de lucro cesante y daño emergente.

"3. Que a la sentencia se le dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 121 del Código Contencioso de lo Administrativo".

II

*Alegato presentado por la parte actora*

A folios 28 y siguientes del Cuaderno número 1 aparece el alegato presentado por el mandatario judicial del actor, del cual se destacan los siguientes apartes:

"1. Está plenamente demostrado la existencia, capacidad y representación tanto de la parte actora como de la demandada. De otro lado, la legitimación en causa de la parte actora.

"2. También se encuentra probado que la sociedad Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada, conforme al registro de importación número 35222 del 19 de agosto de 1980, importó 30 pales de caucho sintético con un peso neto de 30.000 kilos y un valor de US$ 71.215 e incluidos los gastos por seguro de transporte marítimo, fletes y otros, tal cifra se torna en su valor US$ 77.518.16 que habrá de cancelarse al cambio oficial al momento del pago.

"3. Por disposiciones y funciones propias de la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS) toda mercancía que sea importada, *constituye depósito necesario* ante esa entidad para su posterior nacionalización. *Hecho que crea responsabilidad material y objetiva* en prestación de tal servicio que tiene el carácter de público.

"4. La mercancía descrita en el numeral 2 de este alegato llegó al Puerto de Cartagena el día 17 de diciembre de 1980 con el conocimiento de embarque número 16 del día 12 del mes y año antes citados procedente de New Orleans en el vapor Mayo Lykes. Las cuales iban a ser nacionalizadas con el manifiesto de importación número A1308685. También está demostrado que fueron depositadas en el patio número 13F, del sector número B. Las cuales no pudieron ser nacionalizadas por saqueo de las mismas.

"5. Por la falla en la prestación del servicio con el saqueo de la mercancía se inició demanda de proceso ordinario indemnizatorio el día 16 de diciembre de 1982. La cual ha surtido todos sus trámites legales sin que la demandada haya negado el hecho de pérdida de la mercancía o probado lo contrario.

"6. La responsabilidad objetiva de la parte demandada se encuentra concretamente en el artículo 2 del Decreto 630 cuando señala 'EL GOBIERNO RESPONSABLE A LOS DUEÑOS DE LA MERCANCIA, POR TODA PERDIDA O ENTREGA EQUIVOCADA O DAÑO DE LA MERCANCIA EN BODEGAS OFICIALES'. También son aplicables en forma analógica los artículos 63, 2260, 2263, 2341 del Código Civil. En cuanto a la responsabilidad expresa indica el artículo 8º de la Ley 154 de 1959 cuando dice que la Empresa Puertos de Colombia (COLPUERTOS), tendrá la responsabilidad total del manejo de la carga dentro de las zonas portuarias.

"7. Para probar los hechos se aportó amplia prueba documental y para la regulación de los perjuicios por daño emergente y lucro

cesante se practicó prueba pericial que una vez aclarada quedó en firme. En lo demás me remito en un todo a los hechos de la demanda, sus pruebas, la sustentación para la prosperidad de las pretensiones. Por vía jurisprudencial con ponencia del señor Magistrado Carlos Betancur Jaramillo según el expediente número 2543 del 5 de junio de 1981 se falló favorablemente un caso similar contra la misma entidad COLPUERTOS. De modo que, por estimar que se está conforme a derecho comedida y respetuosamente solicito a la Honorable Sala la prosperidad de las pretensiones".

III

*Alegato del apoderado de la parte demandada*

A folios 25 y siguientes del Cuaderno número 1 aparece el alegato presentado por el apoderado de la parte demandada, en el cual solicita que se denieguen todas las súplicas de la demanda. En la parte sustancial del mismo precisa:

"Sobre el particular debo recalcar a los Honorables Consejeros de Estado que el apoderado de la parte actora demandó a la Empresa Puertos de Colombia y/o a la Nación. Estimo que las peticiones de condena no pueden prosperar, pues, hay inepta demanda, debido a que el actor no concretó quién era la entidad demandada.

"Sobre el particular el Honorable Consejo de Estado, mediante sentencia de 21 de febrero de 1985, expediente número 2262, actor Colpatria Cía de Seguros Patria S. A. vs. COLPUERTOS, con la ponencia del Honorable Consejero Doctor Eduardo Suescún, dijo lo siguiente:

"Conforme al artículo 32 del C.P.C. el actor puede acumular las diversas pretenciones (sic) pero siempre que esa acumulación se plantee entre las mismas partes. Aquí una persona aparece demandada como principal y otra distinta como subsidiaria".

"Esta formulación de la demanda impide entrar al fondo del asunto, por cuanto es el actor y no el Juez quien está llamado por la ley a determinar la persona del demandado".

"Honorables Consejeros de Estado

"Así lo ha sostenido la Sala en ocasiones anteriores":

"...las peticiones pueden ser todas principales o unas principales y otras subsidiarias, unas simples u otras condicionales o sucesivas o alternativas, con tal que obedezcan al mismo procedimiento y no se destruyan entre sí".

"Pero los demandados no pueden ser principales unos y subsidiarios otros, o condicionales o sucesivos o alternativos, pues se repite, ellos deben comparecer como sujetos pasivos de la relación jurídica sustancial que se deduce en el proceso, sin que el Juez pueda escoger entre varios a quién condenar como principal, como subsidiario, condicional o alternativamente" (Sentencia noviembre 4 de 1982, Sección III, expediente 2851, actor: SUCCESION (sic) BETSABE GARZON). Y en el mismo sentido en el fallo de agosto 23 de 1984, Sección III, expediente 2658, actor: GUSTAVO ANTONIO OCAMPO Y OTROS.

"Así las cosas, estimo Honorables Consejeros de Estado, que la ineptitud sustantiva de la demanda, que estoy alegando, inhibe a la Honorable Sala para un pronunciamiento de fondo.

"Además en el caso en estudio el demandante no comprobó adecuadamente la importación de la mercancía desde los Estados Unidos de América, por las siguientes razones:

"En el Cuaderno número 1, folios 9 y 9 vuelto, se encuentra un documento en inglés sin la debida traducción oficial. Lo mismo ocurre con el documento que se encuentra en el mismo cuaderno a folios 6 y 6 vuelto.

"El documento en idioma extranjero, que se encuentra en el Cuaderno número 1 folios 9 y 9 vuelto es el Bill of Lading, o conocimiento de embarque, con el cual, el propietario de la mercancía prueba que importó el cargamento. Para que dicho documento pueda ser tenido como prueba debe ser traducido por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por un intérprete designado por el Juez, de conformidad con lo estatuido en el artículo 260 del Código de Procedimiento Civil.

"El documento que obra a folio 6 y 6 vuelto del Cuaderno número 1, es la factura de compra de la mercancía, que viene parte en inglés y parte en idioma español, sin la debida traducción oficial.

"Por consiguiente, los documentos relacionados anteriormente, el conocimiento de embarque y la factura de compra de la mercancía, no pueden ser tenidos como prueba, configurándose así que el demandante no comprobó por los medios adecuados, según estatuye la ley, la importación de la mercancía de los Estados Unidos de América, y por ende deben denegarse todas las súplicas de la demanda.

"También debo manifestar a los Honorables Consejeros de Estado, la poca colaboración prestada por el demandante, para la práctica de la Inspección Judicial decretada dentro del proceso. Ocurre Honorables Consejeros que a pesar de mi acuciosidad para que se practicara dicha diligencia, fue imposible que ésta se efectuara.

"Honorables Consejeros de Estado

"Desde la impugnación de la demanda solicité la diligencia de Inspección Judicial, la cual fue decretada, en los archivos y libros de contabilidad de la sociedad demandante, para que con peritos idóneos se estableciera si la mercancía había sido asegurada y se estableciera que compañía de seguros amparó dicho cargamento y si por concepto de la pérdida del cargamento hubo pago de indemnización y su cuantía.

"El Honorable Consejo de Estado, comisionó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que practicara dicha diligencia. A pesar de que varias veces se intentó practicar la diligencia no fue posible encontrar la dirección donde debía funcionar Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada. No fue posible encontrar las oficinas donde según la demanda funcionaba dicha sociedad.

"El apoderado de la parte actora interpuso recurso de reposición contra el auto de 30 de junio de 1983 que decretó las pruebas, entre ellas la de inspección judicial. Mediante auto de 2 de septiembre de

1983, en su numeral 3º, denegando la prueba testimonial solicitada por el apoderado de Puertos de Colombia y manteniendo la de la práctica de la Inspección Judicial.

"Con la Inspección Judicial a los libros de contabilidad de la Compañía demandante, la empresa que represento quería establecer sin lugar a dudas, si la mercancía cuya indemnización se reclama había sido amparada mediante póliza de seguro y si hubo o no pago de indemnización por la pérdida de la misma y la cuantía de tal indemnización.

"Queda flotando Honorables Consejeros de Estado la duda si la mercancía fue asegurada o no y si hubo pago de indemnización por parte de la compañía aseguradora a la demandante, cosas que se hubieran aclarado si se hubiere practicado la diligencia de Inspección Judicial.

"Como el término probatorio dentro del proceso está más que vencido y como estimo que hay probada en autos la inepta demanda que estoy alegando en éste memorial y como estimo también que de no producirse fallo inhibitorio deben denegarse las súplicas de la demanda, porque no se probó adecuadamente la importación de la mercancía, con documentos idóneos como lo estatuye la ley, estimé que en este estado del proceso para mi representada ya no es importante la práctica de la inspección judicial y tampoco me referiré al dictamen pericial, pues, por lo antes expuesto debe haber fallo inhibitorio o sentencia absolutoria a favor de los intereses de mi representada".

## IV

### *Vista fiscal*

La Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal 2ª de la Corporación, conceptuó desfavorablemente respecto de las pretensiones de la parte actora y en lo pertinente de su vista fiscal manifiesta:

"Quien demanda en el presente caso es la sociedad Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada en su calidad de importadora de la mercancía por la cual se reclama. Lo usual en esta clase de negocios y puesto que existe siempre un seguro de transporte, es que la compañía aseguradora sea quien demande, una vez que cancele el valor de la mercancía asegurada.

"Pues bien, en el presente caso es un hecho que la sociedad importadora que demanda, suscribió una póliza de seguro, así lo afirma la propia demanda (fol. 13 y 13 vto., punto 4 de los hechos). También los peritos al aclarar su dictamen sobre ese punto afirman: '...Los peritos obtuvimos la cifra de US$ 356.08 por concepto de seguros, del manifiesto de importación número Serie A-1308685 de diciembre 12 de 1980, que obra al folio 7 del proceso. Deducimos que se trata de un Seguro de Transporte que puede incluir todos los riesgos (pérdida total, falta de entrega, avería particular y saqueo)' ".

"La Sociedad Actora, tomó una póliza de seguro. Sin embargo resulta extraño, por decir lo menos, que existiendo el seguro de la mer-

cancía, la actora no haya obtenido el pago del seguro, caso en el cual operaría la subrogación a favor de dicha compañía aseguradora. Existiendo la póliza es de suponer que se haya hecho efectiva, pues precisamente en esta clase de transacciones el seguro se toma para cubrir los riesgos a que pueda estar expuesta la mercancía que se transporta.

"Desde el punto de vista práctico, surge también el problema para la Administración de tener que verse avocada a la posibilidad de una doble demanda, una por parte de la sociedad importadora y otra por parte de la compañía de seguros. En el presente caso se puede afirmar que hubo una póliza de seguro, sin embargo la sociedad Actora no es muy enfática sobre este hecho y no afirma ni tampoco niega que haya recibido el valor de la mercancía. Es también desconcertante el hecho de no aparecer en la demanda, ni en el extracto de la Cámara de Comercio, la dirección de la Sociedad Actora. La anterior circunstancia se puso más aún de manifiesto cuando el Tribunal comisionado trató de realizar una inspección judicial para constatar precisamente en los libros de la sociedad demandante la existencia y pago del seguro de transporte a que se ha venido aludiendo. La inspección, se repite, no fue posible realizarla por varias circunstancias y muy especialmente porque en la dirección señalada ya no funcionaba la sociedad Díaz Ballén Hermanos & Cía. Limitada, según se puede constatar en el acta de inspección al folio 59 C-3. Extrañamente el representante de COLPUERTOS no insistió más en esta prueba que, como se ve, resultaba de vital importancia.

"Tenemos pues que la prueba de inspección judicial decretada por el entonces director del proceso Doctor Dangod Flores, no ha sido practicada, cuando a juicio de este despacho resulta de suma importancia para despejar una duda que necesariamente incide en las resultas del juicio.

"Es preocupante, que siendo que en la demanda se hace mención de la póliza para efectos de tasar los gastos, no se haya aclarado plenamente el hecho muy posible de cancelación del seguro, caso en el cual se tendría que exonerar a la Administración del pago que se solicita.

"Es un hecho, y este despacho no lo puede desconocer, que la contraparte no perseveró en la realización de la diligencia y muy especialmente en proporcionar al despacho del Magistrado comisionado, la correcta o actual dirección del demandante. Pero también es cierto, que en la conciencia del juzgador debe existir una real certeza sobre los diferentes aspectos de la litis, de suerte que pueda entrar a resolver sobre el derecho que se le invoca. Los hechos en el presente caso no permiten llegar en realidad a una total certeza, más aún si se tiene presente el monto de lo que se pretende cobrar; sería pues de gran utilidad despejar toda duda sobre la posibilidad de pago del seguro. Por la anterior circunstancia este despacho se permite solicitar de manera muy especial, se ordene por el Honorable Consejero sustanciador, la prueba tendiente a despejar la anterior situación.

"Pasando al caso concreto, se debe también observar, que al expediente se allegaron unos documentos tendientes a probar que la sociedad que demanda adquirió la mercancía en los Estados Unidos de

Norteamérica. Los mencionados documentos o facturas, visibles a folios 6 y 9, aparecen total o parcialmente en idioma extranjero y no fueron traducidos oficialmente como lo ordena la ley, así pues que no pueden tenerse como pruebas.

"Precisamente el dictamen pericial tomó esos documentos como prueba del valor cancelado por la firma importadora.

"Los documentos anteriores son piezas de suma importancia, si se tiene en cuenta que ellos prueban la adquisición de la mercancía por parte de quien demanda.

"Debe anotarse, que de los 30 bultos que llegaron, solamente se perdieron, según el informe de saqueo, 27 bultos, quedando 3 de ellos en las bodegas de Puertos de Colombia, los que han debido ser entregados a los interesados previo lleno de unos requisitos, no obstante al decir de la Sociedad Actora, no se hicieron las diligencias necesarias para nacionalizar los 3 bultos debido al robo o saqueo. La anterior afirmación no es suficiente para reclamar por esos 3 bultos que no fueron robados y que ha debido solicitar para obtener su entrega. Debe pues entenderse que respecto a esos 3 bultos, hubo un abandono por parte de los importadores.

"Resumiendo tenemos lo siguiente:

"Independientemente de lo relativo a la posibilidad de que la compañía de seguros haya cancelado el valor de la mercancía perdida, caso en el cual se tendría que exonerar a la Administración de hacer el pago solicitado, la sociedad demandante no probó que haya sido ella la dueña de la mercancía por la cual reclama.

"Por lo anteriormente expuesto, esta Agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la Honorable Sala, se nieguen las súplicas de la demanda".

## V

### *Consideraciones de la Sala*

a) Como el apoderado de la parte demandada propuso, en el momento procesal oportuno, la excepción de INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA, la que hizo consistir en el hecho de que la parte actora demandó a la Empresa Puertos de Colombia y/o a la Nación, con lo cual no concretó QUIEN ERA LA ENTIDAD DEMANDADA, la Sala se ocupará de definir este aspecto, siguiendo para ello las pautas jurisprudenciales que en forma reiterada ha recogido en distintos fallos;

b) Dentro de la orientación que se deja fijada, esta Corporación precisó en sentencia de veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983), Expediente número 3015. Actor: Cecilia Charry Rojas y otros, Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango, lo siguiente:

"c) La petición 'subsidiaria A' señala como presuntos responsables al 'Instituto Colombiano de Energía Eléctrica —ICEL— y/o Central Eléctrica del Tolima', es decir, para que el fallador escoja si las condena a ambas, separada o solidariamente o a una cualquiera de

ellas y esa forma de demandar, como disparando con escopeta de regadera, es absolutamente inadmisible... 2. En todo proceso resulta absolutamente necesario que la demanda con que se inicie, señale concreta, precisa e individualmente el nombre del demandado o de los demandados, pues tal extremo no puede ser indicado sino por el actor. 3. Conforme a la ley y a viejas y reiteradas doctrinas y jurisprudencias, las peticiones pueden ser todas principales o unas principales y otras subsidiarias, unas simples y otras condicionales o sucesivas o alternativas, con tal que obedezcan al mismo procedimiento y no se destruyan entre sí. 4. Pero los demandados sí no pueden ser principales unos y subsidiarios otros, o condicionales o sucesivos o alternativos, pues, se repite, ellos todos deben comparecer como supuestos sujetos pasivos de la relación jurídica sustancial que se deduce en el proceso, sin que el juez pueda escoger entre varios a quién condenar como principal, como subsidiario, condicional o alternativamente".

c) Dentro del marco jurídico descrito en el literal anterior se tiene que la Nación es una persona de derecho público, distinta a la Empresa Puertos de Colombia, por lo que, en principio no tiene por qué responder por las actuaciones de éste ente jurídico o centro de imputación de conducta. Fue creada por la Ley 154 de 1959 y opera en la actualidad como empresa comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte, como lo preceptúa el Decreto-ley número 1174 de 1980. Tiene su representante legal y posee patrimonio propio, todo lo cual explica que tiene capacidad jurídica para ser demandada en forma independiente, aislada, salvo que se presenten circunstancias de hecho o de derecho que permitan reclamar el cumplimiento de los deberes jurídicos en forma solidaria. En este particular la Sala encuentra que no hay una sola prueba orientada a acreditar esta manera de ser de las obligaciones.

Así las cosas, la ineptitud sustantiva de la demanda aparece clara y ello explica que la decisión de la Corporación es inhibitoria.

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

*Falla:*

Inhibirse para decidir sobre las pretensiones deducidas en la demanda contra la Nación y/o la Empresa Puertos de Colombia, por las razones precisadas en los considerandos de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*PODER DE POLICIA, FUNCION DE POLICIA Y ACTIVIDAD POLICIAL. Diferencias.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E.,cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación Nº 4201. Indemnizaciones. Actor: María Victoria Morales de Sussman. Demandada: La Nación.

I

*Causa petendi, petitum, normas violadas y concepto de violación*

Por conducto de apoderado la señora María Victoria Morales de Sussman demandó a la Nación para que se condenara a ésta al pago de los perjuicios que se le han causado "...por razón y con motivo de la ocupación ilegal hecha sobre el predio de su propiedad, ubicado en Silvia (Cauca)..."

Para una mejor comprensión del asunto, se transcriben en lo pertinente los aspectos enlistados en el rubro.

*Causa petendi*

Los hechos de la demanda se relacionaron así:

"*Primero.* La señora María Victoria Morales de Sussman tiene, como dije, su domicilio en la ciudad de Popayán, ciudad en donde reside en la Carrera 10ª Nº 18N-180, su estado civil es casada y su cédula de identificación fue arriba dada.

El suscrito apoderado de la señora Sussman, igualmente tiene su domicilio y residencia en Popayán, la última de las cuales está situada en la Carrera 8ª Nº 10N-36 y su oficina profesional ubicada en el Centro Comercial número 201.

"*Segundo.* Mi cliente es dueña y poseedora de un predio ubicado en el Municipio de Silvia (Cauca), el cual se encuentra alinderado así: 'Por el Oriente, cerca al medio, con predio de «Las Mercedes» de propiedad del Doctor Ernesto González Piedrahita, antes del señor Giussepe Campagne, por el Occidente, en parte con tierras de Juan Manuel, Ximena, María Virginia y Rafael Aurelio Mosquera, denominados «Cos-

corrón» y en el resto con predio de propiedad de Aurelio Mosquera que antes fue de Juan Vanaeken, por el Norte, río Piendamó al medio, con el camino público que de la población de Silvia conduce a Inzá, en una parte, en otra cerca al medio con predio de propiedad de la Comunidad Salesiana; por el Sur, cerca al medio, con predio o finca de Virginia R. de Mosquera, antes de Mario Córdoba F.'.

"Ese inmueble fue adquirido parcialmente por donación por medio de la Escritura Pública número 872 de 14 de julio de 1969, de la Notaría Primera de Popayán, registrado en Silvia (Cauca), Matrícula número 134-0002365, y por Escritura Pública número 1281 del 2 de agosto de 1982, totalmente.

"*Tercero.* El inmueble de que se ha tratado en el hecho anterior, fue invadido, tomado y ocupado por indígenas del Resguardo de Silvia (Cauca), denominados 'Guambianos', el 16 de julio de 1982, en las primeras horas de la mañana de ese día. Y ese hecho de invasión abusiva estaba previsto, a las autoridades se les había dado aviso de que ocurriría y además se les había pedido, insistentemente, en varias ocasiones y a varias de ellas, la debida protección.

"*Cuarto.* La invasión y la pérdida de la posesión por mi mandante, en la dicha forma violenta, se produjo por negligencia, incuria y falla en el servicio de las autoridades de la Nación.

"*Quinto.* Las invasiones hechas por los indígenas guambianos en Silvia venían ocurriendo desde el año de 1970. Se trata y se ha tratado de invasiones masivas, en las cuales intervienen, regularmente, en cada una de ellas aproximadamente 1.000 indígenas. Las autoridades, en todos los casos se limitaban a tomar medidas transitorias de policía, las cuales siempre resultaban ineficaces, de manera que esas invasiones se volvían a repetir, y aún hoy tienen lugar. Es decir que esas autoridades desde hace muchos años han tenido conocimiento de esos hechos gravemente atentatorios contra el derecho de propiedad.

"*Sexto.* El señor Francisco A. Morales, padre de mi mandante y quien fuera propietario del predio del cual he halado, ya fue invadido en 1971 en ese mismo inmueble, pidiendo desde luego, inmediatamente la intervención de las autoridades gubernamentales y de policía. A raíz de esto, intervinio el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, al cual se le vendió parte de la mayor extensión de terreno, en aproximadamente 280 hectáreas, quedando como zona de exclusión la finca de que aquí se trata, la cual tiene 80 hectáreas. Es decir que el fundo debía quedar definitivamente libre de ser incluido en cualquier programa futuro que llevará adelante el INCORA, incluyendo lo relativo a programas de ampliación de resguardos indígenas.

"Pero también ocurrieron otras invasiones, como aquella que tuvo lugar en el año de 1981 en la finca 'Las Mercedes' (Silvia-Cauca), de propiedad de la familia del Doctor Ernesto González P., evento a raíz del cual también al pedirse la intervención de la autoridad como se hizo. ésta pudo volver a palpar la realidad de la situación de los propietarios de tierras en Silvia y la amenaza padecida por los propietarios y hecha por los indígenas guambianos. Sin embargo de esto, ninguna medida eficaz se tomó y ese predio, colindante al de mi mandante, defintivamente fue poseído por las gentes indígenas del Resguardo.

"*Séptimo.* En 1981, se decidió contratar un estudio sobre la tradición de las tierras, contratando al señor Alberto Valencia C., quien hizo un estudio profundo sobre el origen de pertenencia desde el año de 1544 (Región de Chimán), en forma cronológica, encontrando que el primer dueño fue el Adelantado Sebastián de Belalcázar, y en ningún momento fueron tierras de los indígenas, igualmente se deslindan los terrenos de los Resguardos de las actuales parcialidades de Guambía y Quisgó. Este trabajo se efectuó en los documentos del Instituto de Investigaciones Históricas José María Arboleda.

"*Octavo.* El Doctor Pedro Sussman Lewin es el esposo de mi mandante, por lo cual a nombre de ellas, hace y realiza una serie de diligencias ante las autoridades públicas, las cuales pueden resumirse así, en la forma textual que él me las ha presentado: febrero de 1982, se insistió en la formación de un grupo de trabajo (Procauca) citando a los señores Pedro Sussman, Juan Caicedo, Jorge Lourido, Olga Caicedo de Paredes, Juan Zambrano, Aurelio Mosquera, Gabriel Zambrano, Bernardo Caicedo, Héctor Helí Fernández, Alfredo González V., Rodrigo Velasco y Jaime Velasco.

"Esta reunión no se concretó por quórum.

"Los señores Aurelio Mosquera, Gabriel Zambrano y Pedro Sussman decidieron visitar al señor Gobernador Gerardo Bonilla Fernández para analizar la difícil situación y presentarle el estudio que sobre la tenencia de tierras se había efectuado.

"Durante los meses de junio y julio de 1982 se empezó a rumorar sobre posible invasión.

"Por esos días los indígenas entraron a la Chorrera picando el terreno para hacer una cancha de fútbol.

"Fue informado el Comandante de la Policía Tc. Guillermo A. Carreño para que tomara las medidas de protección, pero los indígenas continuaron entrando a dañar la finca.

"Ante estos hechos nuevamente se solicitó la intervención de la Policía para protección, la cual se ordena pero sin obtener resultados muy positivos.

"Desde el día anterior el Doctor Pedro Sussman Lewin había notado gran movimiento alrededor de la finca, por lo cual el 15 de julio al salir hacia Popayán (se encontraba con la familia en la finca) pasó por el puesto de Policía a las 7 a.m. para informar sobre un posible hecho de invasión.

"Se presenta una invasión masiva por indígenas guambianos a las 7 a.m.

"La señora María Victoria Morales de Sussman baja al pueblo para poner en conocimiento de la Policía, se coloca denuncio penal.

"El Doctor Pedro Sussman Lewin informa en Popayán al Comando (Tc. Delgado, encargado).

"Se ordena el envío del St. José Cortés C., se traslada a Silvia al mando de 30 auxiliares de Policía, con el fin de informarse de la situación, recibe órdenes de prudencia con los indígenas.

"El oficial en Silvia informa al Comando sobre la imposibilidad de actuar ante la situación numérica de los indígenas.

"Se informa por radio sobre la situación solicitando refuerzos, de los cuales se dice que es imposible enviarlos.

"Se dice al Doctor Pedro Sussman Lewin que se ponga en comunicación con la escuela 'Inocencio Chincá', solicitando apoyo.

"El Mayor Diógenes Castellanos informa por radio que el caso es policivo y el Ejército no pueden entrar a ayudar en la acción.

"El St. Cortés envía poligrama al Comando informando de la situación.

"El grupo de auxiliares de la Policía y el oficial deciden retirarse a Popayán a las 18 p.m.

"En las horas de la noche el Doctor Pedro Sussman L. y el St. Cortés se hacen presentes en el Comando y ante la presencia de algunos oficiales se hace un análisis sobre el problema. El señor Comandante (Tc. Delgado) explica que las actuaciones de la Policía en esos casos en realidad no es decisiva. Se ordena que asistan nuevamente al día siguiente el oficial y los auxiliares de Silvia, se informa por teléfono (Doctor Pedro Sussman) al señor Gobernador Doctor Gerardo Bonilla Fernández sobre el problema de Silvia.

"Se hacen presentes los miembros de la Policía en la finca 'La Chorrera' sin poder controlar la invasión, regresando en la tarde a Popayán.

"El Doctor Pedro Sussman L. informa por teléfono al señor Gobernador sobre la situación, quien dice que al día siguiente tratará el problema con el Comandante de la Brigada en una reunión (Salvajina).

"No hay presencia de la Policía en la finca. El Teniente Edgar Novoa (Comandante del puesto de Policía en Silvia) explica a la señora María Victoria M. de Sussman que la Policía ya no puede efectuar más y que el Comando ordenó no continuar enviando agentes.

"La señora María Victoria M. de Sussman pone denuncio penal.

"Teniendo en cuenta la difícil situación de inseguridad se efectúa con el señor Beder Paz la sacada del ganado con protección de agentes de Policía.

"Además se sacan algunos enseres de la casa.

"Se dejan constancias en la guardia del puesto de Policía de Silvia, sobre la continuación de las invasiones.

"Comunicación al Doctor Gerardo Bonilla F., Gobernador, solicitando la protección.

"Comunicación al Tc. Jaime E. Delgado A. (Comandante encargado) solicitándole información de la acción policiva. Comunicación al Ministro de Gobierno.

"Comunicación al Tc. Jaime E. Delgado.

"Comunicación al señor Narciso Noreña V., Alcalde de Silvia, presentando querella policiva. Devuelta el 27 de julio de 1982 por no llenar requisitos exigidos por el artículo 3º de la Ordenanza 26 de 1973.

"Comunicación al Tc. Homero Rodríguez G., Comandante de la escuela 'Inocencio Chincá', para la información a la Brigada.

"Comunicación al Doctor Norberto Pineda R., Procurador Agrario.

"Comunicación a la Secretaría de Gobierno, anexando télex enviado por el Gobernador al Presidente.

"Comunicación al señor Narciso Noreña, Alcalde de Silvia, solicitando nueva querella policiva, es rechazada.

"Recibo de comunicación del Tc. Jaime E. Delgado. Certificado del Notario Público de Silvia.

"Presentación de nueva querella policiva.

"Comunicación enviada al Tc. Jaime Delgado desmintiendo sus afirmaciones.

"Comunicación recibida de la Secretaría Privada de la Gobernación informando sobre el télex enviado al señor Presidente Betancur.

"Se recibe comunicación de la Secretaría Privada de la Gobernación informando de gestiones INCORA y otros.

"Envío de mensajes al Doctor Belisario Betancur y al Doctor Rodrigo Escobar Navia. Recibo de mensajes al Doctor Gustavo E. Arenas, Asesor de la Secretaría General.

"Recibo de mensajes de la Doctora Silvia Delgado, Secretaria Privada de Mingobierno. Reunión con la señora Gobernadora (antes de la visita del señor Presidente a Silvia) en donde se realiza la situación y se le hace ver los inconvenientes de la visita, asistieron Gabriel Zambrano, Aurelio Mosquera y Pedro Sussman.

"Constancia de la Alcaldía de Silvia, previa solicitud en donde se informa de la situación a 31 de diciembre.

"Reunión con el Doctor Roque Roldán, Jefe de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, para información general, asistieron entre otros Aurelio Mosquera, Alfonso Valencia, Clelia (sic) de Valencia, Pedro Sussman, etc.

"Comunicación a la señora Gobernadora Amalia Grueso de Salazar sobre el análisis de la problemática.

"Comunicación de la señora Gobernadora constando sobre la dificultad y complejo del problema indígena.

"Denuncio penal de la señora María Victoria M. de Sussman, sobre los daños de la casa de la finca, ante Juzgado Municipal de Silvia.

"Ese inmueble fue ocupado o invadido por indígenas de Silvia (Cauca), el 16 de julio de 1982. Esta invasión y ocupación eran previsibles, de eso se dio aviso oportuno, según lo he afirmado, a la Gober-

nación del Departamento, a los Comandos, del Ejército y la Policía, y a la Alcaldía del Municipio en que se encuentra ubicada la finca".

"Todo lo expresado y transcrito corresponde a hechos ciertos, demostrativos de la negligencia de la Administración Pública para hacer respetar el derecho de propiedad de mi mandante.

"*Noveno.* A mi mandante, quien como se dijo estaba dedicada a la industria de la lechería, se le ocasionaron daños diarios y permanentes, además como que dejó de percibir lo correspondiente al valor o precio de 500 litros de leche, a razón de $ 24.00 por cada uno de esos litros. Así las cosas, ha tenido un lucro cesante enorme, el cual se cuantificará en el momento legal oportuno.

"*Décimo.* Fuera del lucro cesante diario, el inmueble al momento de la invasión tenía un valor de veinte millones de pesos ($ 20.000.000). Así era apreciado no solamente por los bancos, sino también por aquellas personas que conociendo la región, sabiendo de negocios, del mismo modo habían estado y conocían el predio".

*Petitum*

Se precisó en los siguientes términos:

"Condénase a la Nación para que pague a la señora María Victoria Morales de Sussman, los perjuicios que se le han causado, por razón y con motivo de la ocupación ilegal hecha sobre el predio, ubicado en Silvia (Cauca) del cual se han dado los linderos. Reconózcase que esos perjuicios tuvieron lugar desde el día 16 de julio de 1982, la condenación, en consecuencia debe hacerse desde la fecha citada. Ella es superior a treinta millones de pesos ($ 30.000.000)".

*Normas violadas*

"Las normas violadas son los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, y los artículos 669 y siguientes del Código Civil. En las primeras dos normas citadas se consagraron los principios constitucionales de la protección que se debe dar por parte del Estado a los bienes de las personas y se establece el derecho de propiedad privada. Y en las normas del Código Civil se determinan todos los derechos relativos al dominio, también llamado propiedad, en desarrollo de la Carta. Esencialmente lo que se ha violado es la Constitución y su reglamento a través del Código Civil. De ahí que es el caso de que con base en una acción de plena jurisdicción, artículo 67 del Código Contencioso Administrativo, se indemnicen los perjuicios.

*"Concepto de violación*

"Reza el artículo 16 de la Carta: 'Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares'.

"Es la Constitución la que establece y determina que los ciudadanos están protegidos en su honra, vida y bienes.

"Mi mandante ha sido víctima de un grave perjuicio cuando, un grupo de gentes a quienes comúnmente se les llama indígenas, en Silvia, Departamento del Cauca, invadieron el predio del cual estoy tratando.

"La Nación a través de sus organismos, debió proteger a mi cliente; es por eso que en la relación de los hechos, he presentado las fallas del Servicio Público.

"Allí se halla lo que es una falla en el servicio. Se produce una invasión antes se había anunciado, pero el Estado falla en el cuidado que les debe dar a los ciudadanos, al tenor del artículo 16 de la Carta citado.

"Si no fuera por la ineficiencia de la acción del Estado, la invasión, el atropello, no se hubiera producido.

"Así las cosas, estamos frente a una clara violación del artículo 16 de la Constitución Nacional. Mi mandante ha perdido el derecho de dominio y de posesión, por incuria del Estado colombiano. De esta manera hay violación a la Constitución Nacional.

"Con el mayor respeto debo expresar que ante la violación de la Carta, el Honorable Consejo debe hacer una condena, a favor de la señora María Victoria Morales de Sussman, porque ella ha sufrido un injustificado perjuicio.

"En relación con el fundo, se debe decir lo siguiente: En el Departamento del Cauca, existen 54 Resguardos Indígenas. Esto crea un conflicto, pero es el Estado al cual le corresponde resolverlo; mi mandante ha tenido que padecer la negligencia de las autoridades públicas, en la medida que su predio fue invadido, por lo que ha tenido lucro cesante y daño emergente.

"Es indudable, así que la señora Morales de Sussman, por causas de las Entidades Públicas, ha recibido un daño, y con violación del artículo 16 de la Constitución, al cual me he venido refiriendo.

"A su vez, el artículo 30 de la Carta, expresa que 'se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'. De esta manera, en Colombia está consagrado el derecho a la propiedad privada y el respeto que se debe tener y guardar por ese derecho. El artículo citado se halla en íntima concordancia, para su aplicación, con el artículo 16. Es que no puede existir el uno sin el otro. Y en el asunto que nos ocupa, al violarse el derecho de propiedad privada, ello ocurrió porque las autoridades negligentes, no respetaron la norma del artículo 16 al cual me he referido.

"Pero el artículo 669 del Código Civil al reglamentar la Constitución Nacional, dice: 'El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno'. Este principio en el caso de mi mandante le ha sido desconocido y ha perdido el correspondiente derecho, ya que no puede gozar y disponer del bien que es suyo, y esto por culpa, responsabilidad y falla de la Administración Pública".

## II

*"Alegato presentado por la parte actora*

A folios 123 y siguientes del Cuaderno número 1, aparece el texto del alegato presentado por el apoderado de la parte actora, del cual se destacan los siguientes aspectos:

"Existe una abundante Prueba Documental en el Proceso; lo mismo que Prueba Testimonial y de Inspección Judicial. Mi mandante para que se protegiera su hacienda, propuso querellas de Policía, presentó Denuncias Penales, acudió a la Policía, también ante el Alcalde de Silvia, ante el Gobernador del Cauca e igualmente ante el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, sin embargo nada obtuvo y en presencia de la Fuerza de Policía a la cual se había llamado y porque no actuó ni hizo cosa alguna distinta a ver los aconteceres, se llevó a cabo la invasión de la propiedad privada de que aquí se trata, consumándose el abuso. Obviamente, surge de la Prueba el respaldo a los hechos de la Demanda. Se configura la Falla en el Servicio, por lo cual la Nación debe indemnizar a la señora Morales de Sussman; hubo negligencia de parte de los representantes del Estado.

"Déjeme de nuevo decir: Reza el artículo 16 de la Carta: 'Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

"Es la Constitución la que establece y determina que los ciudadanos están protegidos en su honra, vida y bienes.

"Mi mandante ha sido víctima de un grave perjuicio cuando, un grupo de gentes a quienes comúnmente se les llama indígenas, en Silvia, Departamento del Cauca, invadieron el predio del cual estoy tratando. La Nación a través de sus organismos, debió proteger a mi cliente; es por eso que en la relación de los hechos, he presentado las fallas del Servicio Público.

"Allí se halla lo que es una falla en el servicio. Se produce una invasión, antes se había anunciado, pero el Estado falla en el cuidado que les debe dar a los ciudadanos, al tenor del artículo 16 de la Carta citado.

"Si no fuera por la ineficiencia de la acción del Estado, la invasión, el atropello, no se hubiera producido.

"Así las cosas, estamos frente a una clara violación del artículo 16 de la Constitución Nacional. Mi mandante ha perdido el derecho de dominio y de posesión, por incuria del Estado colombiano. De esta manera hay una violación a la Constitución Nacional.

"Con el mayor respeto debo expresar que ante la violación de la Carta, el Honorable Consejo debe hacer una condena, a favor de la señora María Victoria Morales de Sussman, porque ella ha sufrido un injustificado perjuicio.

"En relación con el fundo, se debe decir lo siguiente: En el Departamento del Cauca, existen 54 Resguardos Indígenas. Esto crea un conflicto, pero es el Estado al cual le corresponde resolverlo; mi man-

dante ha tenido que padecer la negligencia de las autoridades públicas, en la medida que su predio fue invadido, por lo que ha tenido lucro cesante y daño emergente.

"Es indudable, así que la señora Morales de Sussman, por causa de las Entidades Públicas, ha recibido un daño, y con violación del artículo 16 de la Constitución, al cual me he venido refiriendo.

"A su vez, el artículo 30 de la Carta, expresa que 'se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo de las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'. De esta manera, en Colombia está consagrado el derecho a la propiedad privada y el respeto que se debe tener y guardar por ese derecho. El artículo citado se halla en íntima concordancia, para su aplicación, con el artículo 16. Es que no puede existir el uno sin el otro. Y en el asunto que nos ocupa, al violarse el derecho de propiedad privada, ello ocurrió porque las autoridades negligentes, no respetaron la norma del artículo 16 al cual me he referido.

"Pero el artículo 669 del Código Civil al reglamentar la Constitución Nacional, dice: 'El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno'. Este principio en el caso de mi mandante le ha sido desconocido y ha perdido el correspondiente derecho, ya que no puede gozar y disponer del bien que es suyo, y esto por culpa, responsabilidad y falla de la Administración Pública.

"De otra parte, se ha establecido suficientemente con la Prueba el valor del daño que se debe reparar, o sea que se ha cuantificado el valor de los perjuicios. Estos tienen una cantidad líquida sobre la cual se deberán reconocer intereses comerciales y moratorios (artículo 177 del Código Contencioso Administrativo).

"Existe una relación de causalidad entre la negligencia comprobada de la Administración Pública y el daño ocasionado a mi mandante. Como se ha visto, se ha violado la Constitución Nacional en sus artículos 16 y 30, así como las normas que reglamentan a la Carta sobre esas materias. De la Prueba se desprende que la señora Morales de Sussman con insistencia pidió protección, que ésta le fue denegada, que por ello se ocasionó el perjuicio que está cuantificado y que los Funcionarios Públicos requeridos en distintas formas, fallaron, desconociendo la Constitución y las Leyes de la República.

"En el Asunto que nos ocupa se ha cumplido con todos los ritos y trámites procesales y debo agregar que a los Peritos se les cancelaron sus honorarios, obedeciendo lo dispuesto por el Honorable Consejo de Estado. Esta entidad dispone de todo lo necesario para fallar y se le han entregado elementos de juicio que inequívocamente permiten observar la situación del fundo invadido.

"La sentencia que se pronuncie con motivo de este Proceso, tendrá en la hora de ahora amplias repercusiones. Por lo menos en el Cauca, sin exageración, falanges de propietarios de tierras las pierden, aunque las hayan habido bien y cumplan con darles una función social. Son

propietarios además que cumplen con las leyes de la Nación, de manera que no utilizan violencia para repeler la violencia. Ellos pierden sus haciendas por la acción abusiva de delincuentes que hacen daño en las fincas y las invaden, sin respeto alguno por el derecho ajeno; estos invasores alegan necesidad de tierras, pero es hecho conocido de que cuando las obtienen por cualquier medio, no las trabajan. Y claro está, los legítimos dueños pierden sus tierras, porque la Autoridad Pública no cumple con su deber de proteger los bienes de los ciudadanos a pesar de que éstos se lo soliciten en adecuada forma, esas Autoridades contemporizan con los delincuentes invasores, tiene por letra muerte la Constitución y las Leyes de la República. Todo esto es aplicable al Asunto materia del litigio.

"Mi mandante ha sufrido Daño Emergente y ha tenido Lucro Cesante, por la inoperancia de la Administración Pública. Ha perdido una finca por una invasión que no impidieron las autoridades competentes, a las cuales se les dio aviso y quienes en razón de la situación de la región, debían haber tomado medidas preventivas; ni tomaron éstas, ni desalojaron a los invasores, así los producidos del inmueble también se perdieron para la demandante. Resulta lógico entonces que se condene a la Nación por la responsabilidad que ella tiene en la ocurrencia de los hechos que produjeron el daño, el cual se ha comprobado suficientemente. Es a la Nación a quien hay que condenar y no a persona diferente, pues a ella es a quien le compete guardar la vida, honra y bienes de los ciudadanos; quizá el Estado pueda volverse en contra de los funcionarios ineptos y negligentes, mas a la señora Morales de Sussman le corresponde exigir la indemnización de la Nación.

"Con todo este Proceso se prueba que el Estado colombiano es ineficaz, incapaz de cumplir con los fines que le son propios, incompetente para resolver situaciones muy antiguas y socialmente traumáticas. De esta manera la sentencia que se pronuncie tendrá gran trascendencia. Con esa providencia se verá hasta dónde está protegida la propiedad privada y hasta dónde se puede confiar en las autoridades encargadas de hacer cumplir la Constitución y las Leyes, las cuales para ser respetadas y respetables, deben ser oportunamente aplicadas.

"En síntesis, aquí se trata de determinar si la violencia es más fuerte que el ordenamiento legal; si la violación a las normas jurídicas conlleva una reparación en favor de quien recibió el daño y, al tiempo sanción para el violador causante del perjuicio. Es evidente que el Estado no debe pagar siempre por la ineptitud, negligencia o mala fe de sus propios empleados. Pero tampoco se puede ampliar tanto el sentido de la ley, hasta el punto de que una persona a quien se le ha conculcado su derecho tenga que proceder a buscar reparación de distintas e innumerables personas, quienes incumplieron su deber, violaron las leyes y produjeron la Falla en el Servicio. En el presente Proceso, todo es conducente para que se condene a la Nación en favor de la señora Morales de Sussman, quien buscó que se la protegiera en sus bienes, quien no recibió la debida ayuda, quien sufrió un daño demostrado y que probó los perjuicios que se le causaron, cuantificándolos. Esa condena pondría en vigencia el Estado de Derecho".

III

*Concepto fiscal*

A folios 129 y siguientes del Cuaderno número 1 aparece la vista fiscal en la cual se hace la siguiente valoración jurídica:

"Estudiado el expediente, este despacho observa lo siguiente:

"Demandó la señora María Victoria Morales de Sussman en calidad de propietaria de un predio ubicado en el Municipio de Silvia, Cauca, adquirido parcialmente por donación por medio de la Escritura Pública número 872 de julio de 1969 expedida por la Notaría Primera de Popayán, registrada con matrícula número 134-0002065 y por medio de la Escritura 1281 del 2 de agosto de 1982.

"En el expediente no aparece la Escritura número 87 —2 de julio de 1969— por medio de la cual se afirma fue adquirido el predio y de la escritura 1281 de 1982 solamente fueron traídas al proceso unas copias sin autenticar en las cuales consta que se efectuó una permuta entre María Victoria Morales de Sussman y Patricia Eugenia Morales Ruiz mediante la cual la señora Morales de Sussman adquiere la mitad de la propiedad *ad valorem* sobre el predio denominado Chimán - La Chorrera (fols. 87 y ss. C-1).

"Al folio 5 C-1 obra el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Silvia donde constan diferentes anotaciones sobre las negociaciones realizadas sobre el inmueble, pero que de ninguna manera pueden considerarse como plena prueba de la propiedad, toda vez que ésta se demuestra con la Escritura Pública debidamente registrada. Ante la ausencia de este documento y la falta de autenticación de las copias de la Escritura 1281 de 1982, forzoso es concluir que en el presente caso la demandante no demostró la calidad de propietaria del bien afectado y en consecuencia no acreditó la legitimación activa para actuar en la causa.

"Del contexto de la demanda se infiere que la parte actora hace consistir la falla del servicio en la ineficacia de la acción del Estado que a través de sus organismos: Gobernación del Departamento del Cauca, Comandos del Ejército y la Policía y la Alcaldía del Municipio de Silvia, omitieron impedir la invasión y posteriormente no defendieron los intereses de la dueña del predio, ocasionando así un grave perjuicio por violación a la propiedad privada.

"La demanda se instauró contra la Nación en sentido general, olvidándose que si bien es cierto que la Nación es persona jurídica, muchas de sus actuaciones se manifiestan a través de las entidades de derecho público que como tales asumen la responsabilidad que se deriva de la prestación del servicio, como consecuencia de la distribución administrativa y funcional de sus órganos.

"En el presente caso se señala falla del servicio a la Gobernación del Departamento y al Alcalde Municipal, entidades públicas cuya representación está en cabeza del Gobernador y del Alcalde respectivamente de acuerdo con lo establecido en normas constitucionales que les confiere la atribución de representar al Departamento o al Municipio en los negocios administrativos y judiciales, por lo tanto cuando se pre-

tenda demandar la responsabilidad por actos o hechos departamentales o municipales, deberán ser llamadas las entidades a través de sus representantes directamente para hacerse parte en el proceso, como entidades con personería jurídica y capacidad para ser parte procesal.

"Respecto de la Policía y del Ejército, que por carecer de personería jurídica, están representados por la Nación, pero de conformidad con lo establecido en el artículo 208 del Decreto 612 de 1977 y el artículo 104 del Decreto 2340 de 1971, la admisión de las demandas que interesen al Ministerio de Defensa, deberá ser notificada personalmente al Secretario General del Ministerio y al Director de la Policía Nacional, por lo cual en la demanda han debido especificarse claramente los entes responsables, para que de esta manera se hubieran hecho parte en el proceso.

"Ha dicho la jurisprudencia que no es dable demandar al Estado de manera general cuando se está frente a la formulación de responsabilidades de entidades de derecho público. Específicamente se debe identificar el ente responsable para intentar contra él las acciones pertinentes.

"En conclusión, en el presente caso no se vincularon al proceso las entidades a las cuales se les señala la falla del servicio por no habérselas señalado en la demanda, y como ya se dijo la Nación actúa a través de ellas delegando funciones, pero dichas entidades asumen la responsabilidad de sus actos, hechos u operaciones, en tanto tengan capacidad para ser parte en el proceso.

"Queda de esta manera rendido el concepto de la Fiscalía".

## IV

*Consideraciones de la Sala:*

Las pretensiones de la demanda no podrán ser despachadas favorablemente porque en el caso en comento brillan por su ausencia presupuestos materiales o sustanciales de la sentencia favorable, por las razones que a continuación se precisan:

*Primera.* En el punto segundo de la causa *petendi* se predica que la demandante es "dueña y poseedora" del predio que allí mismo se alinda, agregándose que fue adquirido parcialmente por medio de la Escritura Pública número 872 de 14 de julio de 1969, de la Notaría Primera de Popayán, registrada en Silvia (Cauca), Matrícula número 134-0002065, y por Escritura Pública número 1281 del 2 de agosto de 1982. Pero es lo cierto, como lo anota muy bien la Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal 2ª de la Corporación, que el primer título no fue aportado al proceso, y del segundo sólo aparecen, a folios 87 y siguientes del Cuaderno número 1, unas copias sin autenticar. Dentro de este marco se tiene, pues, que no se acreditó en debida forma la propiedad de todo el inmueble, lo que lleva, necesariamente a denegar las súplicas de la demanda. En esta materia es conveniente recordar la jurisprudencia de la Corporación que encuentra precedentes también en valoraciones jurídicas de la H. Corte Suprema de Justicia. Así, en sentencia de 17 de julio de 1980, Expediente 2118, Actor: F. A. Melan Marroquín, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, se dijo:

"Sobra afirmar que quien alegue daños en inmueble de su propiedad, sólo se legitima en acciones de responsabilidad (y ésta es de tal clase) acreditándose ese dominio u otro derecho constituido sobre el mismo, mediante los instrumentos legales adecuados; para el efecto: escritura pública debidamente registrada y el correspondiente certificado de libertad.

"A este respecto cabe recordar el artículo 2342 del Código Civil, el cual permite solicitar la indemnización no sólo al dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño sino también el usufructuario, habitador o usuario, si el hecho irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso, como también puede solicitarla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder por ella".

La Corte Suprema de Justicia al comentar esta norma sostiene que el acreedor de los perjuicios debe acreditar suficientemente su derecho en relación con el inmueble, que sufrió el daño. Así se alega el carácter de dueño de un inmueble, que sufrió el daño. Así se alega el carácter de dueño de un inmueble, deberá acreditar su propiedad, mediante la escritura pública debidamente registrada e igualmente deberá demostrar su derecho de usufructo, habitación o uso, el usufructuario, habitador o usuario que alegue perjuicios en su respectivo derecho. Concretamente sobre un punto similar la mencionada Corporación en sentencia de 12 de febrero de 1964 sostuvo: "El damnificado por el daño a las cosas, en los supuestos del artículo 2342, tiene el carácter de acreedor de los perjuicios y a él deben pagarse, a fin de no correr el riesgo de hacerlo dos veces como le sucedería al deudor que paga a quien no es el verdadero acreedor. De allí también que sea vano el argumento del recurrente cuando afirma que por no tratarse de la discusión del dominio, no tenía por qué presentarse el título de propiedad, con olvido de que éste, al acreditar el dominio sobre el inmueble que sufrió los perjuicios, señala al acreedor y lo legitima para cobrarlos".

*Segunda.* Es verdad que a folios 94 y siguientes del Cuaderno número 1 aparece en fotocopia, debidamente autenticada, el texto de la Escritura Pública número 637 de 28 de abril de mil novecientos ochenta y uno (1981), por medio de la cual la menor adulta Adriana María Morales Elías, debidamente representada por su madre legítima, y con la licencia judicial de rigor, transfirió a título de permuta a la señora María Victoria Morales de Sussman, una cuarta parte en los inmuebles rurales denominados Chimán - La Chorrera y que la misma fue registrada el 22 de mayo de 1981, en el folio con matrícula inmobiliaria número 134-0002065, como se desprende del certificado de tradición que obra al folio 5 del Cuaderno número 1. Pero ésta circunstancia no permite al sentenciador cambiar la demanda para ordenar indemnizaciones parciales cuando el actor ha concretado sus aspiraciones al ciento por ciento de los mismos. Los fundamentos de hecho, se enseña, delimitan "...la causa *petendi* que el Juez debe considerar en la sentencia. Es lo que se conoce como congruencia de la sentencia..." (Hernando Devis Echandía. Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso. Décima Edición, pág. 422).

*Tercera.* No obstante la realidad anterior, los vacíos probatorios no se detienen en ella. Al solicitar pruebas el actor pidió la práctica de una inspección judicial sobre el predio de que trata la demanda, con el objeto de verificar "...el estado en que se encuentra la finca; observar quiénes la ocupan y explotan; la forma de explotación comunitaria que actualmente se le hace; el estado de la casa de habitación; la forma en que se hallan los potreros; la diferencia en la manera de trabajo de los indígenas ocupantes y de las personas que no siéndolo igualmente desarrollan sus labores en el agro". Demandó, igualmente que por dos peritos se hiciera el avalúo de la finca de que se trata en la demanda y se determinará "...el lucro cesante y el daño emergente con fundamento en la explotación que la propietaria había dado al inmueble..."

Pero resulta que la finca que se alinda en la demanda es la de mayor extensión a que se refiere el certificado de tradición que obra al folio 5 del Cuaderno número 1, esto es, que el demandante no tuvo en cuenta los linderos actualizados de que se da cuenta en la escritura número 2.047 de 05-11-80, que tampoco se aportó al proceso, pero cuyo registro aparece en el referido documento. No puede perderse de vista, para comprender mejor la situación planteada, que por escritura número 410 de 24 de marzo de 1972, pasada ante el señor Notario 1 de Popayán, se le vendieron al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria 280 hectáreas, lo que explica que el inmueble identificado por los peritos y que se alinda en la demanda, no es todo de propiedad de la parte actora. La Sala observa, para reforzar sus planteamientos sobre el particular, que en la Escritura Pública número 637, 28 de abril de 1981 (folios 94 y siguientes, Cuaderno número 1) sí se recogen los linderos actualizados del inmueble pero constata que ni en la demanda, ni en la inspección judicial, ni en el experticio se concreta la controversia a las 80 hectáreas 9.512 M2 que aparecen en el plano que obra al folio 108 del Cuaderno número 1, que parecen ser los mismos que figuran en éste último título. Dentro de este marco de circunstancias, lógico es concluir que no está demostrado el derecho de dominio sobre el inmueble respecto del cual el actor estructuró la causa *petendi* y el *petitum,* lo que explica la denegatoria de las súplicas de la demanda, como en antes se precisó.

*Cuarta.* Aunque la valoración fáctica y jurídica que se deja precisada en los puntos anteriores sería suficiente para despachar desfavorablemente las pretensiones de la parte actora, la Sala encuentra que al folio 148 del Cuaderno número 2 obra la respuesta que el señor Alcalde de Silvia dio al oficio número 596 de 18 de junio de 1985. En la parte pertinente del mismo se lee:

"Revisando los archivos de esta oficina, referente a querellas civiles de Policía presentadas durante los años de 1981 y 1982, aparece la señora María Victoria Morales de Sussman, identificada con la C. C. número 25.270.194 expedida en Silvia, instaurando una Querella Civil de Policía el 9 de agosto de 1982 ante el señor Alcalde Municipal, siendo su representante legal el Doctor Hugo Rengifo Espinoza con T. P. número 6.783 de Minjusticia.

"La citada querella fue admitida por auto de fecha agosto 9 de 1982, en el cual se le reconoce personería al Doctor Espinoza y además se decreta el *Statu Quo* Provisional en la finca denominada 'La Cho-

rrera' en jurisdicción de este Municipio (fol. 10). Seguidamente aparecen dos constancias de citación a los querellados Manuel Fernández, Francisco Calambas, Alvaro Morales y Ricardo Tunabala, la primera con fecha agosto 12 y la segunda sin fecha. Al tiempo este despacho con auto de fecha enero 10 de 1983, dando aplicación al artículo 1901 del Código de Policía del Departamento del Cauca, ordena el archivo de la querella por abandono del Juicio (fol. 11). Al folio 12 aparece la notificación por estado de la anterior providencia, con fecha enero 11 de 1983.

"Quiero aclarar que fuera de la anterior, no se han instaurado más querellas de Policía a nombre de la señora María Victoria Morales de Sussman".

Así las cosas, vale la pena recordar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en jurisprudencia reiterada, ha precisado que para deducir responsabilidad de la administración, por falla del servicio, es imperativo demostrar que se demandó la protección policiva en ejercicio del derecho subjetivo consagrado para el ciudadano en la ley y que la autoridad competente, ante la querella formalizada, rehusó en forma inexcusable la prestación de la protección del servicio causando daño con su actitud pasiva. Así en sentencia de dieciséis de julio de 1980, Expediente 10134, Actor: Estrada D. y Jaramillo E. Ltda. y Urbanización La Frontera Ltda., Consejero ponente: Doctor Jorge Dangond Flores, dijo:

"En la concepción de derecho público sobre responsabilidad extracontractual, liberada del sometimiento a las normas del Código Civil que rigen las relaciones privadas, es decir, dentro de la teoría autónoma de la falta o falla del servicio es clara, sin duda con mayor fundamento, la afirmación de que las entidades estatales son responsables por omisión, pero no de manera absoluta incondicional, sino relativa, condicionada a la existencia de determinadas circunstancias: solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional, de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes. No se puede, pues, predicar omisión, generadora de responsabilidad cuando el funcionario competente necesita de requerimiento para actuar en ejercicio de sus atribuciones y el particular interesado se abstiene de ejercer el derecho de pedir la intervención de acuerdo con las disposiciones legales pertinentes".

Con razón escribió Charles Rousseau en su Teoría General de la Responsabilidad en Derecho Administrativo: "Reconocer que el servicio público, al no funcionar, puede cometer una falta, equivale a decir que está obligado a obrar y que por tanto debe reparar pecuniariamente las consecuencias de su inacción".

"Como es obvio, para que esa posibilidad de configuración de la falta de servicio se convierta en real, es indispensable la existencia de la obligación de actuar; de tal manera que si la ley ha reglamentado el procedimiento en determinada materia, con la exigencia de la querella para que se ponga en movimiento la administración a través del funcionario respectivo, resulta ineludible el formal requerimiento pues de lo contrario no surge la obligación y sin ésta tampoco aparece el primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual o sea la falta o falla administrativa.

"f) La Ley 57 de 1905 dispone en el artículo 15:

"Cuando alguna finca ha sido ocupada de hecho sin que medie contrato de arrendamiento ni consentimiento del arrendador, el Jefe de Policía ante quien se presente la queja se trasladará al lugar en que esté situada la finca dentro de las cuarenta y ocho horas después de la presentación del escrito de queja; y si los ocupantes no exhiben el contrato de arrendamiento, o se ocultan, procederá a verificar el lanzamiento sin dar lugar a recurso ni a la diligencia que puede demorar la desocupación de la finca".

"Y el Decreto 992 de 1930 reglamenta:

"Artículo 1. Toda persona a quien se le hubiere privado de hecho de la tenencia material de una finca, sin que haya mediado su consentimiento expreso o tácito u orden de autoridad competente, podrá pedir por sí o por medio de apoderado debidamente constituido al respectivo Alcalde Municipal la protección consagrada en el artículo 15 de la Ley 57 de 1905".

Dentro del presente proceso ha quedado acreditado, entre otras cosas, que la parte actora formuló querella de policía ante el señor Alcalde de Silvia, el día 29 de julio de 1982 (folio 39, Cuaderno número 1), y que la misma no le fue admitida por las razones que se destacan en providencia originaria de ese despacho calendada ese mismo día (folio 41, Cuaderno número 1). De su lectura llama la atención la afirmación que allí se hace cuando se dispone: "...devolver la presente demanda por segunda vez a la querellante María Victoria Morales de Sussman, para que la reforme o adicione con los requisitos que se le enumeran, sin los cuales, tal como lo ordena la norma transcrita, no se puede dar curso a la demanda". Esto explica que el 9 de agosto de 1982, y por conducto de abogado, entablara la demanda que obra a folios 30 y siguientes del Cuaderno número 1 que es la misma que muere por "ABANDONO DEL JUICIO".

Dentro de este marco de circunstancias no es posible predicar que hubo una falla del servicio policivo. Dentro del proceso obran los testimonios de Marco Elías Paja (folio 95, Cuaderno número 2); Martín Emilio Cano Agudelo (folio 98, Cuaderno número 2); Beder Paz Fajardo (folio 101, Cuaderno número 2), y Sixto Hurtado Cortés (folio 104, Cuaderno número 2), todos los cuales en su orden dicen:

"Claro que ella presentó el denuncio en un Juzgado aquí en Silvia, pero no sé cuál juzgado sería y ella pidió protección a la Policía y a la Gobernación y le colaboraron el principio pero después ya no pudieron controlar eso puesto que los guambinos se adueñaron de esas tierras" (Marco Elías Paja).

"...me di cuenta que la propietaria trajo gran cantidad de Policía con el fin de desalojarlos pero todo fue inútil ya que decían que no tenían orden... Ella le pidió respaldo al Gobernador, al Ejército, a la Policía y demás autoridades pero a la señora propietaria de éste bien no le prestaron ninguna colaboración al respecto, puesto que no tenían orden de sacar a esa gente que estaba invadiendo su predio... pues realmente no sabía cómo llamaba el Teniente pero lo cierto es que yo conversé con él y me comentó que ellos relativamente no podían hacer

nada al respecto ya que no tenían ninguna orden para actuar, claro está que sí llegó a éste lugar con un buen número de agentes para cuidar la finca porque no era otra cosa que hacían..." (Martín Emilio Cano).

"...Yo me di cuenta que la señora María Victoria Morales de Sussman creo pidió la colaboración al Comandante de la Policía de este lugar y de inmediato la Policía subió a la mencionada finca pero no pudieron actuar ya que no tenían orden de nadie, estuvieron únicamente vigilando... claro está que en la finca hubo Policía pero no desalojaron a los invasores, prácticamente no prestaron colaboración alguna a la propietaria del inmueble" (Beder Paz Fajardo).

"...pues esa finca fue invadida por los indios, allí se hizo presente la autoridad pero sin orden alguna por lo tanto no pudieron sacarlos... Sí, el señor Teniente Novoa explicó a la señora Morales de Sussman de que no podían hacer nada puesto que no tenían órdenes de actuar" (Sixto Hurtado Cortés).

A través de los testimonios anteriores, que la Sala aprecia por las condiciones personales de los deponentes y por la forma clara y convincente como dan razón de los hechos, se concluye que la Policía prestó la colaboración que dentro del marco legal estaba a su alcance. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de abril de 1982, Expediente número 893, Magistrado ponente: Doctor Manuel Gaona Cruz, recuerda que en nuestra legislación se distingue el poder de la policía, de la función de policía y la actividad policial. Allí se lee:

"a) El poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1º y 3º del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la librtad. En nuestro Estado de Derecho, conforme a las competencias que se señalarán adelante, *lo ejercen únicamente quienes tienen origen representativo: el Congreso, el Presidente de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales.*

"b) La función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por éste; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente, un alcalde, un inspector. El ejercicio de esta función no corresponde, de principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de la policía.

"c) En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía, no son los jefes de la policía, ya que éstos son civiles (art. 39 del Código); por lo tanto, aquéllos *no expiden actos sino que actúan,* no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales sólo debido a que no son actos jurídicos, por no tener competencia para expedirlos, pero están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son ejercicio concreto de la función de policía

derivado de la competencia atribuida por el poder de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, *quien manda obedeciendo,* y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

"2. Colígese de lo precedentemente expresado que:

"a) *El poder de policía es normativo:* legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del Estado de Derecho es, además, preexistente.

"b) *La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía.* Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por éste a las autoridades administrativas de policía. Mas repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación, ni de regulación de la libertad.

"c) *La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica,* corresponde a la competencia de ejercicio regulado de la fuerza, y está necesariamente subordinada al poder y a la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad".

Como se puede apreciar, la literatura precedente recoge toda una filosofía jurídica para que la fuerza pública pueda actuar, no siéndole permitido pretermitirla ni sustituirla por otra: Un principio universal de derecho enseña que la autoridad no puede hacer sino lo que expresamente le está permitido. Ahora bien: Si formulada la querella policiva, como ocurrió en el caso en comento, ella se abandona por el interesado, no hay lugar a invocar la falla del servicio como fuente de responsabilidad. Aceptar la tesis contraria sería patrocinar una conducta confusa o equívoca. De allí que se predique por juristas de nota que sólo la propia fidelidad jurídica puede exigir fidelidad jurídica (Ver el Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Jesús González Pérez. Editorial Civitas, pág. 81). El Estado de Derecho consagra vías procesales para la mejor defensa de los derechos subjetivos de los particulares, pero a éstos no les es permitido pretermitirlas para encuadrar la conducta dentro de moldes desordenados, saltando instancias para tratar de lograr el resultado querido por el interesado. Todo esto explica igualmente, que las pretensiones de la parte actora sean desechadas.

*Quinta.* La Sala avocó el estudio a fondo del presente proceso, no obstante que el actor ejercitó por error la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción que contemplaba el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, cuando ha debido apoyarse en la consagrada en el artículo 68 del mismo estatuto, porque considera que en virtud del principio de la eficacia comprende muy bien que los procedimientos deben lograr su finalidad, motivo por el cual el sentenciador está obligado, hasta donde ello le sea permitido y sin desnaturalizar las esencias jurídicas, a remover los obstáculos formales, evitando decisiones inhibitorias. En esta materia no puede perderse de vista que, como reiteradamente lo ha predicado ésta Corporación, "En nuestro ordenamiento procesal de las contenciones que surjan de las relaciones entre los particulares con las entidades estatales o entre estas mismas, se establece una determi-

nante distinción entre el acto, el hecho u operación administrativa. Tal distinción que proviene de lo dispuesto en los artículos 66, 67, 68 y 83 de la Ley 167 de 1941 y 28 del Decreto 528 de 1964, debe tener consecuencias y efectivamente las tiene, como que es distinto el régimen según se trate de accionar contra un acto o contra un hecho u operación" (Sentencia 23 de julio de 1970. *Anales* T. LXXIX, números 427-428, págs. 295 y ss.). Como a través del presente proceso no se cuestionó la legalidad de ningún acto administrativo, la acción procedente era la consagrada en el artículo 68 del anterior código contencioso administrativo y no la del artículo 67 del referido estatuto.

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

*Falla:*

DENIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*SANCIONES DISCIPLINARIAS. Fallo disciplinario. Constituye prueba testimonial.*

*RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. VIOLACION DE DOMICILIO, ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONAS ABSOLUTAMENTE DESCONOCIDAS PARA LAS AUTORIDADES.*

*PRUEBAS TRASLADADAS.*

*Consagración en el artículo 185 del C. P. C. norma aplicable por mandato del artículo 267 del Decreto 01 de 1984. COPIA DEL FALLO DISCIPLINARIO. Constituye prueba documental. PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.*

*PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.*

*PRUEBA DOCUMENTAL. La copia de fallo disciplinario constituye prueba documental.*

*PRUEBA TRASLADADA.*

*PRUEBA TRASLADADA. Consagración.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., diez de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nº 3213. Indemnizaciones. Actor: Nadín Ospina Morales como agente oficioso de María Luisa Flórez.

En escrito de 11 de abril de 1981, la señora María Luisa Flórez a nombre de los menores José A. Iregui y Andrés Eduardo Savino F., sobrinos suyos, demanda a la Nación colombiana para que se declare su responsabilidad por la muerte de la señora Blanca Idaly Flórez y del señor Eduardo Savino Lloreda y se le condene a pagar los perjuicios materiales y morales causados a los menores mencionados, estimados los primeros, en conjunto, en la suma de $ 9.000.000 y los segundos en 3.000 gramos de oro.

Como hechos se narran en la demanda, los siguientes:

a) Que el menor Andrés Eduardo Savino F., nacido el 25 de julio de 1975, es hijo extramatrimonial de la señora Blanca Idaly Flórez y del señor Eduardo Savino Ll., quienes convivían en unión libre.

b) Que el menor José A. Iregui F., es hijo de la misma señora, nacido el 13 de octubre de 1968.

c) Que el padre de este menor, José María Iregui, lo abandonó desde su nacimiento.

d) Que la señora Blanca Idaly nació el 17 de junio de 1952 y Eduardo Savino el 24 de diciembre de 1946.

e) Que estas dos personas fallecieron, con otras, en la madrugada del 14 de abril de 1978, dentro de la casa de habitación situada en la Transversal 31 Nº 136-67 del barrio "El Contador" de esta ciudad.

f) Que la señora María Luisa Flórez es tía de los menores demandantes, pues es hija de Berenice Flórez, madre de Blanca Idaly.

g) Que la señora María Luisa promovió curaduría legítima de los menores en cuestión ante el señor juez civil de menores.

h) Que los menores dependían moral y económicamente de sus padres, así: Andrés Eduardo de Eduardo Savino Lloreda y Blanca Idaly y José A. Iregui de esta última.

i) Que Eduardo Savino Lloreda era comerciante de vehículos automotores y tenía un ingreso mensual aproximado de $ 100.000.

j) Que Blanca Idaly era socio industrial del restaurante "La Universitaria" de la Carrera 5ª Nº 14-12 de esta ciudad, cuyo dueño era el señor Guillermo Morales, y devengaba unos $ 30.000 mensuales en esa actividad.

k) Que debido a ese estado de orfandad, los menores quedaron al cuidado de su tía María Luisa Flórez, persona de escasos recursos económicos.

Sobre los sucesos trágicos, narra la demanda:

1. Que los hechos ocurrieron durante la noche del 13 de abril de 1978, cuando agentes secretos cumplieron diligencia de allanamiento por orden del juez 77 de instrucción penal militar en la casa de habitación distinguida con el Nº 136-67 de la Transversal 31, del barrio "El Contador".

2. Que en el operativo, iniciado para buscar el señor Miguel de Germán Ribón, quien se hallaba secuestrado, perecieron: Blanca Idaly Flórez, Fanny Suárez de G., Eduardo Savino Lloreda, Jorge Enrique Salcedo, Omar Reyes Leyton, Juan Bautista Ortiz y Alvaro Enrique Vallejo.

3. Que las fuerzas del orden informaron que al ser repelidos por los ocupantes de la casa tuvieron que hacer uso de las armas, con el saldo trágico que se detalla en el numeral precedente.

4. Que la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional avocó la investigación administrativa y concluyó con el fallo de mayo de 1980.

5. Que dicha agencia investigadora absolvió al capitán Carlos Julio Castaño R. y pidió destitución de los capitanes Jaime Alberto Patarroyo B., Jorge Noel Barreto R. y Alvaro Mendoza C.; del teniente Manuel Antonio Bravo S.; del cabo primero Arturo Martín Moreno; y de los agentes Joel de Jesús Alarcón, José Joaquín Domínguez L., Gustavo Ospina R., Efraín Morales C. y José Santos Baquero.

6. Que la investigación de la Procuraduría permitió extraer, entre otras, estas conclusiones: que los disparos que causaron las muertes fueron hechos a quemarropa, descartando de paso el enfrentamiento armado; que los guanteletes de parafina acreditaron que las víctimas no habían disparado a los agentes; que las víctimas recibieron en total 38 impactos de bala, disparos hechos entre 4 cms. y 100 cms., la mayoría de ellos en la cabeza y en la espalda; que las víctimas Blanca Idaly, María Fanny, Eduardo Savino y Alvaro Enrique, carecían de antecedentes penales; que el personal de la policía se parapetó dentro de la casa, con una anticipación de varias horas y pudo disparar sin riesgo alguno a las víctimas que llegaron a distintas horas a la casa.

7. Que los menores José A. y Andrés Eduardo fueron testigos presenciales de la masacre y quedaron con serios traumas psicológicos, que han tenido que tratarse por especialista.

8. Que el proceso penal se adelantó ante la justicia castrense.

De folios 190 a 193 se hace la fundamentación jurídica de la demanda para concluir que en el caso concreto se dieron con plena evidencia los supuestos de la responsabilidad del Estado, ya que agentes suyos aplicaron la pena de muerte a las personas indicadas atrás, violándose así los artículos 16 y 29 de la Carta y la convención americana de derechos humanos de 1969 y el pacto internacional de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas de 1966, ratificado mediante la Ley 74 de 1968.

En escrito posterior la parte actora corrige el libelo, ampliando el concepto de la violación. Así cita como infringidos los siguientes artículos: 2º del Decreto 2347 de 1971; 355 del C. de P. Penal; 82 Decreto 1355 de 1970; 24 de la Constitución y 83 del Código Nacional de Policía.

Después de algunas incidencias, se admitió la demanda presentada por el Doctor Nadín Ospina M. en su carácter de agente oficioso de la señora María Luisa Flórez.

Por petición del mismo apoderado las pretensiones quedaron reducidas al menor Andrés Eduardo, ya que el juzgado de menores sólo reconoció la tutoría para éste, en cabeza de la señora María Luisa Flórez, quien ratificó lo hecho desde un principio por el agente oficioso (ver autos a folios 224 y siguientes del C. principal).

El señor Consejero Valencia Arango, conductor inicial se declaró impedido por "interés intelectual" y el resto de la Sala, con salvamento del suscrito, le aceptó esta posición.

Para resolver, se considera:

Para la señora fiscal la demanda no está llamada a prosperar. Así, en su vista de 24 de junio del presente año, estima que los supuestos de la responsabilidad no fueron acreditados. De este escrito, que obra a folios 264 y siguientes, se destaca:

"En la demanda se dice muy poco sobre los hechos que dieron lugar a promover la presente acción. En la parte pertinente se dice por una parte, que según la versión periodística y la información de funcionarios del F-2 los agentes de la Policía Nacional fueron atacados con arma de fuego por las víctimas y por esa razón los agentes tuvieron que disparar.

"También se refiere en la demanda, la versión de los hechos consignada en el informe de la Procuraduría General de la República.

"Sin embargo el representante de los demandantes no ofrece su propia versión sobre los hechos por los cuales demanda. Es de suponer, que por acomodarse más a sus intereses, la versión suya sea la misma de la Procuraduría. Así se deduce también después de analizar la actividad probatoria de la actora, la que en definitiva se limitó a solicitar se tomara como prueba plena o como indicio —según el caso— las pruebas recolectadas en la investigación disciplinaria que realizó la Procuraduría y que concluyó con el documento visible al folio 37 y siguientes del C-1"

. . . . . .

. . . . . .

. . . . . .

"Ahora bien, el resto del material probatorio que se anexó al expediente lo constituye la prueba recopilada por funcionarios de la Procuraduría durante la averiguación disciplinaria seguida para comprobar la conducta del personal de la Policía Nacional que participó en los hechos ocurridos en la noche del 13 de abril en el barrio Contador.

"El extenso documento que puso fin a la investigación que durante dos años realizó la Procuraduría, se basó en un cúmulo de pruebas que después de ser analizadas y valoradas, llevaron a la Delegada para la Policía Nacional a calificar la conducta de los agentes de la Policía Nacional que participaron en el operativo, para concluir solicitando la destitución de la mayoría de ellos.

"Hay que destacar que la Procuraduría tuvo a su disposición muchísimo material probatorio de todo orden y recepcionó muchísimos testimonio y de todo ese material sacó unas conclusiones. Este despacho no desconoce ni demerita el trabajo realizado en esa dependencia y con todo el respeto que ese magnífico trabajo le merece, encuentra que esa sola pieza dentro de este proceso, no es prueba suficiente para declarar la responsabilidad del ente demandado".

. . . . . .

. . . . . .

. . . . . .

"De la lectura de esas declaraciones se infiere, que cuando los agentes del F-2 le manifestaron a las víctimas quiénes eran, éstas abrieron fuego contra la policía, lo que los obligó a utilizar a su vez las armas. Tenemos pues que la actitud de las víctimas las colocó en la situación peligrosa y desencadenó los hechos en los cuales perecieron.

"La anterior conclusión se desprende, se repite, de las declaraciones de los agentes de la policía, que constituyen plena prueba. De esas declaraciones también se deduce, que todas las personas que resultaron muertas llegaron a un mismo tiempo y que la actitud de ellas desencadenó el tiroteo, que todo ocurrió a un mismo tiempo y por una sola vez.

"A muy diferente conclusión llegó la investigación de la Procuraduría, pero teniendo en cuenta las muchas declaraciones que recibió. Estas declaraciones lamentablemente no fueron ratificadas durante este proceso. No obstante lo anterior este despacho considera que a esas declaraciones así aportadas, debe dárseles el valor de prueba indiciaria, no concordando en este punto con otros miembros de la Sala, para quienes la prueba trasladada sin el lleno de los requisitos que la ley exige, no debe tenerse en cuenta, restándole así todo el valor probatorio.

. . . . . .

. . . . . .

. . . . . .

"En conclusión, las pruebas técnicas que se allegaron, no son completamente convincentes y no pueden tenerse en cuenta en la forma como las tuvieron los funcionarios de la Procuraduría que realizaron la averiguación disciplinaria".

Por su lado, la apoderada de la Policía Nacional hace reparos de orden probatorio e insiste que la prueba del parentesco de la señora María Luisa Flórez con una de las víctimas, la madre del menor, no es admisible legalmente. Cuestiona asimismo los ingresos de la señora Idaly Flórez en la fecha de su muerte como los de su compañero Eduardo Savino Lloreda.

El apoderado de la actora insiste en sus pretensiones con argumentos dotados de seriedad.

La Sala no comparte los puntos de vista del ministerio público, ya que sí existen dentro del proceso suficientes elementos de convicción para concluir que las autoridades de policía que intervinieron en el operativo del barrio "El Contador" comprometieron con su actividad la responsabilidad del Estado y que esta definición se logra luego del análisis del acervo probatorio y no sólo de las conclusiones sacadas por la Procuraduría Delegada para la Policía Nacional en su providencia de mayo 5 de 1980, que obra en copia auténtica a folios 37 y siguientes del Cuaderno número 1.

En este orden de ideas debe precisarse, en primer término, lo relativo a los vacíos probatorios anotados por la señora fiscal y la falta de ratificación dentro de este proceso de las pruebas estimadas por la Procuraduría. Si bien se ha venido sosteniendo, aunque no en forma unánime, que las pruebas practicadas en un proceso penal para poder ser tenidas en cuenta en uno de responsabilidad estatal requieren no sólo del traslado en legal forma sino de su ratificación cuando se trate de testimonios (posición que es bien cuestionable), no es menos cierto que este tratamiento no se le ha dado a las investigaciones de tipo disciplinario adelantadas por la misma administración, porque frente a ésta es incuestionable su conocimiento y nada podrá alegar frente a su utilización futura en su contra en un proceso.

De allí que los testimonios que obran en el anexo número 2 en copias auténticas pedidas y decretadas oportunamente, puedan evaluarse

en su totalidad, sin que la administración pueda ahora alegar que frente a ella esos testimonios no fueron controvertidos.

El traslado de las pruebas tiene su expresa consagración en el artículo 185 del C. de P. C., norma aplicable por mandato del artículo 267 del C.C.A. Dicha norma dispone:

"Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y *serán apreciables sin más formalidades*, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella" (Subrayas fuera de texto).

Como se observa, ese traslado es posible, bien en forma simple, cuando en el primer proceso se practicaron por petición o con audiencia de la parte contra quien se quieren hacer valer en el segundo proceso. Como es obvio, en este evento, la prueba ya fue pública y controvertida por ésta y nada podría alegar a este respecto. En cambio, cuando la parte contra quien se quiere hacer valer la prueba practicada en otro proceso anterior no fue parte en éste, será necesario hacer su ratificación, en los casos de prueba testimonial, se entiende, porque sólo así se entenderá bien controvertida.

En el proceso disciplinario seguido por la Procuraduría Delegada se practicaron muchas pruebas, entre éstas los testimonios que obran en copia en el citado anexo número 2. Estos testimonios fueron recepcionados por el funcionario investigador, con citación y audiencia de los servidores públicos investigados por los hechos del barrio "El Contador"; funcionarios que controvirtieron la prueba oportunamente. Así mismo no puede olvidarse que esos testimonios se recepcionaron por petición de las partes, a través precisamente de un Procurador, funcionario constitucionalmente investido de la competencia para defender los intereses del ente nacional y el orden jurídico (art. 143 de la Carta).

En suma, esa prueba testimonial ya había sido controvertida y no requería su ratificación dentro de este proceso. No tiene sentido decir ahora que frente a la Nación esa prueba ni es pública ni controvertida, cuando fue su representante quien directamente la practicó.

Fuera de lo dicho, la copia del fallo disciplinario constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta, por fuera de los cánones del buen servicio; que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tragedia estaba en misión de servicio.

Para la Sala, la copia del fallo en cuestión sería suficiente para evidenciar la existencia de la falla del servicio, porque la decisión pidió la destitución de los miembros de la policía que efectuaron el operativo, precisamente porque en forma ilegal, so pretexto de un allanamiento, prolongado irregularmente, ejercieron sus funciones con el saldo trágico que se dejó expuesto en la narración precedente. Autoridades cuya misión constitucional era la de proteger la vida de los asociados, dieron muerte a siete personas que ni siquiera conocían en ese momento; cuando por las ventajas que tenían (bien resguardados en el interior de la

casa, con antelación y a oscuras, en número bastante superior y mejor armadas) bien pudieron haberlos capturado sin mayor riesgo para sus vidas.

Pero aún sin ese documento contentivo del fallo de la Procuraduría, las otras pruebas que obran en el expediente permiten arribar a la conclusión de que se dio la falla del servicio en forma elocuentemente cruda y sin atenuantes para los partícipes. Actuaron estos con absoluta frialdad, sobre seguro, con base en simples sospechas circunstanciales de suyo bastante deleznables.

Aceptan los mismos agentes estatales comprometidos que practicaron el allanamiento a la casa de habitación situada en la Transversal 31 Nº 136-67 del barrio "El Contador" a eso de las 5 y media p.m. del día 13 de abril de 1978; allanamiento decretado por el juez 77 de instrucción penal militar. Pero contra todo lo previsto y lo permitido, en lugar de dar por terminado el mismo luego de las constataciones permitidas por el mencionado juez (infructuosas porque no se encontró ningún indicio de que sus moradores eran los secuestradores del señor Germán Ribón o de otra persona) permanecieron por varias horas en el interior del edificio, escondidos y a oscuras, para sorprender a sus moradores tan pronto entraran en la casa. La permanencia dentro de un domicilio privado cuya inviolabilidad está consagrada en la Constitución, por fuera de los límites propios del allanamiento, muestra la primera y grave infracción legal y el primer hito de la falla del servicio. La conducta asumida encuadra en la previsión contemplada en el artículo 371 del C. de P. Penal y muestra el desconocimiento del mandato normativo.

El segundo indicio, de una gravedad especial, se encuentra en el hecho de que se invadió el domicilio de personas (léase bien!) que en el momento del allanamiento eran absolutamente desconocidas para las autoridades (ver declaración al folio 106 del Cuaderno número 2 del Capitán Alvaro Mendoza C.). Estas consideraron sospechosas a sus moradores porque el teléfono de esa casa estaba a unas cinco cuadras de un teléfono público de donde ese día se había recibido una llamada anónima relacionada con el secuestro de la niña Adriana Constanza Arenas.

Luego de la tragedia se dijo que los muertos eran peligrosos antisociales. Esto no se comprobó dentro del proceso. Antes, por el contrario, se demostró que la mayoría de ellos carecía de antecedentes penales y que los de Eduardo Savino tenían que ver con el giro de cheques.

Arguye la defensa que las autoridades tuvieron que repeler la agresión injusta de los "delincuentes"; que debieron ejercer una legítima defensa.

Impresiona esta justificación, en boca de quienes en número muy superior estaban parapetados —como se dijo— a oscuras en el interior de la casa, bien armados, con el factor sorpresa a su favor, contra personas que ignoraban qué estaba ocurriendo en el interior de su casa y quiénes los esperaban. Impresiona esta justificación cuando los mismos funcionarios que actuaron en el operativo declaran que el tiroteo duró algunos segundos, veinte o treinta (ver declaraciones a folios 92, 95, 101, 107, 109) contradiciéndose así el dicho de que su acción fue moti-

vada por la agresión de que fueron víctimas. Si esto hubiera sido así, la simple toma de posiciones durante el abaleo hubiera durador más y se habrían presentado, era lo más lógico, bajas o heridos en el personal policivo. Afirman los mismos funcionarios comprometidos que se hicieron unos cuarenta o cincuenta tiros. Pues bien, su dicho es bastante creíble porque ese número casi coincide con los impactos recibidos por las víctimas, unos 38 según Medicina Legal (ver informe discriminado de ese Instituto en oficio 374-DC-Lib-agosto 24 de 1978). Se descarta la acción agresiva de los moradores de la casa con ese documento que no ha sido impugnado, el que a folios 76 y siguientes conceptúa que los disparos se hicieron todos a quemarropa, a una distancia fluctuante entre 4 y 100 centímetros y algunos de ellos por la espalda, caso de Eduardo Savino que de 10 recibió 7 por detrás.

Es fácil concluir que si se hubiera presentado el enfrentamiento con personas que estaban a esa distancia (cara a cara) las bajas oficiales habrían tenido que presentarse por fuerza y nada de eso sucedió.

Si a esto se suma que la prueba del guantelete de parafina que se hizo a las víctimas no dio resultados contundentes ni positivos y que las armas que se dice fueron disparadas por éstos no fueron examinadas oportunamente y con los cuidados que la técnica aconseja, resulta evidente que los dueños de la casa no alcanzaron a disparar y que "la justificación alegada" no tiene respaldo alguno dentro del proceso.

La Sala comparte las apreciaciones de la Procuraduría, ya que las encuentra ajustadas no sólo a las pruebas técnicas practicadas sino a las declaraciones que figuran en el anexo número 2.

De ese fallo de 5 de mayo de 1980 se destacan los siguientes apartes, con el enunciado introductorio de la Sala. Así:

Sobre los disparos hechos sobre seguro y a quemarropa, anota:

"De las pruebas técnicas, cuya idoneidad y validez fue puesta en duda en los descargos, se desprende que los moradores de la vivienda allanada y sus visitantes, fueron acribillados por el personal que intervino en la diligencia de allanamiento, a quemarropa algunos y todos, como máximo, a un metro de distancia, disparando más de un agente contra la misma víctima, con un exceso de tiros certeros, indicativos de un ensañamiento impropio de las autoridades armadas, si se tienen en cuenta los reglamentos sobre el uso de las armas y medios de defensa, contra personas que de acuerdo con la ubicación de quienes disparaban y aquella en la que quedaron tendidos los cadáveres, trataban de esconderse, en desbandada indicadora de reflejos elementales para conservar la vida, como se aprecia por los numerosos tiros recibidos en la espalda por los occisos, y, como se dijo, la ubicación de los cuerpos, descrita en el acta de levantamiento: 4 en el garaje, detrás y al lado de los vehículos, y una mujer, María Fanny de Guerrero, detrás de una tapia; 2 en la sala, Blanca Idaly Flórez al lado de una columna y solo uno cerca a la entrada, Omar Reyes Layton".

En cuanto a la justificación por legítima defensa, observa:

"Esas mismas pruebas técnicas demuestran de manera fehaciente que la pistola encontrada al lado del cadáver de Omar Reyes Layton, estaba entrabada de tal manera que no permitía ser disparada. Dejan

en duda la posibilidad de que fuera disparada en esa ocasión la carabina que estaba en el garaje, precisamente al lado del cuerpo de Eduardo Sabino, ya que no fueron encontradas vainillas correspondientes a dicha arma y, en cambio, sí muchos proyectiles intactos, y aunque se hallaron cinco vanillas de revólver calibre 38 y del Colt calibre 32, la prueba del guantelete descartó que tales armas fueran utilizadas por los occisos, al no encontrarse ninguna partícula de pólvora en sus manos, como habría debido de ocurrir necesariamente si hubieran accionado las armas varias veces según el número de vainillas encontradas, y por tener todos las manos descubiertas como se observa de las fotografías anexadas a los descargos.

"4º Lo anterior sería suficiente para descartar la legítima defensa alegada por los acusados en sus descargos, desde el momento que sin la utilización de las armas no habría podido existir ni un amago de agresión siquiera. Pero son los mismos agentes y oficiales los que, tanto en los descargos como en las indagatorias, éstas últimas trasladadas a esta averiguación del proceso penal, quienes confirman la ausencia de legítima defensa".

De la forma como actuó el personal policivo, arguye:

"Por otra parte, se nota, la falta de necesidad de defensa y mucho menos de desocupar toda la carga de municiones como hizo la mayoría de los representantes de la autoridad, salta a la vista por las condiciones de absoluta seguridad en la que se encontraban éstos: todos en la parte posterior de la casa, parapetados o atrincherados detrás de las paredes, del quicio de la ventana, de la nevera de la cocina. Todos al acecho en la oscuridad oteando hacia la parte iluminada de la casa ya que la entrada tenía una bombilla encendida y posiblemente también el garaje y de la calle alumbraba la luz de mercurio; todos, además, con la vista acostumbrada a la penumbra, como lo admiten también en los descargos. En esas condiciones, es inconcebible que los once (11) miembros de la policía participantes en la operación, pudieran considerarse agredidos y sintieran la necesidad de defenderse con 40 disparos confesados, más los de la subametralladora que portaba el Capitán Barreto, más los disparos del agente Quiroga, negados por éste a pesar de que se encontró un proyectil disparado por su revólver, incrustado en el cuerpo de la dueña de casa, Blanca Idaly Flórez. Era imposible sentirse realmente agredido en tales condiciones de seguridad, por lo que no se acomoda ni a lo natural de las cosas ni a lo que los elementos de juicio demuestran, la versión que dieron los representantes de la autoridad sobre la forma como ocurrieron los hechos".

En torno al exceso en el allanamiento, escribe:

"¿Es que acaso las autoridades instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los residentes en el territorio nacional, están legalmente autorizadas para invadir el domicilio y escondiéndose a altas horas de la noche, permaneciendo en la penumbra o en la oscuridad, se identifiquen como tales, siendo que resulta imposible identificarlos en tales circunstancias? De acuerdo con la garantía de la inviolabilidad del domicilio consagrada en la Constitución Nacional y lo dispuesto en los artículos 355 y siguientes del C. de P. P. que reglamentan la execpción a la regla general consagrada en la Constitución, no están autorizados para invadir el domicilio en tales circunstancias".

En relación con los antecedentes de las víctimas y con el desconocimiento que tenían las autoridades de la identidad de las mismas, expone:

"Sea lo primero indicar que las víctimas Blanca Idaly Flórez, Fanny de Guerrero, Eduardo Sabino, Alvaro Enrique Vallejo Quiñones, de acuerdo con certificaciones expedidas por el Departamento Administrativo de Seguridad, encargado de recopilar los antecedentes penales y de expedir esa clase de certificaciones, eran personas ajenas al hampa, al contrario de lo que inicialmente se le quiso hacer creer a la ciudadanía mediante noticias suministradas a los distintos medios de publicidad. El señor Sabino tuvo cuentas pendientes con la justicia por el delito de giro de cheque en descubierto, contemplado en los decretos, se corrige, en el Decreto 1135 de 1970. Tan sólo Jorge Enrique Salcedo y Omar Reyes Layton figuran con antecedentes. Pero, además, el personal de la Policía que intervino en el procedimiento ignoraba hasta donde se tiene conocimiento, quiénes eran las personas que moraban en el inmueble objeto del allanamiento y quiénes las que visitaban a sus moradores. La empleada del servicio doméstico no les suministró los nombres de estos últimos y muy fragmentariamente, o, si se prefiere, imprecisamente, los de los moradores u ocupantes de la residencia. En consecuencia, mal podrían, como lo pretenden ahora, saber que se iban a enfrentar a personas de alta peligrosidad".

. . . . . .

. . . . . .

"Es decir, que los investigadores del F-2 estaban convencidos de que habían hallado el lugar donde estaba secuestrado el señor De Germán Ribón y que su rescate era cuestión segura e inmediata. Pero no fue así, ya que no solamente no encontraron al secuestrado sino que no hallaron rastros de que éste hubiese estado allí, ni huellas ni instrumentos relacionados con el delito. Sin embargo, haciendo un esfuerzo para evitar el fracaso, decidieron parapetarse y esperar a los moradores de la residencia para obtener de estos datos al respecto. Por esa razón alejaron del sitio a la empleada del servicio doméstico, quebrantando las reglas relativas a la práctica de allanamiento y registro, el cual debe realizarse en presencia de la o las personas que al momento de la diligencia se encuentren en el inmueble. De ahí en adelante está claramente demostrado en el proceso disciplinario qué fue lo que ocurrió y el despliegue noticioso que de los hechos hizo la institución policiva, calificando de delincuentes peligrosos a los muertos, para a la postre comprobarse que únicamente dos de esas víctimas tenían antecedentes de carácter penal".

Más adelante, agrega:

"Otro tanto puede decirse respecto de los antecedentes policivos. Pero lo que comúnmente se llaman 'entradas' a dependencias de la Policía Nacional para comprobar antecedentes o por razón de capturas realizadas por orden de autoridad competente o por flagrancia o cuasiflagrancia delictual, no constituye antecedentes penales. Pero aún el

hecho de existir antecedentes penales respecto de una persona, esto no implica el derecho a privarla de su vida".

De las declaraciones testimoniales que obran en el expediente (anexo número 2) se concluye también en forma incuestionable que no hubo sorpresa ni agresión de las víctimas hacia los integrantes de la Policía. La credibilidad que merece el dicho de José Ignacio Delgado O. (a folios 55), María del Pilar Lozano de D. (a folios 57), Diomedes Rodríguez M. (al folio 12), y Pedro Miguel Lozano M. (a folios 21), surge el hecho de no tener amistad con las víctimas ni interés alguno en declarar sobre aspectos que no conocían. Además son personas de profesión conocida, carentes de antecedentes y respetuosas del orden público. Así mismo revelan un gran valor civil al declarar en un proceso tan doloroso como éste. Las mismas indagatorias rendidas por los victimarios constituyen indicios en su contra por las contradicciones que ellas entrañan y por las explicaciones pueriles que presentan.

Revela igualmente la prueba testimonial que las víctimas no llegaron a la casa al mismo tiempo y que algunas arribaron por lo menos con media hora de anticipación al momento de los disparos. En esto coincide la Sala con el fallo en cuestión.

Para terminar este capítulo que evidencia la falla del servicio (con una elocuencia que no tiene par en los anales del Consejo) se transcribe el siguiente aparte del proveído disciplinario de Procuraduría:

"De lo que ha quedado expuesto se evidencia que los acusados se excedieron en el cumplimiento de la orden judicial de allanamiento expedida por el juez 77 de Instrucción Penal Militar, toda vez que concluido el registro de la residencia, debieron abandonarla habida cuenta que no fue encontrado en ella el señor Miguel de Germán Ribón, cuya localización y rescate eran el objetivo primordial de la diligencia ordenada por el despacho judicial, ni rastros de que hubiera estado en dicho lugar, ni armas, ni instrumentos o herramientas que hubieran servido para consumar el ilícito o fueran producto del mismo. Además, queda igualmente demostrado que la muerte de las personas que fueron halladas dentro de la residencia allanada no se justifica por la pretendida legítima defensa aducida por los inculpados en sus descargos y que, por el contrario, utilizaron injustificadamente sus armas con una violencia hasta tal punto exagerada que privaron de la vida a personas no involucradas en el secuestro del precitado señor De Germán Ribón y que, como más tarde se comprobó, carecían de antecedentes penales a excepción de dos de ellos.

"Con su conducta, impropia de integrantes de la Fuerza Pública, incurrieron en las faltas definidas en los artículos 5º numeral 1º, 71 numerales 1 y 24, 76 numerales 1 y 20, y 82 del Reglamento Disciplinario vigente para la época de los hechos.

"En cuanto a la situación que el Mayor Carlos Julio Castaño Rozo presenta en sus descargos, es más que suficiente para relevarlo de toda responsabilidad, ya que el juez 77 de Instrucción Penal Militar comisionó no al jefe de la SIPEC, que lo era él, sino de acuerdo con el artículo 371 del C. de P. P. al oficial jefe de la Policía Judicial, que lo era el Capitán

Jaime Alberto Patarroyo, quien cumplió la comisión en la forma que ha quedado suficientemente estudiada en esta providencia. Por esa razón se lo absolverá".

Puesta de presente la falla del servicio, entra la Sala a analizar el aspecto de los perjuicios. A este respecto, se anota:

Como se expresó inicialmente la parte demandante quedó reducida al menor Andrés Eduardo Sabino, ya que el agente oficioso inicial desistió de las pretensiones del otro menor, José A. Iregui F.

No existe duda en cuanto a la legitimación en causa. Se acreditó que Andrés Eduardo era hijo de la señora Blanca Idaly Flórez y del señor Eduardo Sabino Lloreda. A este respecto se observa el registro de nacimiento a folios 24 del Cuaderno número 1. La relación de unión libre aparece acreditada mediante la prueba testimonial que obra a folios 28 y siguientes del mismo cuaderno. Así mismo se estableció que el juzgado tercero civil de menores de esta ciudad designó a la señora María Luisa Flórez como tutora del menor demandante (a folios 48 y siguientes).

Esa prueba debió operar en el proceso civil. El hecho de la designación como curadora legítima, da a entender que este extremo probatorio estuvo bien acreditado.

La Sala no duda de que el menor sufrió con la pérdida de sus padres perjuicios no sólo morales sino materiales.

En cuanto a los primeros la Sala señalará el máximo aceptado por la jurisprudencia, dada la pérdida de los dos padres del menor. Serán 1.000 gramos oro, en su equivalente en pesos colombianos a la fecha de este proveído. En cuanto a los perjuicios materiales, no se dan elementos de convicción suficientes para su evaluación concreta y la condena tendrá que ser en abstracto. No hay duda de que Eduardo Sabino dependía en un todo y por todo de sus progenitores. Al faltar estos dejó de percibir, y así seguirá hasta la mayoría de edad, un valor equivalente a los gastos de crianza, educación y establecimiento; en otras palabras, los alimentos congruos.

Esta reflexión permite señalar algunas pautas para su concreción incidental. Así:

a) El período indemnizatorio comprenderá dos etapas. La primera, desde el fallecimiento de sus padres (14 de abril de 1978) hasta la fecha de este proveído (septiembre de 1986); y la segunda, de esta fecha a julio de 1993, cuando cumpla la mayor edad Andrés Eduardo Sabino.

b) Deberá determinarse el ingreso mensual de los padres del menor, ya con las copias de sus declaraciones de renta o por otros medios. De no ser posible habrá que aplicar el salario mínimo para empleados.

c) Deberá determinarse pericialmente o por otros medios el monto de las mesadas por alimentos congruos que el menor dejó de percibir. De no ser posible esta determinación se tendrá en cuenta un porcentaje equivalente al 25% de la cifra que se tome como ingreso total. Estos valores deberán actualizarse teniendo en cuenta los índices de precios

al consumidor durante la primera etapa. Para la determinación de la indemnización futura, se seguirá el método empleado por la Sala en asuntos similares.

Para terminar y con miras a evitar falsas o tendenciosas interpretaciones, la Sala hace la siguiente precisión. Este fallo no implica ni puede implicar un enjuiciamiento general a la institución armada. El no refleja otra cosa que un doloroso caso concreto, en el cual unos miembros de la Policía Nacional, desleales a sus juramentos, le prestaron un pobre y flaco servicio al prestigio de la misma.

Por lo expuesto y en desacuerdo con la señora fiscal, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

Declárase responsable a la Nación colombiana (Policía Nacional) de los perjuicios sufridos por el menor Andrés Eduardo Sabino Flórez, en los hechos narrados en la demanda.

Como consecuencia, condénasele a pagar al menor mencionado perjuicios morales por un valor en moneda colombiana equivalente a 1.000 gramos de oro, a la fecha de este proveído, según certificación del Banco de la República.

Igualmente se le condena a pagar los perjuicios materiales, en abstracto, con sujeción a las pautas señaladas en la motivación. Su liquidación deberá someterse al trámite indicado en el artículo 308 del C. de P. C. La Nación (Policía Nacional) deberá pagar dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A. a la señora María Luisa Flórez (curadora del menor mencionado) o a quien represente los derechos de éste.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 9 de octubre de 1986.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Libardo Palacios,* Conjuez.

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*PUERTOS DE COLOMBIA. NATURALEZA JURIDICA. EVOLUCION LEGISLATIVA. ACTIVIDAD COMERCIAL. PILOTAJE Y MOVILIZACION DE NAVES.*

*Son desarrollo de sus actividades comerciales y resultan ajenas a la jurisdicción contencioso administrativa.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., nueve de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº 4919. Actor: Skandia Seguros de Colombia.

Se decide el recurso ordinario de súplica interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 27 de agosto pasado, por el señor Consejero Sustanciador, por el cual se inadmitió la demanda de la referencia y se ordenó su envío, por competencia, al Tribunal Administrativo del Atlántico.

*I. La providencia recurrida*

Dice, en su motivación, así:

"a) De los fundamentos de Derecho invocados en la demanda se concluye fácilmente que la acción instaurada por la parte actora es la de reparación directa y cumplimiento consagrada en el artículo 86 del C.C.A.

"b) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132 de la misma obra, los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los siguientes procesos: '10. De los de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía exceda de dos millones de pesos ($ 2.000.000). (Reajustado a dos millones ochocientos ochenta mil pesos ($ 2.880.000). (Decreto 3867 de 1985)'.

"c) Dentro del marco jurídico anterior la referida norma agrega: 'La competencia por razón del territorio y la cuantía, se determinará de conformidad con lo prescrito por el artículo 131, numeral 10, inciso segundo y tercero de este Código', es decir, por el lugar donde se produjo o debió producirse el acto o se realizó el hecho.

"d) En el caso en comento los hechos tuvieron lugar cuando la motonave Beceña zarpó del terminal marítimo de Barranquilla, entre la boya número 1 del canal navegable de la caseta de pilotos, lo cual explica que del presente asunto debe conocer el Tribunal Administrativo del Atlántico, como lo preceptúa el numeral 10 del artículo 132 del C.C.A.

"e) Para el Consejero Conductor del proceso la controversia, tal como ha sido planteada, no encuadra dentro de lo preceptuado en el artículo 128, numeral 5º del C.C.A., sino dentro de las normas de competencia que regulan lo relacionado con la acción de reparación directa y cumplimiento.

"Finalmente, la Sala no ha entrado en el estudio de los aspectos relacionados con el artículo 139, inciso 5º que se vinculan al carácter con que el actor se presenta al proceso, pues ello debe ser examinado por el *a quo*".

*II. El recurso*

El recurrente sustenta la impugnación en los siguientes términos:

"*Primera.* Considera esa Corporación que dado que en este caso se debatirá una pretensión de reparación directa y cumplimiento consagrada en el artículo 86 del C.C.A. la competencia de acuerdo con el artículo 132 numeral 10 del C.C.A. radica en el honorable Tribunal Contencioso Administrativo que lo es el de Barranquilla debido a que el hecho ocurrió en territorio en donde tal entidad tiene adscrita su competencia y dado que se trata de una pretensión de cuantía superior a $ 2.800.000.

"*Segunda.* Ciertamente, el artículo 132 numeral 10 del C.C.A. dispone lo señalado en el auto que se recurre y, en principio puede pensarse que la entidad competente es la allí mencionada; empero, acontece que el artículo 128 numeral quinto adscribe de manera privativa al Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo y en única instancia, entre otras controversias las que originen procesos 'RELATIVOS A LA NAVEGACION MARITIMA, FLUVIAL O AEREA, en que se ventilen cuestiones de derecho administrativo'.

"*Tercera.* En el caso que nos ocupa resulta innegable que se están ventilando cuestiones relativas a la navegación fluvial y marítima, como que precisamente la pretensión se enfoca a determinar la responsabilidad de Puertos de Colombia debido a fallas en la prestación de los servicios administrativos que atinentes a la navegación en el río Magdalena y en su desembocadura en el mar Caribe se han presentado y que han sido precisamente puntualizadas por autoridades administrativas encargadas por la ley de supervigilar todo lo que concierne a la navegación, como lo son la Capitanía de Puerto de Barranquilla y la Dirección Marítima y Portuaria, lo que pone en evidencia que en este caso se está tramitando un asunto que determina una controversia relativa a la navegación marítima y fluvial 'DONDE SE DEBEN VENTILAR NECESARIAMENTE CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO'.

"*Cuarta.* Cierto es que los procesos de reparación directa y cumplimiento cuando versan sobre pretensiones mayores de $ 2.800.000 corresponden en primera instancia al Tribunal Contencioso Administrativo, empero cuando esas pretensiones, así sean de reparación directa y cumplimiento encuentran su origen en actividades propias de la navegación marítima y fluvial prima en este caso el factor objetivo y por la naturaleza del asunto, dada esa expresa radicación de competencia debe ser el honorable Consejo de Estado la entidad llamada a conocer.

"*Quinta.* Y es que, de no ser esta la interpretación de la norma quedaría sin efecto práctico la misma porque si se va a ventilar un asunto atinente a la navegación marítima o fluvial, cualquiera que sea la clase de pretensión que se incoe si debe ser ante la Justicia Contencioso Administrativa, fatalmente implica que se 'VENTILEN CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO' de ahí que se considera por el suscrito abogado que la finalidad de la norma fue precisamente adscribir de MANERA PRIVATIVA al honorable Consejo de Estado TODO PROCESO, SIN QUE IMPORTE EL TIPO DE PRETENSION, que de ser necesario llevarlo ante lo contencioso administrativo toque aspectos concernientes a la navegación marítima, fluvial o aérea, como nítidamente lo destaca el numeral 5º del artículo 128 del C. C. A.

"*Sexta.* Téngase presente, en abono de la tesis que sustentamos que el artículo 86 parte de la base de la 'existencia de un HECHO O UN ACTO ADMINISTRATIVO PARA CUYA PRUEBA HAYA GRAVE DIFICULTAD' de ahí que necesariamente se tienen que ventilar cuestiones de derecho administrativo cuando esos hechos o actos conciernen a la navegación marítima o fluvial, tal como en este caso sucede.

"En resumen, se considera, y esa la razón para solicitar la revocatoria que la competencia de que trata el artículo 128 numeral 5º del C.C.A., es prevalente, cuando se trata de cualquier asunto que tenga que ver con la navegación de cualquier índole sobre el artículo 132 numeral 10 en el caso concreto de pretensión de restablecimiento del derecho y reparación de que trata el artículo 86 o cualquiera otra".

### *III. Consideraciones de la Sala*

1. La "Empresa Puertos de Colombia" fue creada como establecimiento público, con personería jurídica, autonomía patrimonial y organización propia, por la Ley 154 de 1959, con el objeto principal de entregarle la organización y administración de los terminales y puertos nacionales, y el cobro de distintos derechos, entre otros, los de bodegaje de que trata la Ley 79 de 1931.

Por disposición del artículo 8º de dicha ley, "Puertos de Colombia" asumió la "*responsabilidad total del manejo de la carga dentro de las zonas portuarias*".

2. El Decreto-ley 3160 de 1968, adscribió, por su artículo 2º, al Ministerio de Obras Públicas la Empresa Puertos de Colombia y, por sus artículos 45 y siguientes, señaló sus funciones dentro de las bases ya indicadas por la Ley 154 de 1959 y de los Decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968. Sus estatutos fueron aprobados por el Decreto 730 de 1971 y según ellos, es un establecimiento público, con personería jurídica,

autonomía administrativa y patrimonio independiente, encargado *de la dirección, explotación, conservación y mejoramiento de los terminales marítimos y de los servicios propios de tales actividades, como embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de la carga que salga, entre, permanezca, o circule dentro de la jurisdicción marítima o terrestre de los puertos nacionales incorporados a dicha empresa.*

3. Con base en los Decretos-leyes 1050 y 3130 de 1968, dictados en desarrollo de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 65 de 1967, se dictó el Decreto-ley 561 de 1975, por el cual se organiza la Empresa Puertos de Colombia como Empresa Comercial del Estado. Por Decreto 972 de mayo 26 de 1975, se aprobaron sus estatutos.

4. En plena armonía con los artículos 6º del Decreto-ley 1050 de 1968 y 31 del Decreto-ley 3130 de 1968, sobre los actos y hechos de las empresas comerciales del Estado, dispone el artículo 29 del Decreto-ley 561 de 1975 que *"los actos que realice la empresa para el desarrollo de sus actividades comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las reglas de competencia sobre la materia. Los que realice para el cumplimiento de sus funciones administrativas que le confió la ley, son actos administrativos".*

5. Conforme al artículo 2º del Decreto-ley 561, ya se dijo, Puertos de Colombia tiene a su cargo la dirección, administración y vigilancia de los terminales marítimos y para el cumplimiento de tales fines podrá, entre otras cosas *"prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga, 'organizar y prestar igualmente, por intermedio de sus terminales, servicios adicionales, tales como pilotaje, alquiler de equipo terrestre y flotante, agua, luz, teléfono, auxilios de incendio, siniestros o averías y los demás propios de la organización portuaria'; liquidar, cobrar y recaudar el importe de los servicios que preste la Empresa"*, todos los cuales, como es obvio, constituyen su actividad comercial, su objetivo de explotación, sujeta a reglas de derecho privado y sus controversias jurídicas al fuero de la justicia ordinaria.

6. Por Decreto-ley 1174 de 1980 expedido en uso de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 29 de 1979 se organizó la Empresa Puertos de Colombia, sin que cambiara su estructura de Empresa Comercial del Estado y en relación con su objeto comercial no hubo modificaciones sustanciales.

Por Decreto 2465 de 1981, se aprobaron los mismos estatutos de la Empresa.

Dicen los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto-ley 1174, en forma casi idéntica a como lo hacía el Decreto-ley 561 de 1975:

"Artículo 1º La Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, 'COLPUERTOS', creada por la Ley 154 de 1959, funcionará como empresa comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

"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, Bue-

naventura, 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".

"Artículo 2º La Empresa tendrá su domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D. E., y, para los efectos previstos en el presente estatuto, domicilios especiales en las ciudades en donde funcionan cada uno de los puertos. Podrá también crear otras dependencias o agencias según las necesidades del servicio".

"Artículo 3º Para el cumplimiento de sus objetivos la Empresa tendrá las siguientes funciones:

"1. Por intermedio de cada uno de sus terminales organizar y prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga.

"2. Igualmente, por intermedio de cada uno de sus terminales, organizar y prestar otros servicios adicionales de la labor portuaria".

Los hechos de la demanda, de los cuales se hacen surgir las pretensiones deducidas, son precisamente de pilotaje y movilización de naves dentro de la jurisdicción del Puerto de Barranquilla, por lo que ellos son desarrollo de sus actividades comerciales y resultan ajenas a esta jurisdicción especial.

No se ve, por lo mismo, de donde se puede concluir como lo hace el recurrente, que el hundimiento constituye un "acto administrativo de difícil prueba" o que fue causado por un acto de tal naturaleza o de que se discutan "asuntos de mero derecho administrativo".

Otra cosa sucedería frente a los actos que la Empresa dicte sobre señalamiento de tarifas por sus servicios, funciones de sus empleados o con el cuidado y vigilancia de la mercancía que recibe en depósito necesario por el tiempo indispensable para su aforo, clasificación y nacionalización, actividades administrativas indudablemente, cuyas controversias serían de competencia de esta jurisdicción especial.

7. La previsión especial del artículo 140 del C. de P. C., sobre remisión del expediente al juez competente, como sus términos lo indican, está dirigida al caso de incompetencia y no al de falta de jurisdicción que es el contemplado en el asunto *sub júdice.*

Por lo expuesto, SE REVOCA el numeral 2º de la providencia suplicada y, en su lugar, SE RESUELVE: 2º Archívese el expediente. SE CONFIRMA en todo lo demás, el auto impugnado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.*

*RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR.*

*1º Artículo 1880 del C. de C. ¿Cuándo el transportador es responsable del daño causado en caso de lesión del pasajero?*

*2º Causales de exoneración (ordinales 1º y 3º del artículo 1003 ibídem).*

*3º DEMANDA A LA JUSTICIA ORDINARIA POR CULPA DEL TRANSPORTADOR O DE UN TERCERO.*

*4º DEMANDA EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. No puede alegarse cualquier falla u omisión sino que la expuesta debe haber sido determinante para la producción del perjuicio.*

*EXONERACION. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nº 2807 acumulados 2820, 2819 y 2800. Actor: Teresa García de Pérez y otros.

Surtido el trámite de rigor procede la Sala a decidir en el fondo la litis planteada en los negocios acumulados de la referencia.

En escritos presentados los días octubre 11 de 1979, septiembre 19 de 1979 y octubre 19 de 1979 los actores señores Teresa García de Pérez, y otros, Bernarda Chacón de Barbosa y otros, Ana María Rodríguez de Salamanca y otros y Nancy Jaramillo y otros, mediante apoderado idóneo, solicitan que se declare la responsabilidad de la Nación colombiana, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por la muerte de sus familiares, en hecho acaecido el veinticinco de octubre de mil novecientos setenta y seis, en el accidente de la aeronave de matrícula HK-149 afiliada a la Empresa El Venado, en las inmediaciones del aeropuerto de Yopal (Casanare).

Como hechos se narran en síntesis:

1. El 25 de octubre de 1976, la aeronave HK-149, de la empresa El Venado, debía cumplir el vuelo número 201, en la ruta Villavicencio-Arauca, con escalas intermedias en los aeropuertos de Yopal, Paz de Ariporo y Tame.

2. En la fecha indicada la nave decoló del aeropuerto Vanguardia de la ciudad de Villavicencio a las 6:10 a.m. y aterrizó en el aeropuerto de Yopal a las 6:56 a.m. en condiciones normales de vuelo.

3. A las 7:16 a.m. la aeronave decoló del aeropuerto de Yopal con destino a Paz de Ariporo llevando a bordo 32 pasajeros, entre quienes se encontraban los familiares de los hoy demandantes, y un minuto más tarde, después de haber hecho un viraje a la izquierda, el copiloto reportó a la torre de control que se declaraba en emergencia por falla del motor izquierdo.

4. Posteriormente la nave se accidentó y perecieron todos sus ocupantes.

5. Acto seguido se hace una transcripción del informe de accidente de aviación que obra a folios 262 a 269 del cuaderno tres.

6. La infinidad de yerros cometidos al desarrollarse el vuelo fatídico, tanto por el piloto y el resto de la tripulación de la nave accidentada, como por el personal de tierra de la empresa El Venado, sin control alguno del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, condujeron al accidente, lo que establece de modo cierto la existencia de una falla en el servicio a cargo de la entidad pública.

7. El mismo informe del accidente de aviación es prueba fehaciente de las limitaciones técnicas y transgresión de las normas legales por parte de la tripulación de la aeronave accidentada y del personal de tierra, limitaciones y transgresiones que debió conocer el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil antes del accidente del 25 de octubre de 1976.

*Fundamentación jurídica y conceptual de la demanda*

Consideran los actores que son aplicables al caso los artículos 16, 20 y 51 de la Constitución Nacional; los artículos 68, 84, 124 y ss. del C.C.A. Decreto 528 de 1964; Decreto 3140 de 1968.

Se hace consistir la falla en el servicio en el hecho de que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil debió conocer con anterioridad las irregularidades que se venían presentando en la operación de la empresa El Venado y sin embargo, teniendo los instrumentos legales para evitar la catástrofe, no lo hizo así.

*El concepto del Ministerio Público*

La Fiscalía 2ª de la Corporación considera que no se debe acceder a las súplicas de la demanda porque de los errores y desaciertos cometidos por pilotos y empleados de las empresas de aviación no puede de ninguna manera inferirse responsabilidad del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por cuanto son las empresas quienes selecciona (sic), contratan y controlan el personal a su cargo y por otra parte están en la obligación de cumplir y hacer cumplir los reglamentos que expide la Aeronáutica Civil; por lo tanto es un error pretender que el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil se constituya en responsable de las actuaciones del personal contrata-

do por una empresa comercial. A la entidad mencionada le corresponde la formulación y adelanto de la política aeronáutica del país y en cumplimiento de este objetivo tiene como funciones dirigir, regular y coordinar las actividades de la aeronáutica, administrar y vigilar los aeródromos y demás instalaciones de la infraestructura aeronáutica e imponer sanciones a quienes infrinjan sus reglamentos. Por esta razón cuando se determina que la causa de un accidente ha sido falla humana, la responsabilidad recae sobre la empresa de aviación lo cual exonera de toda responsabilidad al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Se considera para decidir:

De acuerdo con el artículo 1880 del Código de Comercio "el transportador es responsable del daño causado en caso de muerte o lesión del pasajero, con la sola prueba de que el hecho que lo causó se produjo a bordo de la aeronave o durante cualquiera de las operaciones de embarque o desembarque, a menos que pruebe hallarse en cualquiera de las causales de exoneración consagradas en los ordinales 1º y 3º del artículo 1003 y a condición de que acredite, igualmente, que tomó todas las medidas necesarias para evitar el daño o que le fue imposible tomarlas".

Y reza el artículo 1003, en lo pertinente:

"El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste... Dicha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido. Y también en los siguientes casos:

1º Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas.

"3. Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero..."

..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

Se hace la transcripción precedente para sacar las siguientes conclusiones:

a) Se presume la culpa del transportador en caso de muerte o lesión del pasajero, y por ende, debe responder patrimonialmente, siempre que el hecho se haya producido a bordo de la aeronave o durante las operaciones de embarque o desembarque.

b) Sólo se exonera de responder, contractualmente se entiende, demostrando que el daño se debió exclusivamente al hecho de tercero o a culpa de la víctima; y además que actuó con diligencia y cuidado, ya que tomó las medidas necesarias para evitar el daño o que fue imposible tomarlas.

En este orden de ideas, se anota:

La persona damnificada debe demandar ante la justicia ordinaria a la empresa comercial de transporte aéreo, por los daños sufridos con motivo del mismo. Si quiere exonerarse de responsabilidad, la compañía transportadora no sólo deberá acreditar que actuó con diligencia y cuidado sino que la tragedia se produjo exclusivamente por culpa de la víctima o por el hecho de un tercero.

Pero si el damnificado estima que el accidente se produjo por el hecho del tercero, se le abre una posibilidad más, o sea la de demandar directamente a éste en acción de responsabilidad extracontractual ante la misma justicia, si fuere una persona privada. Pero si, como sucedió aquí, ese tercero es una entidad pública (la Nación, Departamento Administrativo de Aeronáutica), la acción deberá intentarse ante la justicia administrativa.

Esta fue posiblemente la idea de la parte demandante.

Afirma dicha parte que el accidente del avión se debió a falla del servicio imputable a la entidad demandada.

En casos como el aquí estudiado ha dicho esta misma Sala que para la prosperidad de la acción se requiere no sólo acreditar la falla del servicio, sino el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y aquélla. En otros términos, que el servicio funcionó mal, no funcionó o fue inoportuno y que por una de estas circunstancias se produjo el daño.

De allí que no puede alegarse cualquier falla u omisión sino que la expuesta debe haber sido determinante para la producción del perjuicio.

En el caso *sub júdice* alega la demandante que el accidente de aviación ocurrido el 25 de octubre de 1976 se debió a una serie de yerros cometidos tanto por el piloto, el resto de la tripulación y el personal de tierra de la empresa El Venado, como por el hecho de no haberlos controlado oportunamente el Departamento de Aeronáutica; falta de control y vigilancia que configura la falla del servicio.

Figura en el acervo probatorio el informe del accidente elaborado por el DAAC, en el que se analizan las causas probables del mismo.

Este documento, tal como lo ha dicho esta misma Sala en múltiples oportunidades, es público y como tal goza de la presunción de autenticidad.

Asimismo se ha afirmado que mientras no se hayan desvirtuado sus conclusiones por medios idóneos (un dictamen pericial, por ejemplo) constituirá plena prueba contra quien se arguye de la forma como ocurrió el accidente.

Según consta en dicho informe las causas probables de la tragedia fueron:

"*Falla motor.*

"Por cuanto la tripulación antes de ocurrir el accidente reportó falla en el motor número 1".

"*Factor otro personal.*

"Debido al sobrecargo y sobrecupo originado por el despachador de la aeronave, en el aeropuerto de Yopal, quien no poseía licencia de Despachador dio lugar a que el centro de gravedad estuviera fuera de sus límites, lo cual pudo incidir en la pérdida de control, al ejecutar su viraje".

*"Factor piloto al mando.*

"Por cuanto no tenía el entrenamiento y conocimiento suficientes en el equipo Douglas DC-Hipper, para haber sorteado satisfactoriamente la emergencia".

Sobre estas causas que, como se expresó, fueron "probables"; vale decir, susceptibles de ser desvirtuadas por medios técnicos, debe anotarse:

Primero. La falla en el motor izquierdo se debió presumiblemente al daño de uno de sus magnetos, hecho que no quedó bien esclarecido, ya que por la violencia del impacto estos quedaron totalmente destruidos (folios 266, cuaderno número 3, expediente 2807).

Segundo. La responsabilidad en los casos de sobrecupo y sobrecarga en una nave comercial, la tiene el despachador, quien es operario de la compañía aérea explotadora del servicio. Esta afirmación encuentra su respaldo en lo que disponen los artículos 4.2.9.3 y 4.2.9.4 de los reglamentos aeronáuticos, los que a la letra dicen:

"4.2.9.3 *Despacho de aeronaves.*

"a) El despacho de aeronaves de transporte aéreo comercial debe ser efectuado bajo la supervisión del personal dependiente de la oficina de operaciones de cada empresa autorizado por el departamento, con la licencia de despachador de aeronaves..."

b) ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

"4.2.9.4 *Deberes de los despachadores.*

"Los deberes de los despachadores serán los siguientes:

"a) Preparación de los documentos de vuelo y obtención de los permisos correspondientes.

"b) Certificar con su firma los manifiestos de carga y balance.

"c) Vigilar la distribución correcta de la carga en los diferentes compartimientos de la aeronave..."

c) En cuanto al "factor piloto al mando", valen las mismas argumentaciones que se hicieron en el punto anterior, ya que su designación es del resorte exclusivo de la empresa aérea.

Además, dentro del informe a que se ha hecho mención, y que no aparece desvirtuado por ninguna otra prueba, se adelanta una hipótesis que tiene visos de seriedad y que toca con la conducta imprudente del piloto. Así expresa:

"Lo anterior nos demuestra que la aeronave perdía altura y el piloto al ver una pista en construcción más cercana, quiso hacer la emergencia en ésta, forzando el viraje a la izquierda sobre el motor crítico ringleteando posiblemente descordinado, lo cual ocasionó la pérdida de control al producirse la inversión de fuerzas en el timón de dirección, al presentarse la VDI por debajo de la VMC (72 Kts.) dando origen a que la aeronave se invirtiera y por su baja altura no pudo salir a tiempo de su posición invertida, estrellándose contra el suelo.

Algunos pilotos tienen la tendencia de salvar la aeronave aún en condiciones críticas de vuelo y desprecian terrenos aceptables para hacer una emergencia, ejecutando maniobras impropias para llegar a una pista y con ello propiciando riesgos de accidentes, siendo éste uno de estos casos".

En otro de los apartes del mismo informe, se anota:

"El piloto al mando y el copiloto, poseían las licencias técnicas con las adiciones correspondientes. El copiloto tenía el certificado médico vencido. La aeronave no estaba dentro de los límites permitidos de peso y balance. El piloto no tenía suficiente entrenamiento en los procedimientos de emergencia en el equipo Hipper. El comandante de la aeronave cuando se dio cuenta que la aeronave perdía altura y que no alcanzaba a llegar al aeropuerto de origen debió hacer la emergencia en una extensa llanura que tenía al frente. El viraje a la izquierda sobre el motor crítico inoperativo, descoordinado y sobrecargado, para tartar de llegar a una pista más cercana, ocasionó la pérdida de control al producirse la inversión de fuerzas en el timón de dirección, al no mantener la VMC, precipitándose la aeronave a tierra en posición invertida que por su baja altura y velocidad no pudo recobrar la posición normal de vuelo y se estrelló contra el terreno".

Lo hasta aquí escrito muestra que el accidente ocurrió por culpa de la empresa transportadora, la que tenía una obligación de resultado frente a los usuarios del servicio.

Pero cabe preguntar aquí: ¿Se dará en el caso *sub júdice* una concurrencia de culpas o fallas? En otros términos, ¿se produjo también una falla en el servicio aeronáutico, sin la cual no se habría producido el accidente?

Las pruebas aportadas no permiten una respuesta afirmativa.

Se dice en el libelo que la falla consistió en el hecho de haber la Aeronáutica permitido o tolerado que la nave fuera tripulada el día del accidente por personas como el piloto y el copiloto que no tenían conocimientos en el manejo de ese tipo de avión; que esa tripulación era apenas aparente o "un remedo"; asimismo se alega esa falla por cuanto el despachador de la empresa El Venado en Yopal, señor Héctor Hugo Piragüe, no tenía licencia para actuar como tal y permitió el sobrecupo y la sobrecarga de la nave accidentada.

Si bien es cierto en el "informe" del DAAC se hace alguna crítica a los tripulantes, ello no respalda lo afirmado en la demanda, y menos en los extremos alegados de ser un simple remedo de tripulación. Tanto el piloto como el copiloto sí tenían experiencia en el manejo de aviones tipo DC-3. Existe en el expediente una certificación expedida por el mismo Departamento, no reargüida de falsa, que le merece credibilidad a este despacho y en la cual a ese respecto se anota:

"j) EXPERIENCIA DE LOS TRIPULANTES: Para la expedición de la Licencia de Piloto de Línea Aérea de Enio Peñuela Torres, la Certificación de la Fuerza Aérea Colombiana registraba un total de 661:40 horas de vuelo como Piloto Autónomo del equipo DC-3 y un total de 607:05 horas como Copiloto del mismo equipo. En la fecha del

accidente y de acuerdo al informe de la investigación registraba un gran total de 4.071:04 horas como Piloto y 1.182:05 como Copiloto (total de actividad de vuelo).

"La Copiloto Olga Lilia Guevara de Becerra había efectuado un total de 689:30 horas de vuelo como COPILOTO en el equipo DC-3, de acuerdo al registro que aparece en el informe de la investigación.

"La experiencia tanto del Piloto como del Copiloto en el equipo DC-3 demostraba claramente que estaban en condiciones de desempeñarse en forma idónea en sus respectivas labores.

"k) La adición en las licencias al equipo DC-3, tanto para el Piloto como para el Copiloto los facultaba para actuar en sus respectivas posiciones en el tipo del avión Hipper DC-3. Las diferencias notables entre el C-47 (DC-3) y el DC-3 Hipper son: El C-47 o DC-3, tienen motores 1830 y el Hipper motores R-2000 D5; este motor le da al avión más potencia en el despegue, con los mismos 11.400 kilos de peso bruto que se utiliza en estos aviones. Al hacer esta modificación en el motor reforzaron la bancada y las palas de las hélices eran un poco más largas que las utilizadas con los motores R-1830.

"Estas modificaciones no cambiaron las velocidades ni sus características de vuelo, no siendo necesario dar entrenamiento especial lo cual permite que un Piloto con Licencia para C-47 o DC-3 pueda volar cualquierà de estos tipos de aviones".

Tampoco la falta de licencia del despachador de El Venado en Yopal puede tomarse como causa eficiente de la tragedia; ya que ni siquiera se acreditó que el sobrecupo que permitió hubiera sido el motivo de la misma. El otorgamiento del aludido sobrecupo no dependió del hecho de no tener licencia el despachador; ese fue un error de conducta de aquellos que dependen de un modo de obrar descuidado y no del hecho mismo de ser licenciado. En otros términos, únicamente si la licencia por sí sola tuviera la virtualidad de evitar todas las fallas humanas en los despachadores, el argumento de la demanda sería valedero.

Aquí también se reafirma la culpa de la empresa aérea, con características de causa eficiente, lo que exonera de responsabilidad a la entidad demandada.

Según lo ha dicho en repetidas ocasiones la jurisprudencia de esta sección, cuando se imputa falla del servicio a una entidad pública podrá exonerarse demostrando que todo se debió a fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o al hecho de un tercero.

Cuando se alega la fuerza mayor, se está excluyendo la imputación a la entidad. Se está diciendo, en otros términos, que la administración no actuó mal o por fuera de los cánones del servicio; sino que una circunstancia imprevisible e irresistible produjo el resultado dañoso.

En el caso de culpa de la víctima, cuando la conducta de esta sea la causante exclusiva del resultado dañoso, tampoco puede hacerse imputación a la entidad, porque ésta no fue la causa de aquel. Pero, si todo se debió a la concurrencia de la culpa de la víctima con la falla de la administración, el problema será de compensación de culpas.

En el evento del hecho de tercero, pasa algo de efectos diferentes. Si el daño se produjo exclusivamente por el hecho de éste, nada hay que imputarle a la administración. Pero si a ese hecho debe sumársele la falla del servicio, ya que los dos extremos fueron causa eficiente del daño, el problema se gobierna por los principios contenidos en el artículo 2344 del C. C. que a la letra dice:

"Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

"Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

Probada, entonces, la culpa de El Venado con características de causa eficiente, no queda otra salida que exonerar de responsabilidad al DAAC. Tan cierto es esto que la misma transportadora transigió con una de las demandantes la obligación indemnizatoria derivada del contrato de transporte.

Este aserto tiene su respaldo probatorio. A folios 84 del cuaderno número 3 se observa, en copia debidamente autenticada, que el Taxi Aéreo El Venado transigió con las señoras Teresa G. de Pérez y Edith Miranda N., los daños causados por la muerte del pasajero señor Jorge Pérez Leal; la primera en su propio nombre y en el de sus hijos menores Claudia del Pilar y Jorge Alberto Pérez; y la segunda, en nombre y representación de la menor Elizabeth Pérez Miranda. El contrato de transacción cobijó "todos los daños y perjuicios morales y materiales, ya sean derivados de responsabilidad civil contractual o de responsabilidad civil extracontractual que hubieren podido recibir o reciban todas y cada una por causa y con ocasión del accidente antes mencionado, lo mismo que todos los gastos motivados por este accidente..."

Este aspecto, de haberse probado la falla del servicio, habría producido la denegación de las súplicas de la demanda en relación con las personas citadas y que aparecen como actores en el proceso número 2807.

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

*Falla:*

Deniéganse las súplicas de las demandas acumuladas.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 13 de noviembre de 1986.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Carlos Galindo Pinilla,* Conjuez.

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. PAGO DE PERJUICIOS.*

*La acción de restablecimiento del derecho no es pública, esto es, no puede ser ejercitada sino por quien demuestre que es titular del derecho sustancialmente pretendido. El pago de perjuicios —se ha enseñado— es necesariamente un subrogado de la obligación principal, consecuencia jurídica lógica que nace del incumplimiento de ésta cuando no se da una causal eximente de responsabilidad.*

*RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO PUBLICO BANCARIO. FALTA DE DISPONIBILIDAD. INTERVENCION OFICIAL.*

*Mientras no termine la intervención oficial con su reintegro a los representantes de la sociedad intervenida o con la liquidación definitiva de la misma, resulta imposible saber si los créditos reclamados se pierden y en este último caso, si la pérdida es total o parcial.*

*INDEMNIZACION DE LA ADMINISTRACION. LEGITIMACION DEL QUE ASPIRE A OBTENER LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE.*

*TITULOS VALORES. El ejercicio del derecho consagrado en título valor requiere la exhibición del mismo (artículo 624 del C. de C.). Excepciones que pueden presentarse. LEGITIMACION EN EL TITULO VALOR. Significación. Legitimación activa y legitimación pasiva. Supuestos. PRUEBA DOCUMENTAL.*

*APORTE AL PROCESO. Por mandato del artículo 253 del C.P.C., aún los simples documentos, esto es, los que no demanden las exigencias de los títulos valores deben aportarse al proceso en originales y que las copias son de recibo único y exclusivamente en las cuentas enlistadas en el artículo 254 de la misma obra.*

*TITULOS VALORES. LEGITIMACION. Prueba. Aporte al proceso.*

*VER: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO PUBLICO BANCARIO. FALTA DE DISPONIBILIDAD. Intervención oficial. EXTRACTOS PAGINA 654.*

*INDEMNIZACION DE LA ADMINISTRACION. Legitimación del que aspire a obtener la indemnización correspondiente.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., veinte de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación Nº 3717. Indemnizaciones. Actor: Finactivos Manrique Castillo Ltda. Demandado: La Nación.

Por conducto de apoderado, legalmente constituido, la firma Finactivos Manrique Castillo Ltda., demandó a la Nación, para que mediante la tramitación señalada en el Capítulo XV, Título III (artículos 124 a 139) del Código Contencioso Administrativo, se dictara sentencia definitiva con las declaraciones y condenas que se precisan en la demanda.

Como el proceso ha sido rituado en la forma establecida en la ley, y no se observan causales de nulidad que vicien la actuación, se procede a dictar el fallo correspondiente.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación, la literatura jurídica que se recoge en el *petitum,* en la causa *petendi* y en las disposiciones violadas.

*Petitum*

Se concretó en los siguientes términos:

"*Primera.* Que se declare responsable a la Nación por los perjuicios causados a mi poderdante en razón de los hechos relacionados en la parte motiva de esta demanda.

"*Segunda.* Que, en consecuencia, sea condenada la Nación a indemnizar a mi poderdante en la cuantía que se demuestre dentro del proceso o en abstracto para que se determinen en el respectivo incidente de liquidación de ellos.

"*Tercera.* Que se condene en costas y costos a la Nación" (fol. 21 cuaderno número 1).

*Causa petendi*

Los fundamentos o razón de hecho de la pretensión se presentaron así:

"1. El Banco Nacional es un establecimiento bancario colombiano que desarrolla el objeto previsto para esta clase de instituciones en el artículo 2º de la Ley 45 de 1923, con fundamento en el permiso de funcionamiento contenido en los actos administrativos números 1321 de mayo 14 de 1970 y 945 de abril 14 de 1971, expedidos por la Superintendencia Bancaria.

"2. En desarrollo del precitado objeto, el Banco Nacional recibió en depósito dineros de propiedad de mis poderdantes.

"3. Desde el día 23 de junio de 1982, el Banco Nacional cesó su actividad bancaria.

"4. El día 23 de junio de 1982 el estado de cuentas de mis poderdantes en relación con los depósitos de dinero efectuados al Banco Nacional era superior a $ 15.000.000.

"5. Como consecuencia del cese en la actividad bancaria corriente del Banco Nacional, mis poderdantes se vieron privados de los dineros depositados y de los frutos correspondientes.

"6. De conformidad con el Decreto 1593 de 1959, la Banca Privada es un servicio público.

"7. El Estado, al tenor de la obligación contenida en el artículo 16 de la Constitución Nacional, debe proteger las vidas, honra y bienes de los particulares.

"8. Por consiguiente, corresponde al Estado velar de manera eficiente y oportuna por la prestación continua de los servicios públicos, cualesquiera que fueren las personas naturales o jurídicas, del orden público o privado que los suministraren.

"Así lo ha sostenido en reiteradas oportunidades la Jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia. Al efecto, nos ilustra la providencia dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 28 de octubre de 1976, al señalar que la tesis de la responsabilidad estatal por fallas del servicio público es 'proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud del cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de éstos, debe ser satisfecho por la Administración'.

"9. Para efectos de la eficiencia y la oportunidad con que el Estado debe cumplir su obligación en relación con los servicios públicos, entiéndese como eficiencia 'la virtud para lograr un efecto determinado' y por oportunidad 'la conveniencia de tiempo y lugar'. Conceptos éstos tomados del Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

"10. En relación con el servicio público bancario, la eficiencia y oportunidad del Estado para tutelar su funcionamiento, se encuentran desarrolladas en el conjunto normativo que regula esta actividad y especialmente a través de las funciones que le han sido asignadas a la Superintendencia Bancaria.

"11. Todas las funciones que la ley asigna a la Superintendencia Bancaria responden a la necesidad de mantener la continuidad del servicio público bancario, evitando cualquier tipo de interrupción de este servicio en perjuicio de los particulares. Así lo reconoció expresamente la Superintendencia Bancaria en el numeral 15 de la Resolución número 3259 del 25 de junio de 1982 al sostener que 'debe entonces el Estado, en desarrollo de su facultad constitucional de vigilar e inspeccionar la actividad cumplida por los establecimientos de crédito para adoptar de inmediato un mecanismo administrativo que proteja el interés público anotado y que preserve la confianza que resulta indispensable para la existencia del sector financiero'.

"12. En la vigilancia del Banco Nacional, la Superintendencia Bancaria no cumplió de manera eficiente y oportuna las funciones para lograr el adecuado funcionamiento del servicio público bancario por parte del mencionado establecimiento, ocasionando gravísimos perjuicios a los particulares que a él se acogieron confiados en las funciones policivas del Estado.

"13. En la Resolución número 3259 del 25 de junio de 1982, expedida por la Superintendencia Bancaria y confirmada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se lee: 'Este Despacho inició una visita al mencionado establecimiento bancario el día 31 de julio de 1981, la cual ha permanecido en dicha entidad hasta la fecha...'

"No obstante ello, el servicio público bancario se interrumpió en detrimento de los particulares.

"14. El Banco Nacional sufrió una baja en sus depósitos. Para no entrar en estado de iliquidez, acudió al Banco de la República.

"Es finalidad esencial de este banco central, suministrar a los bancos comerciales la liquidez necesaria para su normal funcionamiento y para la satisfacción de sus necesidades contractuales y legales, cuando enfrenten bajas en los depósitos, previo el cumplimiento de unos requisitos señalados taxativamente.

"Así lo dice expresamente el mismo Banco de la República en circular reglamentaria DC-447 de julio 19 de 1970; confirmando lo expuesto por las Resoluciones 49 de 1974 (Junta Monetaria), 43 de 1978 (Junta Monetaria) y número 6 de 1981 (Junta Monetaria). Todo ello en concordancia con el criterio sustancial contenido en el Decreto 340 de 1980 y en la Ley 45 de 1923.

"15. A pesar de lo anterior, el 2 de julio de 1982 el Banco de la República negó la solicitud que hiciera el Banco Nacional desde el día 24 de junio de 1982 para solucionar sus problemas de liquidez, generándose el cierre del establecimiento y, como consecuencia, la suspensión indefinida del servicio a los particulares.

"16. El Banco de la República fundamentó su negativa en la falta de requisitos por parte del Banco Nacional para obtener este cupo.

"17. La falta de los requisitos antes mencionados tiene causa directa en el cumplimiento deficiente y tardío por parte de la Superintendencia Bancaria de sus funciones de vigilancia e inspección a la Banca Comercial y más concretamente al Banco Nacional.

"Por lo demás, si la Superintendencia Bancaria hubiere cumplido sus funciones a cabalidad, la negativa del Banco de la República para conceder el redescuento carecería de fundamento.

"18. El deficiente y tardío cumplimiento de las funciones policivas de la Superintendencia Bancaria y la negativa del Banco de la República para conceder el cupo de redescuento solicitado, generaron la situación que llevó al Banco Nacional a interrumpir la prestación del servicio público bancario para el cual había sido autorizado por el mismo Estado, en perjuicio de las vidas y los bienes de los particulares.

"19. Sostener que el Banco Nacional interrumpió su actividad bancaria por no haber dado cumplimiento a los requisitos que el mismo Estado en forma eficiente y oportuna debía haber exigido, constituye una clara alegación de la propia culpa del Estado frente al deber fundamental de éste de proteger las vidas, honra y bienes de los particulares e impedir la interrupción de los srvicios públicos, tal como lo acredita la misma Superintendencia Bancaria en la Resolución número

3259 del 25 de junio de 1982, al sostener que 'la situación descrita refleja un manejo y una política financiera inadecuados en una entidad que por su especial naturaleza ha sido calificada por el legislador como un servicio público y que por tal razón, la autorización del Estado para la prestación del mismo por particulares supone siempre una concesión que se otorgará atendiendo las especiales condiciones de idoneidad y moralidad que necesariamente deben reunir los sujetos de tal concesión para que garanticen al Estado el manejo idóneo del bien que se les ha confiado y aseguren, así, que se está tutelando adecuadamente el interés de sus depositantes, la solidez y confiabilidad del sistema bancario y, en consecuencia, el interés público en general' " (fols. 21 al 25 del cuaderno principal).

*Disposiciones violadas y concepto*

Bajo este rubro el apoderado de la parte actora hizo las siguientes consideraciones de naturaleza jurídica:

"1. Es presupuesto fundamental en el análisis del contenido jurídico de una norma, describir con sana objetividad el contenido axiológico que presenta su tenor literal y describir dentro del contexto histórico que pide la hermenéutica, el sentido real que ellas pretenden y el objetivo sustancial de las instituciones que las agrupan.

"2. En esta perspectiva el artículo 16 de la Constitución Nacional incorpora en su tenor literal un sentido claro respecto del deber fundamental de las autoridades de la República de proteger las vidas y los bienes de los particulares.

"3. El desarrollo de este precepto fundamental en normas de inferior jerarquía, exige una rigurosa interpretación axiológica según la cual es contrario a toda justicia que el Estado desarrolle deficiente o tardíamente sus funciones respecto de aquellos servicios claramente reconocidos como públicos en normas dictadas por las mismas autoridades que se comprometen a tutelarlos.

"4. De esta manera, resulta de especial importancia considerar para el caso que nos ocupa, que el negocio bancario por las implicaciones que conlleva en las relaciones de vinculantes de los hombres ha sido clasificado como un servicio público, según el Decreto 1593 de 1959.

"5. Por consiguiente, el ordinal 14 del artículo 120 C. N., la Ley 45 de 1923, el Decreto 340 de 1980, la Resolución 49 de 1974 de la Junta Monetaria, la Resolución 43 de 1978 de la Junta Monetaria, la Ley 57 de 1931, el Decreto-ley 125 de 1976 y demás normas que los complementan, adicionan, modifican o reforman, configuran una institución normativa, cuyo sentido contextual a la luz de la hermenéutica permiten inferir que están directamente orientadas a permitir que el Estado frente al servicio público bancario, logre una eficiente y oportuna vigilancia de dicho servicio público, impidiendo así que éste cese o se interrumpa en su prestación, causando un perjuicio a las vidas y los bienes de los particulares que la Constitución ordena tutelar en el ya citado artículo 16.

"6. En otras palabras, si todo el complejo normativo bancario tiene una orientación definida al servicio del particular que lo utiliza y éste

se interpreta, aplica o cumple de manera deficiente o tardía, se produce una responsabilidad orgánica que es proyección de la falla en el servicio para el cual estaban axiológicamente diseñadas dichas normas.

"Tales apreciaciones de orden teórico adquieren pleno crédito respecto de la violación de las normas expuestas frente al hecho notorio configurado por la cesación o interrupción del servicio bancario en el Banco Nacional.

"7. Por otra parte, el dinero de los particulares está especialmente protegido por la Constitución Nacional al punto que para su garantía, la carta fundamental ha investido al Presidente de la República de facultades propias para ejercer con la agilidad característica del órgano ejecutivo del poder público, la intervención 'necesaria' sobre personas que manejan, aprovechan o invierten los fondos provenientes del ahorro privado" (artículo 120, ordinal 14 de la C. N.).

"¿Cómo se ha de entender el vocablo 'necesaria' del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Nacional, si no es en armonía con el artículo 16 de la misma Constitución y con el complejo normativo que regula el servicio público de la Banca?

"La intervención necesaria debe ser aquella que proteja las vidas y los bienes de los ciudadanos y preserve por ello la continuidad del servicio público bancario, pues de esta continuidad dependen los recursos elementales para la vida de muchas personas, la atención de sus gastos personales, el cumplimiento normal de las obligaciones civiles, comerciales, laborales, etc.

"8. En esta forma, si el servicio del Estado consiste en garantizar la continua prestación de un servicio público y éste se ha interrumpido como en el caso del Banco Nacional, el Estado ha fallado en el cumplimiento de la función que le impone el artículo 16 de la Constitución Nacional y consecuencialmente, ha violado el complejo normativo antes transcrito y que desarrolla esos principios.

"9. Por lo demás, el sólo cese de actividades del Banco Nacional configura en sí la falla del servicio. En efecto, la falla del servicio por interrupción de un servicio público, es un concepto objetivo que proviene de deficiencias orgánicas del Estado frente a elementales principios constitucionales e independientemente de las particulares responsabilidades de sus agentes; ello ha sido claramente desarrollado por ese Honorable Consejo de Estado en sentencia del 30 de octubre de 1975 al afimar que 'Por las anteriores razones la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Consejo de Estado, desecharon todas las teorías surgidas del derecho civil para reconocer la responsabilidad de los entes públicos y reconocieron que ella surgía de la misma Constitución en donde consagró que «Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares» (art. 16)'. De ahí que bien puede predicarse que la responsabilidad del Estado se desprende de la obligación que nace para éste de reparar perjuicios causados bien sea a la sociedad o a uno de sus miembros, como consecuencia del no cumplimiento, o del defectuoso cumplimiento, o tardío cumplimiento de los deberes fundamentales consagrados en la Constitución".

"10. Así pues, estas apreciaciones jurídicas son el producto no sólo de una tesis académica, sino de una elemental inquietud ciudadana que ha sido sabiamente desarrolladas por la jurisprudencia en distintas sentencias, cuyas orientaciones sirven, por sí, de profundos conceptos acerca de la violación normativa que nos ocupa. Algunas de éstas son: septiembre 27 de 1968, expediente 782; febrero 12 de 1971, expediente 1182; mayo 6 de 1970, expediente 435; marzo 22 de 1974, expediente 1335 y octubre 30 de 1975, expediente 1494.

"11. Por todo lo anterior, reiteramos las peticiones inicialmente presentadas, confiados en el recto juicio de ese Honorable Consejo, pues los hechos aquí expuestos, las normas violadas y los perjuicios causados, requieren la intervención de esa Jurisdicción Administrativa en desarrollo de la función que la misma jurisprudencia del Consejo de Estado indicara en sentencia del 30 de octubre de 1975; 'El juez administrativo, es pues, el defensor permanente de los derechos del ciudadano frente al Estado. Su misión principal es la de restablecer el equilibrio que debe reinar en la sociedad en los casos en que haya sido vulnerado por el mismo Estado' " (fols. 25 al 28 del cuaderno principal).

*Alegato presentado por el apoderado de la parte actora*

El apoderado de la parte actora, en extenso alegato que recoge en 21 páginas, destaca, entre otros, los siguientes aspectos:

"a) *La actividad bancaria es un servicio público.*

"Hoy en día nadie desconoce la necesidad de la existencia de la Actividad Bancaria para hacer posible la vida en las sociedades modernas. La actividad bancaria es una necesidad sentida por toda la comunidad pues a través de ella se satisfacen de la manera más ordenada las exigencias de ahorro que requiere cualquier sociedad para su desarrollo integral. Es por todo esto que los colombianos han considerado el ejercicio de la actividad bancaria un Servicio Público y han plasmado dicha consideración en su ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el artículo 120 de nuestra Carta Fundamental en su numeral 14 (décimocuarto) atribuye al Jefe del Estado la función de intervención en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado; y el mismo artículo de la Carta en su numeral 15 (décimoquinto) prescribe que al Jefe del Estado le corresponde la 'inspección *necesaria* sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes'. El estudio de estos parágrafos de nuestra Constitución, nos permite inferir que la Nación colombiana a través de su representante, el Jefe del Estado, ha asumido la responsabilidad de velar por el ahorro privado, cuyo mecanismo de captación masiva se realiza en las sociedades modernas, por medio del ejercicio de la actividad bancaria.

"Las atribuciones constitucionales referidas las ha delegado el Jefe del Estado en la Superintendencia Bancaria todo de acuerdo con la Ley 57 de 1931, modificatoria de la Ley 45 de 1923, Decreto 1050 de 1968 y Decreto-ley 125 de 1976.

"La ley para redundar en la calificación de la naturaleza de Servicio Público de la actividad bancaria, la ha declarado Servicio Público por medio del Decreto 1593 de 1959.

"Todas las normas anteriores tienen un fin jurídico incontrovertible, la seguridad.

"¿Por qué decide una persona entregar sus ahorros a un establecimiento bancario y no a su vecino? ¿Por qué la Constitución y la ley consideran la necesidad de la existencia de personas especializadas en recibir el ahorro privado? Las respuestas a los anteriores interrogantes están plasmadas en la Política Constitucional adoptada a este respecto y además también está presente en la filosofía que hace viable la vida moderna. ¿Por qué la Constitución está interesada en que los ahorradores confíen en sujetos calificado para recibir sus ahorros y la ley les proporciona seguridades? La Constitución Nacional atribuye al Jefe del Estado unas funciones de vigilancia y como lo prescribe el numeral 15 (décimoquinto) del artículo 120 de la Carta el Jefe del Estado ejercerá la inspección NECESARIA.

"Así, cuando una persona entrega dineros o ahorro a cualquier título a una entidad bancaria lo hace porque existe toda una estructura jurídico-institucional para su seguridad y para la de la sociedad en general, y cuyo responsable de esa seguridad es el representante de la Nación según clara prescripción del artículo 120 de la Constitución Nacional.

"Por lo expuesto, la actividad bancaria es un Servicio Público, pues persigue la satisfacción de necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, actividad que puede ser desarrollada por personas distintas al Estado, pero cuya idoneidad, capacidad y eficiencia está garantizada por el mismo Estado, todo de acuerdo con las normas estudiadas, con el fin de velar por la seguridad del ahorro en general y así establecer bases coherentes para el desarrollo integral de la sociedad. Queda así claramente establecido que la actividad bancaria es un Servicio Público, cuya vigilancia en forma directa corresponde a la Nación por expreso mandato constitucional (artículo 120, ordinales 14 y 15).

"Teniendo en cuenta lo anterior pasamos a demostrar cómo mis mandantes sufrieron un perjuicio por la falla en ese Servicio Público, falla que responsabiliza directamente a una persona pública como es la Nación pues se produjo un daño debido a que una persona pública no actuó cuando ni como debió hacerlo, o por haber actuado mal o tardíamente. La jurisprudencia ha dicho que se presenta falla en el servicio cuando por 'proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de éstos, debe ser satisfecho por la administración, no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima' " (C.S.J., sen. 30 de junio de 1962). (fols. 344 a 347 del cuaderno principal).

"b) *Daño cuantificado y cuantificable.*

"1. En el expediente aparece plenamente probado:

"a) Que mis mandantes entregaron ahorros al Banco Nacional, según consta en los folios 308 y siguientes.

"b) Que el Banco Nacional, cuando recibió ahorros de mis mandantes tenía permiso de funcionamiento según Resoluciones números 1321 de mayo 14 de 1970 y 945 de abril 14 de 1971, expedidas por la Superintendencia Bancaria. Es decir, era un sujeto de Derecho calificado y especializado para manejar el ahorro privado. Además con la aquiescencia del mismo organismo estatal el Banco Nacional publicaba abundante propaganda promoviendo su actividad en los diferentes medios de comunicación.

"Este último hecho por ser una afirmación de las que habla el parágrafo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, no requiere prueba.

"c) Que el Banco Nacional entregó a mis mandantes, como prueba de su titularidad de los dineros depositados los Certificados de Depósito a Término cuya copia auténtica aparece en el expediente en los folios 308 y siguientes.

"d) Que en la fecha prevista en los títulos mencionados en el literal c) anterior, para la restitución de los dineros, mis mandantes no habían recibido dichos dineros, sufriendo un perjuicio por la sola tardanza manifiesta en recibir los dineros de su propiedad y generando así no sólo un daño emergente a mis mandantes sino también un lucro cesante, tal como en forma acertada fue dictaminado por los peritos según peritazgo que obra en los folios 142 a 151 del cuaderno primero del expediente, dictamen que quedó desafortunadamente invalidado por los detalles del procedimiento, pero que sin embargo no impide que el señor Consejero se digne estudiarlo, como cualquier documento técnico contentivo de verdades inocultables.

"En todo caso, dentro del proceso se encuentra probado el perjuicio por daño emergente, y por lucro cesante.

"No debemos confundir la existencia de un daño o perjuicio con la determinación del *quántum* de éste, tarea que puede realizarse con posterioridad a la verificación de la existencia del perjuicio en abstracto.

"Así, pues, tan notorio y probado está la existencia de los perjuicios sufridos por mis mandantes que basta estudiar los folios 308 y siguientes del cuaderno primero y el no pago oportuno o la restitución de esos dineros oportunamente debido a fallas en un servicio público.

"e) Que mis mandantes fueron interrogados por el abogado de la parte demandada todo lo cual consta en los folios 34 a 39 del cuaderno segundo del expediente.

"Con la lectura de este documento el señor Consejero puede darse cuenta de cómo mis mandantes con claridad excepcional desenredan innumerables confusiones de criterio tendidas a lo largo del proceso por el ilustre abogado de la parte demandada.

"2. A esta circunstancia estrictamente fáctica cabe agregar algunas consideraciones jurídicas que ilustran aún más la certeza de la existencia de un daño a mis poderdantes claramente materializado:

"a) El incomparable jurista que ejerce las funciones como apoderado de la Superintendencia Bancaria en estos trámites, en alegatos notables por su extensión, ha pretendido colocar una 'protagórica' cortina de humo sobre la cuantificación del perjuicio, aduciendo con mágico malabarismo conceptual que los procesos de liquidación de sociedades como el Banco Nacional, no han terminado y, en consecuencia, no es posible saber el *'quántum'* del perjuicio.

"b) Lo anterior configura un error de apreciación que nace no de la sabiduría del jurista en comento, sino de esa peligrosa mezcla entre la imperfección humana y el lógico interés en defender una posición en un litigio, así sea ésta tan difícil como en estos casos.

"c) En efecto bien vale la pena aclarar cómo en este trámite procesal no es solicitado en parte alguna la devolución de los dineros depositados por mis mandantes en el Banco Nacional. Mal haría en hacerlo, ya que ello significaría solicitar un dinero a persona jurídica distinta de quien lo recibió.

"d) De lo que se trata es de reclamar una indemnización derivada de un daño que, como explicaré más adelante, tuvo su causa directa en una falla del Estado.

"e) El artículo 1613 del Código Civil ilustra esta afirmación pues aunque se trate de una norma de carácter civil consagra un principio fundamental al disponer que 'la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, *o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*'.

"f) Ello ratifica nuestra afirmación acerca de la existencia de un daño cierto y cuantificable en este caso:

"Primero, porque la obligación no cumplida no es en este evento la pérdida parcial o total de los dineros entregados al establecimiento bancario, sino el hecho cierto y ya ocurrido respecto de la falla en un Servicio Público imputable al Estado, pues se causó un perjuicio al entregar ahorros a aquellos que actuaban con su permiso y licencia para recaudar el ahorro privado de los particulares. Y segundo, porque aunque se devolviera a mis mandantes los dineros entregados al establecimiento bancario, el perjuicio en sí ya está causado, ya que el sólo hecho de que mis mandantes no hubieran recuperado sus dineros en la fecha inicialmente prometida, es prueba ineludible de que el Estado, si en gracia de discusión aceptáramos que cumplió su obligación de defender el ahorro privado y los bienes de los particulares, en esta circunstancia lo ha hecho de una manera tan imperfecta y tan retardada que da lugar a la indemnización de perjuicios en los mismos términos previstos por el principio general transcrito al referirnos al artículo 1613 del Código Civil.

"g) Esto significa que, para evitar confusiones como la que parece tener a este respecto el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria, no estamos realizando una especie de cobro judicial, ni ejerciendo

una acción ejecutiva contra el Estado. La acción no busca obtener el pago, busca una indemnización de unos perjuicios producidos por la falla en el Servicio Público Bancario.

"Cuando se solicita una indemnización de perjuicios por el retardo en el pago no se requiere probar la imposibilidad del cumplimiento de dicha obligación.

"h) Por otra parte, la 'protagórica' (léase mejor, sofística) cortina de humo lanzada con inteligencia y astucia incomparables por el veterano y experimentado apoderado de la Superintendencia Bancaria, desconoce intencionalmente el artículo 1399 del Código de Comercio que a la letra dice: 'En caso de liquidación administrativa de un establecimiento bancario, los depósitos de que tratan los capítulos I, II y III de este título, se excluirán de la masa de liquidación'. Es decir, que cuando se tratare de dineros entregados a los establecimientos bancarios por concepto de cuentas corrientes, depósitos de ahorro, depósitos a término, no puede aducirse la existencia de un proceso de liquidación para evitar la determinación del perjuicio, ya que la devolución de tales dineros ni siquiera está sometida al trámite mismo de liquidación. Todo esto es confirmado por el artículo 7 del Decreto 2216 de 1982 y las Resoluciones 558 y 5589 ambas del 7 de noviembre de 1984 proferidas por la Superintendencia Bancaria, cuyas copias auténticas reposan en los folios 27 a 33 del cuaderno dos del expediente.

"i) Señalado que es un desconocimiento intencional por cuanto es un hecho notorio en el ámbito de la República de Colombia y quizás en el Continente, que Maestros del Derecho como el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria, no ignoran normas tan elementales como la antes transcrita. Pues precisamente, si los depósitos bancarios no deben incluirse en los procesos de liquidación es para preservar por encima de todo unos dineros que no forman parte de los bienes de los establecimientos bancarios y deben ser devueltos a los particulares que ejercen su legítimo derecho de propiedad, antes de cualquier trámite comercial de liquidación.

"j) Pretender aludir al proceso de liquidación para justificar el incumplimiento estatal de velar por los bienes de los particulares, aún más, para justificar la elemental obligación contenida en el artículo 120, ordinal 14 de la Constitución Nacional, resulta ilógico e inconsecuente; máxime cuando esos dineros por expreso mandato del artículo 1399 del Código de Comercio ni siquiera deben entrar al proceso liquidatorio del establecimiento bancario.

"k) Todo lo anterior solamente para ahondar en el argumento expuesto en el sentido de que no es la devolución de los dineros el objeto propuesto en este trámite procesal sino el perjuicio causado por la falla en un Servicio Público que ocasionó la pérdida de disponibilidad sobre los mismos.

"1. Respecto de los préstamos aludidos en el Decreto 2527 de 1982, cabe anotar que tales préstamos no tienen causalidad ni relación alguna con el asunto objeto del presente trámite procesal, ya que su otorgamiento corresponde a un contrato de mutuo concedido por un banco; que resulta ser completamente diferente al depósito que mi poderdante hizo en el Banco Nacional; todo ello como claramente lo reconoce la

Resolución número 71 de 1982, dictada por la Junta Monetaria. Así pues, los préstamos en cuestión no configuran para los efectos de este proceso ni de una devolución, ni una restitución, ni una indemnización de perjuicios, sino simple contrato comercial de mutuo completamente diferente al objeto del trámite en cuestión.

"3. En suma, existe en la fecha un hecho evidente por virtud del cual mis mandantes perdieron la disponibilidad sobre sus ahorros, los rendimientos sobre los mismos, al confiar sus dineros, a un establecimiento bancario que presta un servicio público, autorizado por el Estado para su funcionamiento y directamente tutelado e intervenido por el Estado" (fols 347 a 352 cuaderno 1).

## III

### *Alegato presentado por el apoderado de la Superintendencia Bancaria*

En alegato más extenso que el de la parte actora, pues tiene 27 páginas, lo que explica que no se transcriba sino en sus aspectos más esenciales, precisa:

"I. *Inexistencia de un daño actual, verdadero, serio y directo.*

"Para que se pueda establecer la responsabilidad de la Nación fuera de una relación contractual, es necesario que coexistan y tengan relación dos extremos:

"Una falla o falta en el servicio (que, como se verá más adelante, no es un concepto simplista que se limite a la mera suspensión del servicio, como lo afirma el libelista) y un daño sufrido por la parte agraviada que demanda, daño que debe ser cierto, esto es debe haberse producido y no ser la simple amenaza de daño. Finalmente y así lo reitera la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera, tales extremos deden estar relacionados: el daño debe ser causado directamente por la falla o falta en el servicio.

"En el caso *sub júdice* esta relación falla-daño no se materializa; por una parte si bien existió una suspensión evidente del servicio público bancario en el caso del Banco Nacional, esta no es una suspensión con la connotación acusadora de haber fallado ese servicio. Pero además, y es lo que interesa en este acápite, el daño no se ha realizado, está en potencia, pendiente de hacerse efectivo o de desvanecerse. En los hechos de la demanda, tal daño se presume sufrido. En efecto, en el hecho quinto se dice que 'como consecuencia de cese en la actividad bancaria corriente del Banco Nacional, mis poderdantes se vieron privados de los dineros depositados y de los frutos correspondientes' (fol. 22 cuaderno 1).

"La inexactitud de tal afirmación lo da no este apoderado, sino para mayor objetividad, el dictamen pericial que obra a folios 329 a 335 del cuaderno 1, dictamen, que, es importante aclarar, no fue controvertido por la parte actora. Dicen los ilustrados peritos que conocen las pretensiones de la parte actora, y a renglón seguido pasan a sus-

tentar su rotunda negativa a reconocer un supuesto daño emergente y, en sus palabras 'mucho menos un lucro cesante' ni perjuicios morales (fol. 335 cuaderno 1).

"Los peritos concluyen que no existe daño, porque la parte actora tiene es la mera expectativa de que sea dañada por la falencia del Banco Nacional, y aclara cómo la actora precisamente actúa en consonancia con la simple tenencia de una mera expectativa, es decir, haciéndose parte en la liquidación del banco, pidiendo, buscando se le reconozca su crédito que por sus actos, si no por sus declaraciones, aparece que no lo considera perdido. A folio 331 del cuaderno 1 dice el dictamen: 'Del documento que obra a folio 16, cuaderno 2, se concluye que la sociedad demandante, presentó en forma oportuna su reclamación para quedar incorporada dentro del proceso de liquidación del Banco Nacional, S. A. y que aquella obtuvo los beneficios consagrados en el Decreto 2527 de 1982. Lo anterior es confirmado por el Representante Legal de la sociedad actora según interrogatorio absuelto y que obra a folios 35 y siguientes del cuaderno segundo'.

"Se sigue entonces, que la sociedad demandante trata de obtener por una parte, el resarcimiento de un posible o probable daño por dos vías (de una parte, la participación en el proceso liquidatorio del banco y de la otra la presente contención), y además, y muy explicablemente, intentó con éxito, obtener del Estado el paliativo que éste ofrecía bajo la forma de crédito a los posibles damnificados de la crisis.

"Los peritos tienen una idea muy clara de lo que constituye daño, el daño que reclama la parte actora. Dicen: 'Así: daño emergente un perjuicio real, verdadero, serio y directo que sufre la víctima. En el mismo sentido, el concepto de lucro cesante (...)'.

"Es importante destacar los adjetivos utilizados arriba: real, verdadero, significando un perjuicio que tiene entidad, que existe y no como en el caso presente, que puede ser, en caso de no lograr la sociedad demandante ser reconocida en el proceso liquidatorio del Banco Nacional, y más allá, de recibir su dinero, cosa que perfectamente puede ocurrir.

"Es precisamente, por el hecho de percibir los peritos la fragilidad del reclamo de la sociedad demandante, fundado en la mera expectativa de no recibir su dinero en otro reclamo, éste último ante el liquidador del Banco Nacional, que dicen: '(...) No obstante, en estricta técnica, no es así, pues en parte alguna de los autos acreditan que ese fue el daño real, verdadero, serio y directo que sufrió la sociedad demandante. Por el contrario, de los datos del expediente se deduce que la sociedad intervino en el proceso de liquidación del Banco Nacional S. A., y que allí se reconoció su intervención. Luego no se sabe la cuantía de los créditos allí aceptados sean reconocidos (sic) en el aludido proceso de liquidación. Ni se sabe cómo operan los beneficios previstos en el Decreto 2527 de 1982. No se sabe tampoco la cuantía de los dineros que corresponden a los clientes de la sociedad demandante. Ninguno de estos elementos estructurales se puede inferir de la demanda para fijar la cuantía del daño emergente (...)'. (fol. 334 cuaderno 1).

"Se sigue de la lectura del aparte transcrito que los peritos están en la total incertidumbre acerca de los elementos que estructuren el

daño que la actora dice haber sufrido. Pero hay que destacar, que existe incertidumbre sobre el punto que define si hay derecho o mera expectativa: no se sabe si de la liquidación del Banco Nacional los demandantes obtendrán una devolución total de su dinero (más intereses) o si simplemente recuperarán parte de lo que se quedó en los libros si no en las arcas del Banco Nacional, o si, como creen, no recobrarán nada. Y si hay incertidumbre, no hay derecho cierto que permita demandar y alegar una responsabilidad. Simplemente hay, se repite, una mera expectativa negativa, de no recibir nada en la liquidación del banco" (fols. 365 a 368 cuaderno 1).

Para concluir anota:

"De lo expuesto se puede decir en resumen que no se ha materializado el daño que la actora dice haber sufrido; que el cierre del Banco Nacional no se debió a una falla o falta en el servicio de vigilancia que corresponde a la Superintendencia Bancaria ni a la función de prestamista de última instancia que corresponde al Banco de la República, pudiéndose afirmar que no existió tal falla, y que entre esa mera expectativa de daño y la inexistente falla del servicio de policía monetaria y financiera, se interponen terceros, para así cortar cualquier nexo de causalidad que hipotéticamente se extendiera entre dos extremos inexistentes. La conclusión que fuerza tal argumentación es la de que no le cabe responsabilidad alguna a la Nación por los hechos que antecedieron y que constituyeron el cierre del Banco Nacional. Esto está probado a plenitud en el proceso" (fol. 390 cuaderno 1).

## IV

### *Concepto fiscal*

La Doctora Edne Cohen Daza rindió su concepto fiscal en el momento procesal oportuno, el cual aparece a folios 394 y siguientes del cuaderno 1. En la parte pertinente del mismo y bajo el rubro "CONSIDERACIONES", dice:

"Para la prosperidad de las acciones indemnizatorias tendientes a que se declare la responsabilidad del Estado, se ha exigido por la jurisprudencia se demuestre la existencia de los siguientes elementos axiológicos:

"a) Una falta o falla del servicio a cargo de la administración.

"b) Un daño cierto y determinado.

"c) Una relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño ocasionado.

"La parte actora del proceso señala como falla del servicio la deficiente vigilancia a cargo de la Superintendencia Bancaria sobre el servicio prestado por el Banco Nacional, que trajo como consecuencia una baja en sus depósitos y lo colocó en imposibilidad de cumplir con los requisitos exigidos por el Banco de la República para obtener el cupo ordinario de crédito con el fin de suministrar la liquidez necesaria para su normal funcionamiento.

"Del contenido de la parte considerativa de la Resolución número 3259 del 25 de junio de 1982 proferida por el entonces Superintendente Bancario Doctor Francisco Morris, se desprende que la Superintendencia encontró en el mes de junio de 1981 que el Banco Nacional acusaba una situación de tesorería especialmente delicada reflejada en desencajes consecutivos de 10 semanas, a lo cual la Superintendencia procedió a imponer una sanción pecuniaria en cuantía de $ 2.358.063 y además se ordenó al Banco de la República cerrarle el acceso a los cupos de redescuento por el término de un mes.

"La misma resolución afirma que la situación de desencaje continuó todos los meses hasta finales del año de 1981, lo cual obligó a la Superintendencia a imponer nuevas sanciones hasta por un valor de $ 117.673.353.

"Posteriormente con ocasión de la situación anotada se iniciaron visitas con el objeto de determinar las causas del desencaje, citando en varias oportunidades al Presidente y Junta Directiva del banco para darles a conocer los resultados de los informes presentados por los visitadores para formularles las exigencias que a consideración de la entidad resultaban indispensables para la normalización financiera del banco.

"Los informes parciales presentados por los visitadores permitieron establecer que la situación de desequilibrio presentada por la entidad bancaria obedeció principalmente y casi exclusivamente a un estado peligroso y alarmante de concentración de la cartera a favor de las empresas pertenecientes a los denominados Grupo Colombia y Correa Acevedo, así como a sus principales accionistas y a familiares de los mismos.

"Igualmente la resolución hace referencia a los diferentes requerimientos que la Superintendencia formuló en repetidas ocasiones al señor Félix Correa, principal accionista para que cumpliera con las exigencias presentadas por la entidad, lográndose una relativa recuperación que permaneció hasta el mes de mayo de 1982, fecha en la cual volvió a presentarse la situación de desencaje, debido por una parte a la disminución de sus captaciones y por otra a la falta de liquidez ocasionada por la congelación de recursos en cabeza del señor Correa, principal accionista.

"El desobedecimiento a las órdenes formuladas por los funcionarios de la Superintendencia, la reincidencia en las situaciones de desencaje a pesar de las múltiples sanciones impuestas y la aplicación de una indebida política financiera obligaron a la Superintendencia Bancaria a aplicar la máxima sanción cual fue la de tomar inmediata posesión de los negocios, bienes y haberes del Banco Nacional.

"Se desprende de lo anterior que la entidad encargada de la vigilancia de servicio bancario cumplió con las funciones de su competencia, cuales fueron las de señalar las irregularidades iniciales que se presentaron en el servicio bancario, plantear soluciones tales como las que aparecen relacionadas en el numeral 8 de la citada resolución, exigir su cumplimiento y aplicar sanciones en caso de desobediencia como efectivamente ocurrió.

"La actividad de la Superintendencia fue constante y continua, por lo cual no puede afirmarse que la entidad pasó por alto y se abstuvo de proceder ante los graves problemas presentados por el Banco Nacional; por otra parte a través de su intervención se pudo establecer que las causas principales y casi únicas de la catástrofe financiera del Banco Nacional obedecieron a la concentración de créditos a favor del principal accionista y de sus familiares, lo que indica claramente la violación a las normas legales y estatutarias del régimen bancario, cometida por las directivas del banco ante lo cual la Superintendencia solamente podía imponer las sanciones correspondientes llegando hasta la máxima, cual es la toma de la posesión de los bienes, como en efecto lo hizo.

"En cuanto a la actuación del Banco de la República al que se le imputa no haber concedido el cupo ordinario de crédito con el fin de suministrar la liquidez requerida, el informe presentado por el Gerente (E) Doctor Roberto Salazar, explica claramente los motivos por los cuales el banco se abstuvo de conceder el crédito extraordinario de $ 8.000.000 solicitado el 1º de julio de 1982 por el Banco Nacional. Es así como se dice en este informe que con anterioridad a esta solicitud ya se había presentado otra tendiente a obtener un préstamo por 2.000 millones dentro del cupo extraordinario establecido por la Junta Monetaria para los casos de desequilibrio en la estructura financiera de los bancos debido a retiros masivos de depósitos. El Banco de la República concedió este préstamo, encontrándose posteriormente que el Banco Nacional presentó una situación irreal ante el Banco de la República para obtener el crédito, toda vez que la iliquidez que presentaba no se debía a retiro masivo de depósitos de los particulares, sino a retiro de fondos por parte de clientes importantes del banco vinculados algunos de ellos al grupo financiero del cual formaba parte ese banco. Esto dio lugar a que se pusieran en evidencia la inexactitud de las cifras y razones expuestas por los representantes del banco para obtener el crédito.

"A pesar de haber recibido el préstamo de los 2.000 millones iniciales, el Banco Nacional no logró recuperarse y por el contrario la entidad terminó completamente con la disponibilidad en su cuenta del Banco de la República, razón por la cual se ordenó dejar por fuera de canje al Banco Nacional y se consideró que el mencionado banco estaba en imposibilidad de cumplir con los requisitos legales para la concesión de préstamos extraordinarios adicionales al ya otorgado, lo cual fue corroborado posteriormente cuando el Banco de la República entró a estudiar la solicitud presentada para la obtención de 8.000 millones y comprobó que las condiciones de manejo del banco, la inexistencia de documentos legalmente admisibles en garantía de préstamos y la iliquidez que presentaba hacían imposible la concesión del crédito.

"La explicación presentada por el Gerente del Banco de la República, así como las razones expuestas por la Superintendencia Bancaria, son suficientemente claras y explícitas y se encuentran del todo ajustadas a las normas estatutarias establecidas por la Junta Monetaria, sin que aparezcan en el expediente otras pruebas que desvirtúan lo que afirman, por lo cual se consideran veraces y demuestran a cabalidad

que el procedimiento aplicado por parte de las entidades se mantuvo dentro del marco legal y dentro de los parámetros de su competencia.

"De lo anterior se concluye que en el presente caso no se demostró la falla del servicio alegada por la parte actora, requisito sin el cual no es procedente la declaración de responsabilidad de las entidades llamadas a responder.

"Por otra parte el daño que se aduce no está determinado toda vez que el Banco Nacional y el Grupo Financiero al cual pertenece, está en proceso de liquidación por lo cual, hasta tanto ésta no se haya terminado, no se sabrá a ciencia cierta si los depósitos consignados a favor de la firma demandante se devuelvan y en qué cantidad, por lo tanto no se cumple con el requisito de la demostración del daño cierto y determinado exigido por la jurisprudencia para la prosperidad de la acción.

"Por las anteriores consideraciones este Despacho solicita a la Honorable Sala, negar las súplicas de la demanda" (fols. 394 al 398 cuaderno 1).

V

*Consideraciones de la Sala*

a) Aunque el apoderado de la parte actora no lo precisa en su demanda, de la lectura de la causa *petendi* y del *petitum* la Sala interpreta que ha ejercido la acción indemnizatoria que se consagraba en el artículo 68 de la Ley 167 de 1941. La conclusión parece lógica, pues en ningún momento se impetró la nulidad de un acto administrativo, presupuesto esencial para que sea viable ora la acción de nulidad (art. 66 C.C.A. anterior), ora la de plena jurisdicción del artículo 67 de la misma obra. De la literatura jurídica y fáctica que se recoge en los puntos segundo, tercero, cuarto y quinto de la relación de los hechos es fácil, igualmente, llegar a la misma conclusión, pues en ellos se lee:

"2. En desarrollo del precitado objeto, el Banco Nacional recibió en depósito dineros de propiedad de mis poderdantes".

"3. Desde el día 23 de junio de 1982, el Banco Nacional cesó en su actividad bancaria".

"4. El día 23 de junio de 1982 el estado de cuentas de mis poderdantes en relación con los depósitos de dinero efectuados al Banco Nacional era superior a $ 15.000.000".

"5. Como consecuencia del cese en la actividad bancaria corriente del Banco Nacional, mis poderdantes se vieron privados de los dineros depositados y de los frutos correspondientes".

b) Dentro del marco anterior es apenas lógico concluir que quien aspire a obtener la indemnización correspondiente de la administración debe acreditar que es titular del derecho sustancial pretendido, aspecto esencial éste que no fue probado dentro del proceso. Y se hace esta afirmación por cuanto los diecisiete certificados de depósito a término que en fotocopias, debidamente autenticadas, se acompañaron a la demanda, no permiten accionar, como ya lo dijo esta misma Sala, en sentencia de 17 de julio de 1986. Proceso 4246. Actor: Raquel Bossa de Palla-

res y otros. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. Allí se lee: "2) Tratándose de títulos valores la presentación del título original da derecho a reclamar su pago en cualquier circunstancia en que legalmente se haya hecho este exigible.

"Por lo mismo, no puede accionarse, en estos casos, con base en copias, así sean auténticas, de las mismas, pues ello permitiría a su titular demandar por el mismo crédito, cuantas veces lo decidiera y obtener varias veces el pago del mismo crédito".

La Sala se encuentra pues frente a unos títulos valores a base de promesa que, como es bien sabido, son aquellos en que el creador de los mismos es siempre parte directa porque promete pagar directamente él. Entre ellos se citan como explicativos el pagaré, el bono de prenda y el certificado de depósito. Dada su naturaleza jurídica, bien definida en los artículos 619 y siguientes del Código de Comercio, tales "...documentos son necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora..." (art. 619 Código de Comercio) y por mandato del artículo 624 de la misma obra, "El ejercicio del derecho consignado en un título valor requiere la exhibición del mismo". En este último particular la ley sólo registra algunas excepciones como cuando el título se extravía o destruye y se ha pedido su cancelación, evento en el cual el demandante podrá legitimarse con la copia de la sentencia a que se refiere el inciso final del artículo 812, inciso 2º del Código de Comercio. Al comentar el aspecto de la legitimación activa el profesor Bernardo Trujillo Calle enseña:

"La legitimación adquiere una doble significación: 1) Por el lado activo, el derecho de reclamar lo consignado en el título, y 2) Por el lado pasivo, la obligación de no pagar sino a quien exhiba el documento que se está poseyendo de acuerdo a reglas propias de su circulación.

"La legitimación activa supone la posesión del título y ésta la propiedad, porque basta la investidura formal para que se presuma la titularidad. Nuestro Código se ha sumado así a la escuela de la posesión, según la cual es dueño del título quien lo posea conforme a las leyes de su circulación y el pago que a éste se haga es liberatorio sin que se requiera otra condición distinta. La objeción fundamental que se le formula a esta teoría es que, eventualmente, se le atribuye al ladrón el derecho de crédito" (De los Títulos Valores. Manual Teórico y Práctico. Tomo 1. Parte General. Quinta edición, pág. 43).

c) La Sala recuerda, igualmente, que por mandato del artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, aún los simples documentos, esto es, los que no demandan las exigencias de los títulos valores, deben aportarse al proceso en originales y que las copias son de recibo única y exclusivamente en los eventos enlistados en el artículo 254 de la misma obra. En el caso en comento se observa que todos los certificados de depósito a término, que en fotocopia aparecen a folios 4 y siguientes del cuaderno uno, están incompletos, pues no obstante que en ellos se lee que "EL PAGO DEL CAPITAL Y DE LOS INTERESES SE EFECTUARA CON ARREGLO AL REGLAMENTO IMPRESO AL REVERSO DE ESE TITULO, QUE EL DEPOSITANTE ACEPTA...", esa parte del documento no aparece por parte alguna, lo que de todos modos hace imposible para el sentenciador tener la total comprensión de su alcance.

d) El apoderado de la parte actora, en su alegato visible a folios 344 y siguientes del cuaderno número 1, después de destacar que "...en la fecha prevista en los títulos mencionados en el literal c) anterior, para la restitución de los dineros...", sus "...mandantes no habían recibido dichos dineros, *sufriendo un perjuicio por la sola tardanza manifiesta en recibir los dineros de su propiedad generando así no sólo un daño emergente a mis mandantes sino también un lucro cesante...*" (Subrayado de la Sala) con lo cual hace esfuerzos para justificar el rubro "DAÑO CUANTIFICADO Y CUANTIFICABLE", pasa luego a manejar otra perspectiva jurídica del problema, para significar que en puridad de verdad el daño aparece en otra área. Por eso precisa: "...para evitar confusiones como la que parece tener a este respecto el señor apoderado de la Superintendencia Bancaria, no estamos realizando una especie de cobro judicial, ni ejerciendo una acción ejecutiva contra el Estado. La acción no busca obtener el pago, busca una indemnización de unos perjuicios producidos por la falla en el Servicio Público Bancario".

"Cuando se solicita una indemnización de perjuicios por el retardo en el pago no se requiere probar la imposibilidad del cumplimiento de dicha obligación..." (folio 350 cuaderno 1). Luego agrega: "Todo lo anterior para ahondar *en el argumento expuesto en el sentido de que no es la devolución de los dineros el objeto propuesto en este trámite procesal sino el perjuicio causado por la falla en un Servicio Público que ocasionó la pérdida de disponibilidad sobre los mismos...* En suma, existe en la fecha un hecho evidente por virtud del cual mis mandantes perdieron la disponibilidad sobre sus ahorros, los rendimientos sobre los mismos, al confiar sus dinero, a un establecimiento bancario que presta un servicio público, autorizado por el Estado para su funcionamiento y directamente tutelado e intervenido por el Estado" (fol. 352 cuaderno 1). (Subrayado de la Sala).

Dentro del marco anterior la Sala encuentra que si la parte actora no busca obtener el pago sino el reconocimiento de unos perjuicios producidos por la falla en el servicio que ocasionó la "PERDIDA DE DISPONIBILIDAD", se tiene que llegar también y necesariamente, a la conclusión de que el demandante no ha demostrado, por las razones en antes anotadas, estar legitimado para ejercer el derecho que afirma nace de unos títulos valores no aportados en original al informativo. El efecto jurídico invocado requiere o demanda la prueba de su causa.

La acción de restablecimiento del derecho no es pública, esto es, no puede ser ejercitada sino por quien demuestre que es titular del derecho sustancial pretendido. El pago de perjuicios —se ha enseñado— es necesariamente un subrogado de la obligación principal, consecuencia jurídica lógica que nace del incumplimiento de ésta cuando no se da una causal eximente de responsabilidad.

e) En el manejo de la causa *petendi* y en lo relacionado con la valoración fáctica y jurídica que el apoderado de la parte actora ha hecho en su alegato de conclusión, se detecta un conducta contradictoria que, como lo enseña Jesús González Pérez, se da cuando "...una de las partes lo que pretende o lo que opone a lo que la otra pretende está en contradicción con su conducta anterior" (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, pág. 138).

Ella produce, necesariamente efectos contraproducentes en el análisis de conducta para quien así maneja el proceso.

f) Finalmente la Sala reitera aspectos jurídicos ya definidos jurisprudencialmente en sentencia de 17 de julio de 1986. Proceso 4246, en antes citada. Allí se dijo, para situación como la presente, que: "El perjuicio tiene que ser cierto, presente o futuro, pero no probable, incierto o hipotético".

"Y mientras no termine la intervención oficial con su reintegro a los representantes de la sociedad intervenida o con la liquidación definitiva de la misma, resulta imposible saber si los créditos reclamados se pierden y en este último caso, si la pérdida es total o parcial".

"Por lo tanto, sólo cuando esa situación se defina, podrá saberse si los acreedores tienen interés jurídico para demandar a la Nación por la presunta irresponsabilidad extracontractual que pueda caberle". En este particular la Sala valora el dictamen pericial que obra o folios 335 y siguientes del cuaderno 1, por estar bien fundado y ser serio en el análisis de todos los aspectos sometidos a su estudio. Allí se lee:

"Por lo antes expuesto con todo respeto manifestamos:

"1º Que por no existir elementos claros, precisos y objetivos, es imposible determinar el Daño Emergente, en la cuantía y formas solicitadas por la parte actora.

"2º Si no es posible determinar el daño emergente, mucho menos el Lucro Cesante que como dijimos es el lucro dejado de percibir por una pérdida patrimonial.

"3º Tampoco es posible determinar los perjuicios morales, porque ellos lo sufren las personas naturales. Una persona jurídica como lo es la sociedad demandante no puede sufrir daños morales.

"Podría alegarse que los socios lo sufren en cabeza de la sociedad, pero claramente el artículo 98 del Código de Comercio establece que los socios son independientes de la sociedad" (fol. 335 cuaderno 1).

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

*Falla:*

1º DENIEGANSE las súplicas de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

2º SE CONDENA en costas a la parte actora. Tásense por la Secretaría.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta, Antonio José de Irisarri Restrepo.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. Requisitos.*

*Quien alegue daños en inmuebles de su propiedad sólo se legitima en acciones de responsabilidad (y ésta es de tal clase) acreditándose dominio u otro derecho constituido sobre el mismo, mediante los instrumentos legales adecuados para el efecto: Escritura Pública debidamente registrada y el correspondiente certificado de libertad. TITULARIDAD DEL DERECHO DE DOMINIO. ARTICULO 740 C. C. PRUEBA TESTIMONIAL. Requisitos. PERITACION. VALOR PROBATORIO.*

*DERECHO DE DOMINIO. Titularidad. Prueba testimonial.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación Nº 4818. Apelación de la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de diciembre de 1985. Actor: Gloria Amparo Martínez de Rodríguez. Demandado: Distrito Especial de Bogotá.

I

Agotada la tramitación procesal de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia calendada el cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso del rubro, que denegó las súplicas de la demanda por las razones de orden fáctico y jurídico que en el referido proveído se precisan.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente del fallo en comento. En él se lee:

"Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción indemnizatoria que contemplaba el artículo 68 del antiguo Código Contencioso, la demandante de la referencia solicita al Tribunal, haga las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Declarar que el Distrito Especial de Bogotá es entidad responsable de los perjuicios causados a la demandante, por la demolición de edificación de ésta efectuada el 7 de octubre de 1982 en la es-

quina noroccidental de la Avenida Boyacá con Carrera 62 (Barrio Carvajal) de Bogotá, durante la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho que decretó y practicó la Inspección 8-B Distrital de Policía de la Alcaldía Menor de Kennedy Zona 8, posteriormente declarada nula.

"*Segunda.* Condenar al Distrito Especial de Bogotá, como consecuencia de la anterior declaratoria, a pagar a la demandante señora Gloria Amparo Martínez de Rodríguez, por indemnización de perjuicios que se le causa con y dentro del término del artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, la suma de TRES MILLONES DE PESOS ($ 3.000.000) o la que se determine pericialmente en el juicio, con inclusión de incrementos por devaluación monetaria hasta cuando se efectúe el pago".

"Los HECHOS que sirven de fundamento a la presente acción los narra la demanda en los siguientes términos:

"1º La demandante poseedora de buena fe: Tal derecho y calidad los adquirió por Escritura Pública número 1408 del 7 de abril de 1982 en la Notaría 29 de Bogotá, otorgada por la señora Floralba Bautista de Garzón.

"2º La demandante construyó mejoras: En el mismo mes de adquisición del lote en posesión de buena fe, la demandante hizo edificar varios ambientes con servicios destinados a vivienda y establecimiento comercial habiéndose terminado de fundir la plancha para la segunda planta, el 25 de julio de 1982.

"3º La demandante, no fue vinculada a la acción policiva: Puede observarse la comprobación al respecto en el expediente de la querella 423 de 1982 materia del lanzamiento por ocupación de hecho, por cuanto este procedimiento especial fue iniciado y decretado contra N. N. De otra parte, como la demandante se encontraba ausente de la ciudad, no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa cuando la Inspección 8-B Distrital de Policía de Bogotá se presentó el 7 de octubre de 1982 al predio poseído y construido.

"4º El actor del lanzamiento, con personería ilegítima: Puede observarse la comprobación al respecto en el expediente de querella 423 de 1982 materia del lanzamiento por ocupación de hecho, por cuanto el otorgante del poder en presunta calidad de representante legal de la Asociación Provivienda de Trabajadores lo fue Héctor Jiménez Olaya como Director General; mas en la certificación del Ministerio de Justicia de 8 de septiembre de 1982 se da fe en aquel despacho oficial quien aparece inscrito es el Secretario General señora Silvia Vargas de Páez.

"5º La acción policiva de lanzamiento por ocupación de hecho, se convirtió en acción policiva de demolición: La funcionaria que decretó y practicó el lanzamiento o su diligencia, no obstante reconocer que los predios materia de su actuación se encontraban construidos, desoyó la oposición de los colindantes, sustentada en posesión mayor de los treinta días, y decidió se llevara adelante la desocupación. ¿Y de qué modo? Haciéndole entrega de los lotes ocupados por 'N. N.' al actor del lanzamiento que procesalmente no había acreditado personería. ¿Y qué hizo tal actor? Pues que de plano, ante el respaldo que contró (sic) en la

funcionaria policial precitada o con la tolerancia presencial de la misma autoridad, como quiera que los lotes entregados se encontraban construidos y habitados —salvo el de la demandante por hallarse ausente de la ciudad—, acometió la demolición de los edificados precisamente por la ausente, y empleando para ello una máquina retroexcavadora que convirtió en ruinas las mejoras construidas, sin que de esto dejara anotación alguna la funcionaria policial en el texto del acta de la diligencia.

"6º La demolición, acto de extorsión tolerado o por la Inspectora 8-B Distrital de Policía de Bogotá: Una vez demolida la mayor parte de la edificación de mi poderdante ausente, para evitar que tal empresa llegara a lo habitado por el colindante Demetrio Garzón con su familia, éstos se situaron en la pieza que aún quedaba en pie a mi poderdante; terció entonces la funcionaria para que se llegara a un acuerdo si no quería que prosiguiera la demolición. De este modo, ante la violencia física desplegada por el actor con personería ilegítima y ante la complacencia moral de la funcionaria policial, el colindante Demetrio Garzón suscribió, obligado, promesa de compra de los lotes materia del lanzamiento por ocupación de hecho, documento que el abogado del actor le presentó por valor de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($ 2.500.000), lo mismo que las cinco (5) letras de cambio cada una por QUINIENTOS MIL PESOS ($ 500.000) como garantía de pago de la promesa de compra. Así se le puso término finalmente a la demolición en que se convirtió el lanzamiento de marras.

"7º Declaratoria de nulidad de lo actuado: Tan protuberantes fueron las irregularidades en la actuación de la Inspectora 8-B Distrital de Policía de Bogotá que se dejan reseñadas, que la sucesora en el cargo se vio precisada a decretar la nulidad del diligenciamiento adelantado por aquella funcionaria.

"8º La demolición, actuación irreversible: Es obvio que con la declaratoria de nulidad referia (sic) en el punto anterior, no puede operarse el fenómeno de retrotraer todas las cosas al estado en que se encontraban antes de iniciarse la querella 423 de 1982 o su trámite en la Inspección 8-B Distrital de Policía de Bogotá, pues para reconstruir lo demolido ilegalmente se precisa indemnizar previamente a mi poderdante por los daños y perjuicios causados a su patrimonio.

"9º La conducta ilícita de la Inspectora 8-B Distrital de Policía de Bogotá, ameritó solicitud de destitución por el señor Personero Delegado Distrital para la Vigilancia Administrativa: Tal sanción de orden disciplinario y en primera instancia, fue la conclusión a que se llegó luego de comprobar el cúmulo de irregularidades en que incurrió la funcionaria de policía investigada, según se deja reseñado en puntos anteriores.

"10º Relación de causalidad de la conducta ilícita de la Inspectora 8-B Distrital de Policía de Bogotá, con los perjuicios para la demandante con la demolición: Es obvio que el cúmulo de fallas del servicio público en la tramitación de la querella 423 de 1982 por parte de la funcionaria policial precitada, se constituyó en el factor determinante para producir los perjuicios a la demandante con la demolición de lo construido por ella y que constituia todo su acervo patrimonial

estimable hoy en TRES MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL ($ 3.000.000), cuantía sin perjuicio de la que se establezca por medio de pericia en la que deberán considerarse los incrementos por devaluación monetaria hasta cuando se pague la indemnización".

"En derecho se invocan como violados los artículos 16, 20, 26 y 51 de la Constitución Nacional y 739, 2341, 2347, 2356 y 2360 del Código Civil. Igualmente se expone el concepto de su violación.

"El auto admisorio de la demanda fue notificado en forma personal al señor Personero del Distrito Especial de Bogotá, quien compareció al proceso por intermedio de apoderado para impugnar las súplicas de la demanda. Las pruebas oportunamente solicitadas por las partes fueron decretadas y practicadas en su totalidad.

"Durante el término de traslado los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión. La apoderada del Distrito Especial de Bogotá estima que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar por cuanto no se encuentran demostrados los presupuestos constitutivos de la falla del servicio, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

"A similar conclusión llega el colaborador Fiscal Sexto de la Corporación en su concepto de fondo que obra a folio 175 y siguientes de este cuaderno.

"Tramitado regularmente el proceso sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar la actuación, procede la Sala a resolver lo que sea del caso previas las siguientes

*Consideraciones:*

"La jurisprudencia, de conformidad con el numeral 2º del artículo 73 del antiguo C.C.A. en distintas oportunidades reiteró la incompetencia de esta jurisdicción para conocer las controversias que suscitaran las resoluciones dictadas en juicios de Policía de naturaleza civil y especialmente respecto de los procedimientos policivos para el amparo de la posesión, definiendo que tales providencias, no son susceptibles de controversia jurisdiccional en lo contencioso, sino del conocimiento de la jurisdicción civil ordinaria quienes están legitimados para establecer definitivamente la titularidad del derecho de propiedad.

"Sin embargo la misma estableció, que donde se observe que so pretexto de un procedimiento civil de policía se incurra en ostensible violación de derechos ciudadanos, asimilando tal conducta a lo que la doctrina denomina vías de hecho, ésta jurisdicción debe conocer del mismo con el fin de restablecer el presunto derecho vulnerado o indemnizar los perjuicios causados si lo primero no fuere posible.

"En este caso los hechos que dieron lugar al presente proceso tienen como fundamento una resolución policiva tendiente a restablecer el derecho de posesión de los peticionarios, y como consecuencia de la cual practicó diligencia para restituirle unos predios a una persona jurídica de derecho privado, en el barrio Carvajal, quien procedió luego —según se dice— a demoler las construcciones allí edificadas. Pero a la postre, como se destaca del cuaderno de antecedentes que obra como

prueba (fol. 40 y ss.) en providencia del 18 de marzo de 1983 de la misma Inspección Octava B Distrital de Policía, declaró la nulidad de todo lo actuado en la querella número 423 por razón de los distintos vicios de orden legal que constan en la parte considerativa de la misma. De esta forma se anuló la resolución del 24 de septiembre de 1982 mediante la cual se decretó el lanzamiento de los ocupantes de los lotes números 15 y 16 del barrio Carvajal cuya propiedad reclamaba la Asociación Provivienda de Trabajadores. Por ende se declaró la nulidad de la diligencia de lanzamiento y entrega de los predios al peticionario.

"Como consecuencia de este irregular proceder, obra en el expediente la Resolución de la Personería Distrital, que adelantó investigación, donde se sanciona con destitución a la Inspectora de Policía que dictó la resolución ordenando el lanzamiento de los ocupantes de dichos predios.

"Sin entrar al análisis de las razones de orden jurídico de la providencia que decretó la nulidad, porque ello no es materia del presente juicio, ya que además nos encontramos en desarrollo de una acción indemnizatoria o de reparación directa, se tiene que esta declaratoria tiene como objeto restablecer las cosas a su estado anterior, como si no hubieren existido las providencias y actuaciones que por virtud de esta sanción desaparecen de la vida jurídica, a fin de restablecer los derechos vulnerados. Pero cuando la declaratoria de nulidad no permite de por sí el restablecimiento de las cosas al estado anterior, por la ocurrencia de hechos materiales, imposibles de retrotraer por simple declaración jurídica, tal como reconstruir las edificaciones demolidas, etc., entonces la reparación consiste en la indemnización de los perjuicios causados mediante el pago de una suma equivalente al daño o perjuicio.

"Decretada la nulidad mencionada, aparece de bulto que con la actuación viciada se incurrió en falla del servicio por parte de la administración, pues se desalojó a los poseedores de entonces. Si a ello se agrega la demolición de las mejoras así ésta se hubiere ejecutado por la presunta Asociación propietaria de los predios, debe la administración responder de tal conducta porque fue ella quien hizo entrega material de los predios con violación de la ley. Así lo reconoció el Consejo de Estado en caso similar en sentencia de julio 25 de 1985, expediente número 3327 Sección Tercera.

"No obstante para que surja el derecho de indemnizar es necesario que el demandante demuestre plenamente, además de la falla del servicio, un daño o perjuicio y el nexo causal entre tales extremos. Y para el caso que nos ocupa, la parte actora no desarrolló la actividad probatoria adecuada encaminada a demostrar plenamente y conforme a la ley la titularidad del derecho vulnerado. Es decir, no se demostró que la señora Gloria Isabel Martínez de Rodríguez fuera la titular del derecho de posesión que se alega, y de las mejoras allí construidas sobre uno de los predios objeto de entrega, como pasa a explicarse.

"Se limitó el apoderado a acompañar fotocopia auténtica de la Escritura número 1408 de abril 7 de 1982, Notaría Primera, donde consta la venta del derecho de posesión de la señora Floralba Bautista de Garzón a Gloria Amparo Martínez de Rodríguez sobre un predio en el barrio Carvajal dentro de los linderos allí establecidos, sin constancia

de inscripción en la Oficina de Registro. Inspección prejudicial (sic) con peritos y de declaración de testigos sin citación del Distrito Especial, ahora demandado, con el fin de determinar el valor de los perjuicios causados con la demolición de las mejoras.

"De otro lado, se anotan los siguientes defectos:

"La demanda no precisa el predio urbano de acuerdo con la ley pues aunque indica que está ubicado en el barrio Carvajal en la carrera 62, no señala su número de nomenclatura urbana, ni lo más importante, tampoco establece los linderos del mismo. No se adelantó inspección judicial para su reconocimiento dentro del presente proceso. De la diligencia de lanzamiento o entrega que se verificó el día 7 de octubre de 1982 y que obra al folio 21 del cuaderno de antecedentes, no es posible establecer cuál de los distintos predios que fue objeto de la misma correspondía a la señora Martínez de Rodríguez, ya que esta no aparece mencionada por parte alguna ni los linderos del susodicho lote de terreno. Nótese que se pretendió restablecer la posesión de la Asociación que se reputabla (sic) como legítima propietaria de dos lotes de terreno de la urbanización distinguidos bajo los números 15 y 16, y que para esa fecha se encontraban respectivamente subdivididos cada uno en tres lotes de terrenos, con mejora o no, y de ninguno de ellos se comprueba plenamente que fuera poseedora la citada demandante.

"La actividad probatoria se limitó a acompañar los antecedentes administrativos, unas fotografías donde se observa la demolición de una construcción de un piso con plancha sin puertas ni ventanas y en obra negra, que tampoco permiten concluir por este solo hecho que se trate de las mejoras construidas por la demandante.

"La contraparte citó a la funcionaria que adelantó dicha diligencia quien al respecto se limitó a informar que con posterioridad a la entrega de los predios a la Asociación esta procedió a demoler 'la construcción que existía en el lote de la esquina y tumbó un ala de la plancha'. Sin que de ellos se desprenda la eventual titularidad del derecho.

"Para efecto de la prueba de la posesión de predios y la titularidad sobre mejoras por construcción de edificaciones, el Juez debe acatar las disposiciones que rigen sobre la materia, así:

"Siendo la posesión un hecho que por su ejercicio continuo constituye un modo de adquirir el dominio, ésta debe probarse por cualquier medio tal como la declaración de testigos, que en este caso se hizo extraproceso sin citación de la parte demandada y sin que fueran ratificadas dentro del presente, de tal suerte que por virtud del artículo 229, del C. de P. C. no es posible apreciarlas como pruebas dentro del presente proceso puesto que no hubo oportunidad para que fueran controvertidas.

"La Escritura número 1408 de abril 7 de 1982 de la Notaria Veintinueve del Círculo de Bogotá donde consta la venta del derecho de posesión sobre un predio a favor de la señora Martínez de Rodríguez, en fotocopia auténtica, no puede constituir plena prueba de la posesión ni menos de las mejoras y construcciones allí edificadas que no aparecen en el cuerpo de la misma, ya que este documento privado surte únicamente efecto entre los contratantes y no frente a terceros por carecer de inscripción ante el registro que da publicidad a estos actos privados.

"Era menester y fundamental establecer con certeza la existencia del predio, plenamente identificado por sus linderos, como lo exige la ley, además por carecer de cédula catastral y de nomenclatura urbana y si se trataba al parecer de un lote que se dividió y desprendió de uno de mayor extensión sin que de este hecho o negocio tuvieran conocimiento las oficinas catastrales o la de registro de la propiedad inmobiliaria. Y además acreditaba que la legítima poseedora al momento de la diligencia de lanzamiento era la demandante quien no figura en las actas allí levantadas y que además la construcción de los edificios o mejoras se hizo a su cargo, este hecho no la reputa como dueña por su simple afirmación en la demanda ya que de acuerdo con el C. C., las construcciones sobre terrenos constituyen inmuebles por adhesión que se reputan de propiedad el titular del dominio del lote de terreno donde se construyen.

"En conclusión no se ha demostrado que la parte actora es la titular del derecho de posesión del que fue abusivamente despojado por la administración distrital ni de las mejoras que se dice fueron demilidad (sic) con posterioridad al lanzamiento. Y por tal circunstancia, no comprobación de la titularidad de daño o perjuicio, se denegarán las súplicas de la demanda".

## II

*Sustentación del recurso por el apoderado de la parte actora*

A folios 197 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el texto del alegato presentado por el mandatario judicial de la parte demandante, en el cual se destacan los siguientes aspectos:

"*Incongruencias del fallo con el conjunto probatorio.*

"1. *Sobre que se decretaron y practicaron en su totalidad las pruebas solicitadas en oportunidad por las partes* (Ver segundo colon del párrafo quinto de la parte preconsiderativa al folio 181).

"Ello no concuerda con la realidad del trámite procesal, en lo que respecta a la prueba documental sumaria que acompañé con mi demanda, relacionada en su capítulo final con solicitud de que en oportunidad se le sometiera a ratificación en lo pertinente (fol. 9, 45/71).

"Como puede apreciarse en el auto del 10 de marzo de 1984, allí no se decretaron las ratificaciones en oportunidad. Luego no tiene validez moral afirmar en el fallo recurrido que sí ocurrió lo que no tuvo ocurrencia procesal.

2. *Sobre que la actora no demostró a plenitud ser titular del derecho de posesión y mejoras que fueron demolidas con falla del servicio, la que no se pone en duda* (Ver folios 183/185).

"¿En qué se fundamenta esa consideración para denegar las súplicas de la demanda?

"a) En que la fotocopia auténtica de la Escritura 1408 del 7 de abril de 1982 de la Notaría Veintinueve (y no Primera como se dice en párrafo final al fol. 183), carece de constancia de inscripción registral.

"Pero se pasó por alto que el documento notarial citado se limita a protocolizar la transferencia de la posesión material de Floralba Bautista de Garzón a favor de la actora Gloria Amparo Martínez de Rodríguez, ejercida quieta, regular y públicamente por más de veinte años desde 1958, todavía sin número catastral. Es lo que rezan las cláusulas segunda y tercera.

"Y también se pasó por alto analizar que la titularidad del derecho dominio también se adquiere por ocupación y por posesión material y por prescripción adquisitiva. El Código Civil al respecto determina tales formas de adquirir la titularidad o el derecho de posesión, sin que para ello se precise, como lo demanda el fallo recurrido, tener que presentar la certificación de la inscripción registral. De este modo, ninguna razón de ser tendrían los pleitos judiciales sobre prescripción adquisitiva que se tramitan en Colombia sin excluir a Bogotá. Ni las actuaciones de adjudicación de la Ley 200 de 1936 y demás estatutos concordantes de reforma agraria.

"En síntesis, sobre lo de la Escritura 1408 precitada, solamente se la adujo para acreditar la posesión material del predio por parte de la actora, con el carácter de prueba sumaria y no con el carácter de plenitud que señala el fallo recurrido.

"b) En que la demanda no precisa el predio urbano por nomenclatura y linderos, a tal punto que en la diligencia de lanzamiento los lotes 15 y 16 se encontraron subdivididos sin que se pudiera comprobar plenamente cuál correspondía a la actora.

"Al respecto valga señalar que el propio fallo transcribe los hechos de mi demanda y en el primero digo que la calidad de poseedora de buena fe lo adquirió mi poderdante de acuerdo a la citada Escritura 1408.

"Pues bien, tal Escritura 1408 en su cláusula segunda señala dirección, linderos y extensión. Son los mismos que aparecen consignados en el perito para aquella diligencia (fol. 65) y en el dictamen que rindió la diligencia de inspección judicial (fol. 61), en el plano que presentó (fol. 66).

"Es una lástima que el fallo sostenga que lo anterior inexiste en la demanda y en el proceso.

"c) En que la inspección judicial y los testimonios y el dictamen sobre perjuicios y daños causados por la demolición de las mejoras, se hizo sin citación de la entidad demanda (sic), el Distrito Especial.

"Al respecto, valga recordar lo enunciado como incongruencia *1/* que precede. Precisamente desde la misma demanda se pidió ratificar esas pruebas y en el fallo se dice que se decretaron y practicaron cuando ello en realidad no ocurrió, con perjuicio para la parte actora al momento de decidir en primera instancia. Se omitió, pues, practicar pruebas solicitadas en oportunidad y luego se presupuestó por el fallador la no demostración del derecho.

"No está demás señalar esas pruebas que se omitió ratificar, porque ellas son en su carácter sumario complementarias de la Escritura 1408 precitada:

*"c-a1 Inspección judicial* del folio 61/62; *c-b/ Plano y peritazgo* de los folios 74, 75/77; *c-c/ Declaraciones de presenciales de la demolición* de los folios 61/64v; *c-d/ Declaraciones de los testigos de la posesión desde 1958* que se protocolizaron en la Notaría Tercera de Bogotá el 15 de noviembre de 1978 según Escritura 4995 (fols. 67-73).

"De dichas declaraciones no ratificadas vale señalar a la vendedora de la posesión a la actora (fol. 61 v.), al maestro que edificó las mejoras demolidas (fol. 62), a la vecina y también presencial (fol. 62), a quien tomó las fotos durante la demolición (fol. 64 v.), al que presentó oposición al lanzamiento y fue constreñido a firmar letras en conjunto por $ 2.500.000 como respaldo de contrato de compraventa de los lotes 15 y 16 para no seguir demoliendo las demás construcciones (fols. 64, 69) y de otra presencial y vecina (fol. 64).

"d) En que ni los antecedentes administrativos, ni las fotografías en que se observa la demolición, tampoco permiten concluir que se trate de mejoras construidas por el demandante.

"Si se hubiese leído con detenimiento y cuidado la prueba sumaria antes reseñada que se omitió ratificar, es posible que el fallador de primera instancia no hubiera concluido del modo en comento. Es que los antecedentes administrativos contienen la nulidad de lo actuado en que se consumó la demolición (fol. 50). Y la declaración de quien tomó las fotos desde luego una vez ratificada le habría dado poder de convicción inequívoca e indubitable al fallador, porque no es de olvidar que las fotografías por sí solas también tienen categoría de documentos al tenor del artículo 251 del C.P.C.

"e) En que la contraparte citó a la funcionaria que adelantó la diligencia e informó que con posterioridad a la entrega de predios a la Asociación, ésta fue la que 'procedió a demoler la construcción que existía en el lote de la esquina y tumbó un ala de la plancha', sin que de ello se desprenda la titularidad del derecho.

"Realmente desconcierta esta mención valorativa del testimonio de una funcionaria cuya actuación sobre el lanzamiento y la demolición fue anulada y le ameritó sanción de destitución (fols. 50, 81-84 y 101, 108). En verdad tal testimonio sólo pudiera servir a la parte actora en cuanto hace referencia a que se trata del lote de la esquina y no de otro y que allí fue demolida la construcción y un ala de la plancha, pero como no se la pueda tomar en su integridad, véase que obviamente ella no estaba obligada a confesar que fue ella la que por su falla del servicio (al admitir personería jurídica a quien carecía de ella para el lanzamiento y al no admitir prueba alguna en la diligencia respecto a la tenencia ya que ésta en tal evento debía ceder ante quien demostrara la propiedad privada) determinó que se consumara la demolición por la Asociación".

*"Incongruencias del fallo con el conjunto normativo.*

*"1/ Sobre que la no ratificación de los testigos no permite apreciar tales pruebas porque no hubo oportunidad para que fueran controvertidas, en virtud del artículo 229 del C.P.C.* (fol. 185 primer párrafo).

"Como ya lo anotara en el escrito de apelación, después del artículo 229 encontramos el artículo 299 del mismo C.P.C. que versa sobre el *'Testimonio como prueba sumaria.* Podrá pedirse la recepción de testimonios fuera de audiencia, para fines procesales o extraprocesales, los cuales tendrán el alcance de prueba sumaria'. *También remito al artículo 300 del C.P.C.*

"Así las cosas, una norma posterior que prevalece sobre la anterior está señalando todo lo contrario que se comenta al respecto del fallo, o sea que sí hay lugar a apreciar los testimonios que sólo tienen el carácter sumario. Y de su conjunto y armonía con otras pruebas, especialmente de orden documental y sumario como las Escrituras 1408 y 4995, no es imposible deducir la certeza de un derecho como el que inequívocamente tenía mi poderdante sobre las mejoras demolidas".

*2/ Sobre que de acuerdo al C. C. las construcciones sobre terrenos constituyen inmuebles por adhesión que se reputan de propiedad del titular del dominio del lote de terreno donde se construyen* (Ver fol. 185 al final del párrafo tercero).

"A este respecto valga recordar que el mismo C. C. ha consagrado regulación sobre construcciones en predio ajeno y según se haya procedido (o no) de buena o mala fe. El valor del predio cuando es menor que el de las mejoras deberá pagarse a quien ha puesto éstas, y viceversa, como principio general.

"No se escapa aquí la ocurrencia de construcción de mejoras en predios de cuya propiedad se entra en disputa, en torno al fenómeno de la prescripción extintiva y adquisitiva del dominio".

## III

### *Alegato presentado por el mandatario judicial del Distrito Especial de Bogotá*

El escrito de la referencia obra a folios 202 y siguientes del cuaderno número 1 y de él se destacan las siguientes precisiones de orden jurídico:

*"Cuarta*

"El señor apoderado de la actora pretende se declare responsable al Distrito Especial de Bogotá por hechos ocasionados a su poderdante por particulares, así se desprende de las pruebas recaudadas y que obran al expediente. Veamos:

"a) En el proceso policivo se halla la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, practicada el 7 de octubre de 1982 por la Inspección 8-B Distrital de Policía en la cual no aparece constancia alguna de que se haya ordenado demolición por parte de ese Despacho.

"b) También del testimonio por la Doctora Ana Judith Garzón León quien para la época de los hechos desempeñaba el cargo de Inspectora 8-B Distrital de Policía y por consiguiente llevó a cabo la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho de los lotes 15 y 16 de la manzana 83 del barrio Carvajal, se desprende que en ningún momento el Despacho a su cargo ordenó demolición alguna, para tal efecto me permito transcribir apartes de su declaración así:

"*Preguntada:* 'Sírvase manifestar al Despacho, ¿cuál fue el procedimiento seguido por la Inspección en dicha querella?' *Contestó:* Previo a responder la pregunta se le enseña el expediente donde aparecen las fotografías relacionadas con la diligencia y las fotocopias de la querella en mención. 'Según el Código Nacional de Policía, la Inspección llevó a cabo los pasos legales para llegar a fijar diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho, hasta llegar al sitio objeto de la querella de la cual se trata la diligencia de hoy'. *Preguntada:* 'Sírvase manifestar, como consecuencia del procedimiento adelantado en dicha querella, ¿qué ordenó la Inspección Distrital?'. *Contestó:* 'Una vez determinado el sitio, la ocupación de la cual habla la querella, sin ser exacta en las palabras de la Inspección pero que puede constar en el acta de la diligencia, se ordenó el lanzamiento de las personas que habitaban y ocupaban la manzana o lotes a que se refería la querella instaurada por la Asociación de Trabajadores'. *Preguntada:* 'Sírvase manifestar, ¿como consecuencia del lanzamiento ordenado a quién se hizo entrega de los lotes números 15 y 16 de la manzana 83 del barrio Carvajal?'. *Contestó:* 'Recuerdo que para la entrega después de haberse ordenado el lanzamiento, ésta se hizo al apoderado de la parte querellante, para que él a su vez lo hiciera a su propietario'. *Preguntada:* 'Sírvase manifestar al Despacho, ¿cuál fue la última actuación desarrollada por la Inspección 8-B Distrital de Policía en relación con la querella por ocupación de hecho de los lotes números 15 y 16 de la manzana 83 del barrio Carvajal?'. *Contestó:* 'Todo quedó dentro del acta consignado, no podría decir que fue lo último que se hizo pero se ordenó la desocupación o el lanzamiento de esos lotes'. *Preguntada:* 'Sírvase manifestar si tiene conocimiento de que se hubiera efectuado la demolición de la construcción existente en los lotes números 15 y 16 de la manzana 83 barrio Carvajal?'. *Contestó:* 'Una vez terminada o cerrada la diligencia, se presentó o se presentaron momentos de confusión en el sitio materia de la diligencia y mientras la Inspección recogía sus papeles nos trasladamos hacia la esquina de una mesa improvisada, tal vez, pasarían de cinco a diez minutos y el abogado de la parte querellante, con un señor de apellido Garzón dialogaron y se acercaron a dicha mesa para manifestar que habían llegado a un acuerdo, hablaban de dinero que iba una de las partes a cancelar no me acuerdo quién compraba o vendía, mientras eso sucedía, la Inspección y sus funcionarios nos íbamos a meter al vehículo que debía trasladarnos al despacho cuando observamos que venía una máquina no sé cómo se llama, pesada, cuando la gente empezó a gritar que les iban a derribar las casas, el Despacho se encontraba acompañado de agentes de la Policía, ellos se encargaron de calmar a la gente que había allí nuestra diligencia estaba cerrada y nos dirigimos al Despacho, pero, mientras ese momento alcanzamos a observar, que la máquina llegó cerca del lote esquinero, no puedo decir cuál número porque no me acuerdo, del que también recuerdo en esa diligencia manifestaron que el propietario de dicho lote, no se encontraba en Bogotá'. *Preguntada:* 'Sírvase manifestar, ¿si sabe o tiene conocimiento quién ordenó dicha demolición?'. *Contestó:* 'Es imposible porque allí se encontraba el abogado de la asociación y el Despacho se reunió en la mesa para levantar sus utensilios y el abogado estaba en otro sitio dialogando con el señor Garzón de quien antes hice referencia, yo no puedo decir quién dio la orden'. *Preguntada:* '¿Es decir la Inspección a su cargo, no tuvo nada qué ver con

esta demolición?'. *Contestó: 'El Despacho se encontraba presente en el sitio de la diligencia, pero en ningún momento ordenó demoler ni tumbar porque ni siquiera sabía que existía la máquina, esta máquina pesada apareció cuando el Despacho iba a tomar el vehículo para regresar a las oficinas pero como le dije anteriormente sí alcanzó a observar cuando la máquina pesada se acercó a la construcción que existía en el lote de la esquina y tumbó una ala de la plancha'* (Lo subrayado es mío).

"c) A folio 119 obra la certificación expedida por el Doctor Julio Sarmiento Cifuentes, Director de la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas donde expresa que esa dependencia no expidió licencia de construcción a los lotes números 15 y 16 de la manzana 83 del barrio Carvajal y que practicada una visita a dichos inmuebles se constató que el lote 15 está construido y el 16 fue *demolido por la Sociedad Provivienda de Trabajadores* (El subrayado es mío).

"Finalmente a folio 142 obra la certificación expedida por la Doctora Marbin Martínez de Escobar Jefe de la Unidad Administrativa del Departamento Administrativo de Planeación Distrital, donde manifiesta que en ese Departamento no existe trámite alguno en relación con construcciones adelantadas sobre los lotes 15 y 16 de la manzana 83 del barrio Carvajal".

*"Quinta.*

"Con lo anterior se demuestra plenamente que en la demolición de la edificación situada en la Avenida Boyacá con carrera 62 barrio Carvajal, no intervino ente u órgano estatal alguno, por lo que no es viable la indemnización que pretende el señor apoderado de la actora.

"La fuente común de la responsabilidad estatal está cimentada 'sobre la falta o falla del servicio'.

"El Honorable Consejo de Estado, en numerosas oportunidades ha sostenido que para que pueda condenarse a una Entidad Pública por falla del servicio es necesario demostrar los siguientes presupuestos:

"1. Existencia de hecho u omisión que constituya la falta de servicio.

"2. Daño o perjuicio sufrido por el actor.

"3. Relación de causalidad entre el primero y el segundo.

"Presupuestos que no se dan en el caso *sub júdice,* por lo que las peticiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

"Por todo lo anteriormente expuesto de manera comedida solicito a esa Honorable Corporación se confirme la Sentencia del *a quo* en todas sus partes".

## IV

### *Vista fiscal*

La Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal Segunda de la Corporación rindió su concepto de fondo en el cual, bajo el rubro CONSIDERACIONES destaca:

"Como acertadamente lo afirma el fallador de instancia, el artículo 73 del antiguo C.C.A. dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo es incompetente para conocer de las acusaciones que se presenten en contra de las resoluciones que se dicten en los juicios de policía de naturaleza penal o civil; sin embargo la jurisprudencia ha establecido que cuando se observe un perjuicio ocasionado por ostensible violación de la ley dentro del procedimiento, ésta jurisdicción deberá conocer de las acciones de reparación directa con el fin de restablecer el derecho vulnerado y proceder al pago de la correspondiente indemnización.

"En el presente proceso se encuentran pruebas suficientes que demuestran que en el procedimiento policivo se incurrió en evidentes irregularidades con violación a disposiciones legales que ocasionaron un perjuicio por el cual se demandó ante esta jurisdicción en acción de reparación directa. Es así, como a los folios 50 y ss. del cuaderno principal se encuentra la copia de la Resolución número 009 de 1983 expedida por la Inspección Octava B Distrital de Policía, mediante la cual se declaró la nulidad de todo lo actuado dentro del procedimiento policivo por encontrarse demostrados los desaciertos legales del procedimiento.

"Por medio de la Resolución número 332 proferida por la Personería Delegada para la Vigilancia Administrativa (fols. 81 y ss. C-1) se resolvió solicitar a la entidad nominadora la destitución del cargo de la Inspectora 8-B Distrital de Policía por considerar que en desarrollo de la querella por ocupación de hecho se vislumbraron varias irregularidades en el trámite, resultando de esta manera procedente la acción de reparación directa.

"Se analizará entonces si la acción impetrada cumple con los requisitos jurisprudenciales exigidos para declarar la responsabilidad administrativa cuales son: la falta o falla del servicio a cargo de la administración; el daño ocasionado y la relación de causalidad entre uno y otro.

"Aunque resulte discutible, podemos convenir que la llamada falla del servicio se encuentra demostrada con las irregularidades cometidas dentro del procedimiento policivo.

"En cuanto al daño, la demandante lo hace consistir en la demolición de la edificación construida sobre los lotes 15 y 16 de la manzana 83 barrio Carvajal de la ciudad de Bogotá, sobre los cuales tiene el derecho de posesión que deriva del título representado por la Escritura Pública número 1408 del 7 de abril de 1982.

"De conformidad con la copia de la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho practicada por la Inspectora 8-B Distrital de Policía que se encuentra a los folios 31 y ss. del cuaderno principal, se observa que dicha diligencia terminó con la orden de desalojo para los ocupantes y la entrega del inmueble al apoderado del querellante, quien puso de manifiesto que recibía los lotes en el estado en que se encontraban y que hacía entrega de los mismos a su poderdante quien se responsabiliza de cercarlo o de hacer con ellos lo que estime pertinente, no sin antes dejar constancia que les ha manifestado a los demandados que

concurran a las oficinas de la Asociación Provivienda de Trabajadores para que la entidad propietaria les reconozca algún valor.

"A los folios 147 y ss. del C-1 obran las declaraciones rendidas en este proceso por la Doctora Ana Judith Garzón León, funcionaria que practicó la diligencia en comento y quien afirma que como consecuencia del lanzamiento ordenado hizo entrega de los lotes 15 y 16 de la manzana 83 al apoderado de la parte querellante, para que él a su vez lo hiciera a su propietario. Afirma que no dio la orden de demolición y desconoce quién lo hizo, por cuanto una vez terminada la diligencia abandonó el lugar.

"No existe en el expediente ninguna otra prueba que desvirtúe lo declarado por la Inspectora lo que concuerda también con lo consignado en el acta de la diligencia, llegándose al convencimiento que en realidad la funcionaria solamente se limitó a ordenar el desalojo y a entregar el inmueble al representante del querellante.

"Las irregularidades cometidas dentro del proceso policivo fueron enmendadas a través de los medios que la misma ley otorga cuya ejercicio conllevó a una nulidad de lo actuado, por tal razón, es del caso analizar en esta acción el daño ocasionado que no pudo resarcirse con la sola declaración de nulidad, como lo es la demolición de la edificación.

"Es por esto que resulta imperioso determinar cuál fue el hecho generador del perjuicio y quién fue el causante directo del daño ocasionado, resultando de las pruebas relacionadas que fue realmente la demolición del inmueble el hecho que ocasionó el daño. También se pudo establecer que la demolición fue ordenada por personas diferentes a la Inspectora de Policía, pudiendo haber sido el querellante o su apoderado, pero de todas maneras la orden fue impartida por fuera de la diligencia y por persona distinta a la funcionaria que intervino en la diligencia.

"Por lo expuesto se concluye que en el presente caso no quedó establecida la relación de causalidad entre la presunta falla del servicio y el daño ocasionado toda vez que éste fue causado por la demolición, ordenada como ya se dijo por personas ajenas a la administración.

"Por otra parte también se encuentra que la demandante no demostró que la construcción hubiera sido hecha a sus expensas, ya que las declaraciones que obran en el proceso tendientes a demostrar este hecho no cumplen con el requisito exigido por el artículo 229 del C. de P. C. de la debida ratificación, por lo tanto no puede dársele el valor de plena prueba dentro del presente proceso.

"Por lo expuesto se concluye que no se dan las circunstancias exigidas por la jurisprudencia y por la ley para declarar la responsabilidad del Estado y en consecuencia las pretensiones no pueden prosperar. Así pues, aunque por motivos diferentes, esta Fiscalía solicita a la Honorable Sala, se confirme la sentencia apelada".

## V

*Consideraciones de la Sala:*

a) La demandante señora Gloria Amparo Martínez de Rodríguez pretende que se declare al Distrito Especial de Bogotá responsable de

los daños que afirma se le causaron con motivo de "...la demolición de edificación de ésta efectuada el 7 de octubre de 1982 en la esquina noroccidental de la Avenida Boyacá con carrera 62 (barrio Carvajal) de Bogotá durante diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho que decretó y practicó la Inspección 8-B Distrital de Policía de la Alcaldía Menor de Kennedy Zona 8 posteriormente declarada nula" como se lee en el punto primero del *petitum*. Las pretensiones, sin embargo, no están llamadas a prosperar por las siguientes razones:

*Primera:* Tradicionalmente y en forma reiterada la Corporación ha fijado pautas jurisprudenciales en el sentido de que quien invoque una falla del servicio como fuente de la obligación de indemnizar debe acreditar: Que la misma existe por omisión, retardo, irregularidad, insuficiencia, o ausencia del mismo; un daño cierto, determinado o determinable, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., y una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada aquella no habrá indemnización (sentencia abril 11 de 1978. Expediente 1649. Actor: Gerardo Pantoja. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo). Igualmente la orientación jurisprudencial del Consejo de Estado ha precisado que quien alegue daños "...en inmueble de su propiedad sólo se legitima en acciones de responsabilidad (y esta es de tal clase) acreditándose dominio u otro derecho constituido sobre el mismo, mediante los instrumentos legales adecuados para el efecto: escritura pública debidamente registrada y el correspondiente certificado de libertad".

"A este respecto cabe recordar el artículo 2342 del Código Civil, el cual permite solicitar la indemnización no sólo al dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño sino también al usufructuario, habitador o usuario, si el hecho irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso, como también puede solicitarla, en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder por ella.

"La Corte Suprema de Justicia al comentar esta norma sostiene que el acreedor de los perjuicios debe acreditar suficientemente su derecho en relación con el inmueble, que sufrió el daño. Así si alega el carácter de dueño de un inmueble deberá acreditar su propiedad, mediante la escritura pública debidamente registrada e igualmente deberá demostrar su derecho de usufructo, habitación o uso, el usufructuario, habitador o usuario que alegue perjuicios en su respectivo derecho. Concretamente sobre un punto similar la mencionada Corporación en sentencia de 12 de febrero de 1964 sostuvo: 'El damnificado por el daño a las cosas, en los supuestos del artículo 2342, tiene el carácter de acreedor de los perjuicios y a él deben pagarse, a fin de no correr el riesgo de hacerlo dos veces como le sucedería al deudor que paga a quien no es el verdadero acreedor. De allí también que sea vano el argumento del recurrente cuando afirma que por no tratarse de la discusión del dominio, no tenía por qué presentarse el título de propiedad, con olvido de que éste, al acreditar el dominio sobre el inmueble que sufrió los perjuicios, señala al acreedor y lo legitima para cobrarlos'" (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente Nº 2118. Indemnizaciones. Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo).

b) De los anteriores presupuestos merece especial atención para la Sala, en el caso en comento, el relacionado con el título invocado por la parte actora para legitimarse. Dentro de este campo se tiene:

*¿Demostró la actora ser propietaria del inmueble?*

Aunque en el poder conferido a su mandatario judicial, visible al folio 1 del cuaderno número 1 habla de "...LA DEMOLICION DEL INMUEBLE DE MI PROPIEDAD...", es lo cierto que no acreditó tal calidad, pues la copia de la Escritura Pública número 1408 de 7 de abril de 1982, visible al folio 72 del cuaderno número 1, sólo prueba que la señora Floralba Bautista de Garzón le vendió a la actora Gloria Amparo Martínez de Rodríguez, "...la plena posesión que ha venido ejerciendo, quieta, regular y públicamente, sin perturbación alguna, por más de veinte años...", sobre el lote que en ella se alinda. Allí se agrega que la posesión la ha ejercido la vendedora como lo acredita "...con las declaraciones extrajuicio rendidas por Jaime Rincón Mónico y Jorge Fiquene Navarro, Alfonso Carrasco Luna, ante el Juez Veintiséis (26) Civil Municipal de Bogotá, declaraciones que fueron protocolizadas en la Notaría Tercera de Bogotá, por medio de la escritura número 4995 de fecha quince de noviembre de mil novecientos setenta y ocho (1978). Este último título obra a folios 67 y siguientes del cuaderno número 1 junto con el texto de las declaraciones que se protocolizaron. El objeto mismo de la venta explica que tales títulos no aparezcan con nota de registro alguno, y que no le haya sido posible al actor acompañar el respectivo certificado de tradición. Así las cosas, es fácil concluir que la demandante no es titular del derecho de dominio pues éste, por mandato de los artículos 740 y siguientes del Código Civil sólo se puede adquirir de quien demuestre ser el verdadero dueño de la cosa vendida, mediante el modo de la tradición".

*¿Demostró la demandante ser poseedora?*

En el punto primero de la causa *petendi* el apoderado de la demandante predica que su poderdante es poseedora de buena fe y apoya su afirmación en el texto de la Escritura Pública número 1408 de 7 de abril de 1982, agregando luego que ella construyó mejoras pues hizo "...edificar varios ambientes con servicios destinados a vivienda y establecimiento comercial, habiéndose terminado de fundir la plancha para la segunda planta, el 25 de julio de 1982" (folio 3 cuaderno número 1). Sin embargo, el hecho no aparece acreditado dentro del informativo, conclusión a la cual se llega después de verificar dentro del mismo lo siguiente:

1. Que en la diligencia de lanzamiento que practicó la Inspectora Octava B Distrital de Policía, y en la cual se generaron los hechos objeto de controversia, la actora no aparece por parte alguna formulando oposición a la entrega, como sí lo hicieron, y con mucho valor y excelente argumentación jurídica Demetrio Garzón Hernández, Elsa Garzón Bautista y Floralba Bautista de Garzón, quienes en la audiencia confirieron poder a abogado acreditado para que las representara. Tampoco se recoge en el acta manifestación alguna del funcionario que practicó la diligencia o de terceros que afirmaran que los inmuebles objeto de

controversia fueran poseídos por ellos en nombre de la demandante. Pero es más: en el acta que se levantó con motivo de la diligencia de lanzamiento la funcionaria que la practicó dejó expresa constancia de que el objeto de la misma se centraba en los lotes números 15 y 16 y respecto de este último dejó registrada la siguiente realidad fáctica: "En la extensión que corresponde al lote número 16 encontramos varias construcciones y es así como el Despacho entra a determinar una por una de ella, empezando de Norte a Sur La primera casa de éste con un frente de 10.50 metros construida en ladrillo con dos portones de hierro, una pequeño y uno de garaje, dos alcobas, un patio, una cocina... habitada por la señora Rosa Salazar Ruiz, señora que no se encontró en el momento de esta diligencia... La otra casa con un frente de 6.30 metros construida con dos portones, uno para garaje y otro angosto... habitada por doña Elsa Garzón de Rodríguez... La tercera casa con un frente de 7.60 metros, construcción de dos paredes únicamente sin cubrir... donde un señor don Hernán Rodríguez Quiroga... manifestó ser el dueño. Otra casa la que se encuentra en construcción reciente... allí no vive nadie pero según informes es de don Noel Rodríguez y no se encontró".

En relación con el lote número 15, en la misma acta se lee:

"En el lote número 15 encontramos otra construcción sobre la carrera 62 con... 12.50 metros el frente... habitada esta construcción por don Demetrio Garzón y Floralba Bautista de Garzón. Como restan 1.50 metros para completar el lote número 15 este, 1.50 metros pertenece a una construcción y exactamente sobre los 1.50 metros hay unas paredes levantadas sin cubrir y sin uso y al fondo una choza... al parecer ocupada por la señora Obdulia García de Ruiz quien no se encontraba ni ha aparecido en esta diligencia. En esta forma el Despacho deja descrito, alinderados los lotes materia de este querella..." (folio 24 y 24 vto. cuaderno número 2).

Dentro del anterior marco de realidades cabe reiterar que la demandante, no aparece ni por sí ni por interpuesta persona ejerciendo actos de señor y dueño respecto de los inmuebles que fueron objeto de la diligencia de lanzamiento.

2. Llama la atención a la Sala, dentro del análisis de conducta que se impone en casos como el presente, que la actora, que predica a través de su mandatario judicial ser poseedora, no se hubiese preocupado por defender sus derechos subjetivos en el período comprendido entre el siete (7) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982) y el diecinueve (19) de octubre de 1983 momento éste último en que se limita a conferir poder a un abogado para que "...asuma mi representación y defienda mis derechos..." (folio 43 cuaderno número 1). Y más inexplicable aún, que el mandatario judicial se hubiese limitado simplemente a pedir a la Inspección Octava B Distrital de Policía de Bogotá, copia autenticada y completa del proceso de lanzamiento que allí se adelantó en los lotes 15 y 16 de la manzana 83 del barrio Carvajal de Bogotá para luego, con apoyo en tales documentos, demandar del Juez Municipal de Bosa la práctica de una Inspección Judicial, que se llevó a cabo sin citación y audiencia del Distrito Especial de Bogotá, el día treinta de noviembre de mil novecientos ochenta y dos y continuó y terminó el cuatro de diciembre del mismo año. En esta diligencia

se recepcionaron las declaraciones de Floralba Bautista de Garzón, Alvaro Mora Gautero, Martha Lucía García, Lucrecia Sánchez Hernández, Carlos Humberto Vaca Godoy y Demetrio Garzón Hernández, con los cuales se pretendió demostrar la posesión ejercida por la demandante sobre el bien objeto de litigio. Pero ocurre que estas declaraciones no fueron ratificadas dentro del presente proceso, con lo cual la parte demandada no tuvo oportunidad de controvertir la prueba y ello explica que no puedan apreciarse por el sentenciador. A lo anterior se agrega que la recepción de esos testimonios, y la forma como los declarantes deponente, bien puede tomarse como ejemplo para explicar en qué casos este medio probatorio se practica mal y por ende no sirve para nada. Para demostrar este aserto basta destacar que el sentenciador ignora el alcance de la pregunta que se le formuló a los testigos, pues la literatura que en el acta correspondiente se recogió reza: "AL PUNTO PRIMERO. Ya está contestado. TERCER PUNTO: CONTESTO: Sí Doctor. AL PUNTO CUARTO, CONTESTO: Sí Doctor. AL PUNTO QUINTO, CONTESTO: Sí Doctor. AL PUNTO SEXTO, CONTESTO: Sí Doctor. AL PUNTO SEPTIMO, CONTESTO: Así fue Doctor. AL PUNTO OCTAVO, CONTESTO: Sí Doctor y no aceptaron nada sino en la misma máquina que ellos traían hicieron el documento de compraventa de los lotes del señor Demetrio Garzón..."

El Doctor Hernando Devis Echandía, en su obra TEORIA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL. Quinta Edición, 1981. Víctor P. de Zavalia Editor, pág. 239, enseña:

"Un buen interrogatorio debe contemplar ese doble aspecto de la razón de la ciencia o el conocimiento del testigo: Cuándo, dónde y cómo ocurrió el hecho; cuándo, dónde y cómo lo conoció. Si se le pregunta al testigo únicamente si le consta tal hecho o si lo conoció, es posible que responda diciendo que sí o que efectivamente ese hecho es cierto, sin dar esa doble explicación; como consecuencia, su testimonio no servirá para probar ese hecho, ni siquiera sumado a otros que adolezcan de igual defecto, cualquiera que sea su número. La acumulación de malas pruebas conduce necesariamente a un mal resultado".

3. Es verdad que al folio 71 del cuaderno número 1 obra fotocopia debidamente autenticada de la Escritura Pública número 1408 de 7 de abril de 1982, por medio de la cual la señora Floralba Bautista de Garzón le vende a la señora Gloria Amparo Martínez de Rodríguez, "...la posesión que ha venido ejerciendo, quieta, regular y públicamente, sin perturbación alguna, por más de veinte años, sobre un lote de terreno situado en la carrera sesenta y dos (62) número 37B Sur del barrio Carvajal de Bogotá, D. E., cuyos linderos y dimensiones son: por el NORTE en extensión de siete metros (7.00 Mts.), con noventa centímetros con propiedad o posesión de Floralba Bautista de Garzón; por el SUR en extensión de doce metros con ochenta centímetros (12.80 Mts.) con Avenida Boyacá, y carrera sesenta y dos (62); por el ORIENTE con la carrera sesenta y dos en extensión de once metros (11.00 Mts.) y por el OCCIDENTE en extensión de once metros (11.00 Mts.) con predios de Martha Lucía Garzón...", como se lee en el referido título.

No obstante la realidad anterior, la Sala no puede dar por probada la posesión de la demandante sobre el referido inmueble, con apoyo en ese título, porque como ya se anotó en antes en la diligencia de lanza-

miento que se hizo de los ocupantes de los lotes 15 y 16 no se relacionó porción alguna de terreno de los mismos como poseída por o en nombre de la actora. En el experticio extrajudicial que obra a folios 75 y siguientes del cuaderno número 1, los peritos nombrados tampoco hacen aclaración o precisión alguna sobre tan importante aspecto, aunque sobra repetirlo, esta prueba tampoco puede apreciarse por el sentenciador porque fue practicada sin citación y audiencia del Distrito Especial de Bogotá, demandado en el presente proceso. En esta materia el Doctor Hernando Devis Echandía, en la misma obra en antes citada enseña:

"En el C. de P. C. colombiano (arts. 233 y 300), aplicable en materia laboral y contencioso-administrativa, se permite la práctica de inspecciones judiciales fuera de proceso con o sin citación de la parte contra quien se piensa aducir la prueba en el futuro proceso, con el concurso de peritos, quienes dictaminan en el curso de aquella o dentro del plazo posterior que el juez les señala, sobre los puntos que le someta la parte peticionaria, la parte contraria si ha sido citada o el juez... en estos casos, el valor probatorio de la peritación depende de si hubo o no previa citación de la parte contra quien se aduce en el proceso; si se cumplió esa formalidad, es una prueba controvertida y, por lo tanto, tiene el mismo valor que la practicada en el curso del proceso (así lo disponen los textos legales colombianos y argentinos, citados) en el caso contrario, ese dictamen no controvertido tiene un carácter similar al de la peritación extraprocesal... y carece de mérito probatorio por sí mismo; pero si se recibe a los peritos testimonio dentro del proceso, acerca de sus actividades en la diligencia previa, de los hechos que percibieron, de sus características, se tendrá un testimonio técnico, cuyo valor probatorio se limita a la narración histórica de sus observaciones técnicas, científicas o artísticas (incluyendo los juicios calificados que forman parte de tales observaciones)... mientras que sus conceptos o juicios de valor sobre las causas o efectos, precio, etc., que sólo corresponde a los peritos, carecerá de valor probatorio, pero podrán ser útiles para ilustrar el criterio del juez, como ocurre con los dictámenes extraprocesales de expertos..." (págs. 353, 354 y 355).

La filosofía probatoria que se deja destacada explica bien que el referido experticio no haya sido útil como tal ni como testimonio técnico pues a los auxiliares de la justicia no se les interrogó dentro del proceso en ningún momento. Esto se explica porque la parte actora no lo solicitó en el momento procesal oportuno. Así las cosas, fácil es concluir que el bien cuya posesión alega la demandante ha ejercido desde que se firmó la escritura número 1408 de 7 de abril de 1982, no está identificado.

Dentro del marco de precisiones que se dejan hechas es lógico concluir que el *a quo* valoró bien las circunstancias del caso cuando concluyó que la demandante no demostró ser titular del derecho de posesión, pues no aparece dentro del informativo prueba alguna que acredite que haya poseído parte alguna de los lotes 15 y 16 a que en antes se hizo referencia. De la lectura de la Escritura número 1408 de 7 de abril de 1982, que obra al folio 72 del cuaderno número 1, no puede concluirse que el lote allí alindado haga parte de aquellos y para esclarecer tan importante particular la parte actora no hizo ningún esfuerzo, como se anotó en antes.

Como de lo alegado y probado en el proceso parece desprenderse la realización de conductas antijurídicas, llevadas a cabo ora por la autoridad, ora por particulares, se dispondrá en la parte resolutiva de la presente providencia que se envíe copia de ésta a la Procuraduría General de la Nación para que se adelante la investigación correspondiente.

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:*

CONFIRMASE la sentencia impugnada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el día cuatro (4) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), dentro del proceso de la referencia, con la adición de que se envíe a la Procuraduría General de la Nación copia de la presente providencia para los fines indicados en los considerandos de la misma.

Ejecutoriado el presente proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*AGENTES DE LA PERSONA MORAL.*

*RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. HISTORIA. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL.*

*1º Reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad aquiliana del Estado. Responsabilidad indirecta (arts. 2347 y 2349 del C. C.).*

*2º Responsabilidad directa (art. 2341 del C. C.). Prescripción de la acción contra la persona moral y contra el agente.*

*3º Modificación a las tesis anteriores. AGENTES DE LA PERSONA MORAL. División. FALLA DEL SERVICIO O DE LA ADMINISTRACION. Exoneración de la administración. Prueba.*

*4º Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta junio 30 de 1962.*

*5º El Consejo de Estado, desde el 29 de julio de 1947 (actor: El Siglo S. A.) comenzó a analizar y estructurar las distintas fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado con fallo de 28 de octubre de 1976 (actor: Banco Bananero), se afirmó que la Constitución Política es fuente única de responsabilidad extracontractual del Estado.*

*SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA O CONDENATORIA DE LA PERSONA NATURAL, NO CONDICIONA O ENERVA LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº 4910. Actor: Edgardo Delgado Herrera.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de marzo 20 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso, por reparación directa, adelantado, mediante apoderado, por el ciudadano Edgardo Delgado Herrera contra el Departamento del Valle del Cauca.

## *I. La sentencia apelada*

La sentencia recurrida denegó todas las súplicas de la demanda inicial del litigio, con las siguientes consideraciones:

"No cabe la menor duda en cuanto a los elementos necesarios para lograr la condena de una entidad de derecho público, como en el caso

presente y por un hecho que haya lesionado a un tercero; que estos no son otros sino la falta o falla del servicio con la cual se ocasiona el daño o perjuicio, la realización del hecho dañoso y finalmente la relación de causalidad entre la falla y el daño ocasionado".

"También es un hecho cierto y así lo ha sostenido nuestro máximo Tribunal Contencioso Administrativo (sentencia de septiembre 4 de 1984, doctor Carlos Betancur Jaramillo) que la carga de la prueba, es un principio consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y que no es más que la concreción o síntesis de la doctrina elaborada por los procesalistas y que se concreta de acuerdo con su texto de que 'incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen' ".

"Esto que es un principio de derecho probatorio que para lograr que el Juez dirima una controversia aplicando las normas de derecho que precisamente han de restablecer el equilibrio violado, es necesario demostrar en forma plena los actos o hechos jurídicos de donde proceda el derecho, o nazca la obligación invocada. Así, si el interesado en dar la prueba de los hechos básicos de la pretensión no lo hace ó la da imperfectamente o descuidada, el resultado le será 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".

"Ahora si se entiende y acepta por 'prueba trasladada', que sería el caso presente, aquella que se practica o admite en otro proceso y que es presentada en copia auténtica o mediante desglose del original, vienen como anillo al dedo lo consignado por la Sentencia del Consejo de Estado —Sección Tercera—, Consejero ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo de fecha abril 18 de 1980, cuando expresa:

" 'Si bien es cierto que el C. de P. C. permite la prueba trasladada, o sea aquella que habiendo sido practicada en un proceso se quiere hacer valer en uno nuevo, no lo es menos que el traslado no es una simple operación material (adjunción en copia auténtica o mediante desglose), porque frente a las pruebas ya practicadas en otro proceso, en ciertos casos, debe cumplirse en el nuevo cierto rito probatorio que permita su adecuada valoración. No otro es el sentido del artículo 185 del estatuto mencionado, cuando dispone: «Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ésta»' ".

" 'Como se desprende de lo transcrito, sólo en el caso de que en el primer proceso se hubieren satisfecho plenamente los requisitos de la contradicción y de la publicidad frente a la persona contra quien se

aduce en el nuevo, no habrá que cumplir requisito alguno. Pero cuando la parte contra quien se quiere hacer valer no es, no fue parte en el proceso en que se practicó tiene derecho a controvertirla y para el efecto se debe cumplir el rito que permita esa contradicción, so pena de que carezca de todo valor demostrativo'.

" 'Cabe recordar que el traslado de las pruebas, que obviamente llegan al nuevo en forma documental, no les hace perder su esencial ni su forma especial de controversión. De allí que para los efectos de traslado no queden reducidos a una simple prueba documental, porque los distintos medios tienen sus formas especiales de práctica que no pueden omitirse. Así, que una documental que exige aceptación expresa para permitir la tacha o querella de falsedad, o una inspección judicial, una confesión o una peritación' ".

"Esta posición ha sido reiterada en múltiples ocasiones, como en el fallo de abril 28 de 1967, visto antes, y en la sentencia de diciembre 7 de 1984, con ponencia del Consejero Julio César Uribe Acosta, al manifestar que ha sido unánime la doctrina y la jurisprudencia extranjera y nacional sobre la eficacia de las pruebas practicadas en un proceso y llevadas a otro, en la oportunidad legal sin más exigencias, pero siempre que en ambas se trate de hechos controvertidos por las mismas partes".

"Pero si al primer proceso no concurrió una persona natural o jurídica y ella aparece como demandada en el segundo las pruebas trasladadas a éste deben ser ratificadas para que adquieran pleno valor".

"Esta tesis se ratifica en sentencia de junio 28 de 1985, que a la letra dice:

" 'Sobre el valor probatorio de la prueba documental en comento, la Sala reitera la jurisprudencia que recoge el fallo del 15 de febrero de 1969, que dice en lo pertinente: ...las controversias contra la administración necesariamente sitúan a ésta como parte demandada por lo que siendo ella parte debe gozar de las garantías procesales que son básicas en todos los juicios. La disposición constitucional relativa a que nadie puede ser juzgado sin la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, no puede excluir a las personas públicas; y como la publicidad de la prueba, que implica la oportunidad para controvertirla, es condición para que ella valga, no puede tenerse como elemento probatorio lo que se presenta como tal, cuando esa oportunidad no ha existido. Es equivocado pensar que por el hecho de que en función penal asiste al Estado los competentes órganos o funcionarios de éste para determinar en un caso dado el delito y el delincuente, la infracción y el infractor, las partes y las resultas del proceso judicial administrativo. Esa identificación es imposible no sólo porque en el procedimiento penal no es propiamente la administración activa la que ocurre, ni la concurrencia es como parte en una controversia, y así en ejercicio del *ius imperfi* encaminado a sancionar, sino también porque los objetivos de aquella actividad punitiva son completamente distintos al restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por la desigualdad ante las cargas públicas, que es el objeto de la acción indemnizatoria. Por otra parte, para la contradicción de la prueba es indispensable saber el fin a que se destina, o sea que está claramente definida o la pretensión procesal.

El demandado debe saber «lo que se demanda», como lo exige el ordinal 2º del artículo 84 de nuestro C.C.A. para utilizar los medios de defensa adecuados y poder dirigir su conducta ante los elementos de prueba que presente el actor. Pero en el proceso penal no hay, no puede haber ninguna pretensión contra las personas de derecho público. Copias como las que se han mencionado sólo dan cuenta de la existencia de esos fallos y de la condena formulada contra una persona natural, pero como el presente proceso se ha adelantado contra una persona pública llamada Nación, que al primero no asistió ni como demandante ni como demandada, no puede decirse que se trata de una prueba producida en un juicio ventilado entre las mismas partes, y por lo mismo no se puede dar por probado el hecho originario de responsabilidad estatal, con las características y las consecuencias indispensables para que pudiera proferirse un fallo acorde con las peticiones formuladas en la demanda' (Consejero ponente: Doctor Gabriel Rojas Arbeláez)".

"También digamos que ha sido cuestionada a veces conforme a las citas que se hacen en la demanda en sentencia del 22 de noviembre de 1982; sin embargo para ello basta ver sobre la misma sentencia (la de junio 28/85) la aclaración de voto del autor de la posición al parecer contraria del Doctor Carlos Betancur Jaramillo cuando afirma:

" 'En pasada oportunidad sostuve al cuestionar precisamente la sentencia antecitada:

" 'Las copias de las sentencias penales' ".

"Pese a la jurisprudencia que se deja transcrita, la doctrina ha empezado a cuestionar el punto relacionado con el valor probatorio que pueda tener la copia de una sentencia penal que se lleva como prueba a un proceso de responsabilidad contra el Estado, máxime cuando este último litigio se basa en la falla del servicio producido precisamente por la conducta del funcionario que resultó involucrado en la investigación penal. De allí que se diga que la copia de la sentencia prueba algo más que su expedición y que en ella se calificó la conducta de una persona natural determinada. Basta leer las normas que en el Código de Procedimiento Penal hablan del valor de los fallos condenatorios y absolutorios para confirmar este aserto. En primer término la sentencia penal condenatoria no permitirá poner en duda en el proceso civil (o administrativo, se agrega) la existencia del hecho ni la responsabilidad del condenado (art. 28); y la absolutoria tendrá efecto de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa (art. 30)".

" 'Y el valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con los argumentos de que las pruebas que sirvieron de apoyo al juez penal no fueron ratificadas dentro del proceso de responsabilidad, porque esa ratificación sería inocua, ya que una nueva valorización no permitiría conclusiones diferentes por impedirlo el efecto de la cosa juzgada'.

" 'De allí que, demos por caso, si la sentencia penal dice que el agente X no cometió la infracción que se le imputa, en el proceso administrativo no podría declararse la falla en el servicio de la administración por esos mismos hechos calificados por el juez penal en torno a

ese mismo funcionario; y para la absolución de la entidad demandada bastaría la copia de la sentencia y no la ratificación de las pruebas que le sirvieron de fundamento. Igual cosa puede decirse de la sentencia condenatoria'.

" 'Si el hecho imputado al agente no puede ponerse en duda ni su responsabilidad. Si estos dos extremos configuran así mismo una falla del servicio, será un problema de presunción del hecho en los supuestos de la norma que contempla la responsabilidad y no un simple problema probatorio' ".

" 'Se advierte, si, que el Consejo de Estado no acepta estos planteamientos y exige que las pruebas practicadas dentro del proceso penal sean debidamente ratificadas dentro del proceso de responsabilidad. Esta exigencia es un poco excesiva y ni siquiera precisa el alcance de la ratificación, que en estricto sentido no puede aplicarse sino a la prueba testimonial y no en todos los casos. Y aún frente a este medio probatorio podría omitirse dicha ratificación, por la presencia en el proceso penal del agente del Ministerio Público, el que además de ejercer sus funciones como tal, constituye el representante legal de la Nación' ".

"Como se puede apreciar termina reconociendo que es necesaria la ratificación y sobre todo tratándose de prueba testimonial como bien lo dice el agente del Ministerio Público y que se comparte en esta oportunidad por ser la situación que se ha presentado en el caso *sub júdice*: 'Es de anotar que la excepción del dictamen médico legal sobre la incapacidad sufrida por el actor y el de los peritos sobre los perjuicios ocasionados por el accidente, toda la prueba que sirvió de base al señor Juez Penal para condenar a Muñoz Ariza fue testimonial', dice el colaborador fiscal".

"Consideramos y conforme a lo visto antes en esta misma providencia que la eficacia de la prueba está fallida por cuanto en ambos casos no intervinieron las mismas partes de allí que no pueden tener el valor que pretenden darles el apoderado del actor por no tener el carácter de públicas y el departamento o entidad que se pretende demandar no ha tenido la oportunidad de contradecirlas, o al menos no existe constancia de ello dentro de las diligencias".

"Ahora en lo que atañe a la relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño o sea la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido, debe ser demostrado de manera plena y como ya se ha dicho en este caso no se demostró. Claro está que habrá casos de concausalidad, bien entre la falla y la culpa de la víctima, en el hecho y la falla de un tercero y aún, entre la falla y la fuerza mayor o el caso fortuito en los cuales la responsabilidad del Estado quedará limitada en la proporción en que su falta o falla sea reconocida como causa eficiente del daño sufrido, presentándose entonces, la figura conocida en el derecho, como compensación de culpas o repartición de responsabilidades".

"Aquí se ha querido obtener una doble indemnización, lo cual no puede ser posible. Veamos lo que al respecto sostiene el Consejo de Estado en sentencia de abril 12 de 1984, Consejero ponente el Doctor José Alejandro Bonivento Fernández:

" 'Si el lesionado persigue, por la vía ordinria, el resarcimiento de perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca, necesariamente, en una situación concreta; el daño ya ha sido visto y definido, algo más, cuantificado, de acuerdo a los criterios y factores probatorios aportados al respectivo proceso. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE, a través de la justicia ordinaria. Eso quiere denotar, que hecha la fijación de la indemnización, ha de producir los efectos propios de la determinación del daño frente a la víctima, puesto que absurdo sería que por una jurisdicción se lograsen señalar los perjuicios y por otra se puedan apreciar otros, cuando alrededor del daño, éste debe ser igual en una y en otra'.

" 'COEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD O RESPONSABILIDAD CONJUNTA. La coexistencia de responsabilidad conjunta no permite a la víctima exigir indemnización que exceda el valor del perjuicio sufrido y que a juicio del juez penal se concretó en la suma determinada en la sentencia de condena'.

" 'La falla o falta del servicio puede coexistir con la culpa personal del agente. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado de Colombia, lo mismo que el de Francia'.

" 'No debe haber doble indemnización. La coexistencia de responsabilidades entre la administración y el particular, autor de la infracción, no puede ir más allá de señalar que por daño causado a la víctima es procedente la indemnización, en el monto o estimación del mismo. Por eso, si el lesionado persigue, por vía ordinaria, el resarcimiento de los perjuicios causados y obtiene una condena, se coloca, necesariamente, en una situación concreta: el daño ha sido visto y definido; algo más, cuantificado, de acuerdo a los criterios y factores probatorios aportados al respectivo proceso'.

" 'Se precisa, entonces, la condena al pago de los perjuicios mediante la intervención como parte civil dentro del proceso penal, como un factor determinable del daño, que alcanzará, por tanto, una significación material con la sentencia impuesta, por ese concepto, por el juez penal. Es decir, que al escoger, el lesionado, la vía ordinaria para lograr el reconocimiento de la indemnización, no puede tener un simple alcance de intervención penal para que el hecho delictuoso tuviera una ejemplar o acorde sanción de conformidad con el ordenamiento punitivo. La presencia como parte civil, que como tal es una participación civil en esta clase de procesos, va más allá de la simple consideración de que el delincuente reciba la pena por el hecho atentatorio contra el estatuto penal, que se concretó'.

" 'Al acudir pues, el lesionado a la jurisdicción ordinaria para que a través de los términos impuestos por el respectivo ordenamiento, el proceso penal, se restableciera la responsabilidad del agente, lo hizo pensando, como era de rigor, que las obligaciones derivadas del comportamiento, como actitud personal, pero no ajena al servicio, se refleja en la medida que se impusiera la condena a los perjuicios. La vía por la que optó el lesionado, encierra, de ese modo, una particular proyección, en lo que atañe al monto o determinación de la indemnización'.

" 'La cuantificación de los perjuicios lograda, mediante intervención del propio lesionado no puede ser desconocida en este proceso,

puesto que todo el trámite alcanzado para tal fin se cumplió con la participación del mismo lesionado, en este proceso demandante. Trasciende de manera simple la decisión del juez ordinario, no sólo para la verificación del daño, sino, también, para concretar los perjuicios, en especial frente a la presencia del lesionado y a su petición de condena. Eso quiere decir denotar que, hecha la fijación de la indemnización, ha de producir los efectos propios de la determinación del daño frente a la víctima, puesto que absurdo sería que por una jurisdicción se logren señalar los perjuicios y por otra se puedan apreciar otros, cuando alrededor del daño, éste debe ser igual en una y en otra'.

" 'La coexistencia de responsabilidad o responsabilidad conjunta, como lo ha calificado esta Corporación (sentencia de 22 de marzo de 1974), no permite a la víctima exigir indemnización que exceda del valor del perjuicio sufrido y que a juicio del juez penal se concretó en la suma determinada en la sentencia de condena. Es es (sic) le recorta el derecho a pretender, por vía contenciosa administrativa, una indemnización superior a la señalada por la justicia ordinaria, puesto que su dimensión se logra mediante la fijación de los jueces penales'.

" 'Como bien lo sostiene el colaborador fiscal en esta oportunidad que si bien es cierto que ante esta jurisdicción se acreditó la vinculación laboral del empleado del departamento con la entidad demandada y que el vehículo que conducía al momento de cometer la infracción penal era de propiedad del ente jurídico, también lo es que está acreditado que el mencionado empleado en el momento del hecho o sea el domingo 28 de noviembre de 1982 hacia eso de las siete de la noche no se encontraba en misión oficial, ni existía autorización alguna de la Jefatura de la Zona de Candelaria —Distrito número 2 de Palmira— para andar por allí y no podía existir por cuanto se observa que la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca mediante Decreto 0820 de abril 11 de 1979 había prohibido el tránsito de los vehículos oficiales clasificados como el manejado por el motorista ese día por las vías públicas del departamento o municipios aledaños después de las siete de la noche y durante los días festivos y dominicales (folios 99 frente y ss. cuaderno principal). La excepción a esto era que quienes lo hacían debían portar permisos especiales expedidos por el Gobernador' ".

"De lo anterior se tiene que el motorista Muñoz Arias conducía el jeep un día dominical, contra expresa prohibición legal pues no mediaba permiso o autorización alguna para ello, lo cual a su vez aparece corroborado con la copia auténtica (folio 101 frente, cuaderno principal) del oficio fechado el 15 de diciembre de 1982 por el Jefe de la zona de Candelaria, Distrito número 2 de Palmira, quien era el superior y a cuyo servicio se hallaba adscrito al motorista en donde informa a sus superiores de la manera abusiva como éste conducía el vehículo ese día. Además y conforme lo demostró la Corporación, al motorista se le formuló y se le adelanta investigación de carácter penal por peculado de uso contra el mismo, y se le relevó del cargo".

"El hecho adquiere entonces relieve personal y como tal fue sancionado por la Justicia Penal, no sólo a la pena privada de la libertad sino a la correspondiente indemnización, descartándose de plano el cumplimiento de un servicio público por parte de éste y en consecuencia no se configura responsabilidad del Departamento y al no establecerse ésta, no está obligada a indemnizar al actor".

"Como bien lo afirma el señor Fiscal colaborador: que pretende considerar este en 'el descuido de los superiores del motorista por no haberle hecho guardar el campero en esas horas que debían ser de descanso para este', como lo afirma el demandado, sería absurdo, toda vez que ello implicaría que la administración se convierta en Estado-gendarme que estableciera vigilantes para cada uno de los motoristas que conducen vehículos oficiales, equivaldría a solicitar del Estado la ampliación de atributos mágicos de que indudablemente carece. Con la expedición del Decreto 0820 de abril 11 de 1979 la Gobernación del Departamento del Valle, puso los instrumentos a su alcance para la debida protección de sus bienes y la de los ciudadanos, buscó con ello frenar el indebido uso de los vehículos oficiales por parte de sus empleados y evitar los posibles daños y perjuicios que con ellos se pudieran ocasionar. No puede entonces predicarse negligencia u omisión del Departamento, pues con la expedición del Decreto mencionado cumplió sus fines la administración".

"Finalmente agregamos que, la aseveración de que por haberse solicitado la entrega del vehículo al juez instructor se estaba respaldando al motorista, es una afirmación carente de respaldo probatorio, ya que la finalidad de la misma, no es otra sino, de que como propietaria del vehículo debía hacerlo (folio 7 frente, cuaderno número 2); fuera de ello el inventario con el cual se entrega el vehículo, así como el denuncio y la insubsistencia. Una cosa es la responsabilidad de quien maneja el automotor y otra muy distinta el vehículo en sí como materia inerme".

"Por todo lo anterior se concluye que en el caso *sub júdice* no se ha dado la falta o falla del servicio y por ende la relación de causalidad existente entre éste y el daño o perjuicio, por no encontrarse el empleado en cumplimiento de ninguna prestación de servicio; antes por el contrario su comportamiento personal es juzgado por la justicia penal por ésta la competente para decidir" (fols. 51 a 60 C. 1).

## *II. El recurso*

a) El señor apoderado de la parte demandante al interponer el recurso de apelación, lo sustenta así:

"1º El Tribunal ha hecho dos consideraciones básicas y una colateral para desechar las súplicas, a saber:

"1. No se probó —a su juicio— el hecho mismo que infligió daño a mi representado y el nexo causal entre éste y la acción del agente, porque el aporte de las sentencias de primera y segunda instancia debidamente autenticadas que se hiciera como anexos de la demanda, es absolutamente inane cuando está privado del requisito de la ratificación y cuando no se ha hecho un traslado legal de prueba del proceso penal al administrativo que acredite, según las voces del artículo 185 del C. de P. C., que el hecho existió y tuvo como causa eficiente al agente de la entidad demandada".

"2. No ha habido falla en el servicio, porque indiscutible es que cuando el agente —Eliécer Muñoz— conduciendo un campero de propiedad de la entidad demandada lesionó al demandante, lo hizo en horas inhábiles de labor y en contravención a una norma expresa de la Gobernación del Departamento —Decreto 0820 de abril 11 de 1979—, por lo cual ha de afirmarse que la suya fue una acción personal".

"No puede afirmarse que la falla del servicio ocurrió al no haberse impedido que el reo hubiese sacado el vehículo en violación al reglamento, porque ello supondría exigir 'que la administración se convirtiera en estado-gendarme que estableciera vigilantes para cada uno de los motoristas que conducen vehículos oficiales...' "

"3. Finalmente advierte el Tribunal que 'aquí se ha querido obtener una doble indemnización lo cual no puede ser posible...', y hace consistir —en manifiesto error, como los dos anteriores— esa presunta doble indemnización en el hecho de que en el proceso penal mi representado se haya constituido en parte civil y haya pedido la liquidación de los perjuicios contra el sindicado, quien a la vez es el agente de la persona jurídica demandada. En auxilio de tan peregrina posición jurisprudencial, cita una sentencia de 12 de abril de 1984, con ponencia del honorable Consejero José Alejandro Bonivento, mal leída y peor citada, porque el criterio jurídico allí expuesto es completamente contrario a lo que intenta demostrar. En efecto, lo que en tal fallo ha sostenido el Consejo de Estado es que cuando se ha solicitado la liquidación de perjuicios con arreglo a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal y mediante la constitución en parte civil por el ofendido, el monto de la cuantía que se demanda en el proceso de reparación directa administrativo *no podrá exceder* a la liquidación que ha hecho el juez penal".

"2º El fallo debe ser revocado en el recurso de alzada, porque esos tres conceptos que se han reseñado, sobre los que descansa, son notoriamente equivocados e injurídicos, como paso a demostrarlo brevemente. En efecto:

"3º EL ALCANCE DE LA SENTENCIA PENAL".

"La primera función arrogada por la sociedad en la constitución del Estado, indeclinable por lo demás, fue la del ejercicio del poder de castigar. De tal *'jus puniendi'* deriva toda clase de administración de justicia, hasta llegar a la constitución de todo el derecho administrativo, como última forma moderna dentro de un Estado perfeccionista y democrático. El derecho de castigar, por lo demás, o derecho penal, es un derecho público por excelencia, no dirime conflictos de interés privado, y su ejercicio, mejor digamos el proceso, es una acción pública por esencia y por definición. Nadie debe equivocarse sobre el particular sin que intente groseramente desconocer los sillares básicos de la estructura jurídica".

"Los alcances de la sentencia penal, como culminación de un proceso dividido en dos partes —sumaria y juicio— en el cual el Estado ha asumido la carga de la prueba y ha jugado una bellísima y necesaria presunción de inocencia que favorece a los acusados, son universales. Ellos establecen una verdad legal por encima de cualquier discusión o debate, sin que nadie pueda expresar que desconoce el fallo por no haber

tenido al oportunidad de intervenir en el proceso —regla que se aplica para el proceso de intereses privados—, porque toda la sociedad y el Estado mismo han estado representados a través del Agente del Ministerio Público, que lo es de la sociedad y del Estado. Lo que predica una sentencia en su conjunto, son hecho y derecho. Es la 'jurisdicción', que es la expresión del derecho atribuida a los jueces por ministerio de la ley en cuyo nombre actúan. Es esta la razón de la ejecutoria del inconmovible manto de la cosa juzgada".

"Vicente Manzini dice: 'El contenido de lo que comúnmente se entiende por «excepción de cosa juzgada» es el efecto de la consunción procesal de la acción penal derivada de un determinado delito, debida a la cosa juzgada (...) Por consiguiente, agotada la acción penal con el fallo, no se la puede ya volver a proponer por el mismo hecho y contra la misma persona (...) *Cuando entre el objeto de la cosa juzgada y el objeto de una nueva acción hay una parte común, la autoridad de la cosa juzgada vincula al juez de la nueva acción en relación a la parte común ya decidida*' (Subrayado mío, Derecho Procesal Penal, t. 4, ed. Ejea, pág. 523)".

"Es un dislate pretender que una sentencia penal —y aún de cualquier otra índole— que se presenta a un proceso para hacer valer lo ya decidido por la jurisdicción, deba ser ratificada en la secuela del nuevo proceso. Ese es un documento público de alta excelencia. También lo es exigir que los hechos ameritados en el fallo deban ser materia de nuevo debate probatorio, porque ese es un debate fenecido y resuelto, cuya prueba *per se* es esa sentencia, así pudiera ser equivocada en la apreciación de pruebas recaudadas. Esta la razón incontrovertible para que el artículo 28 del C. de P. C. diga: 'cuando el sindicado haya sido condenado en el proceso penal como responsable de la infracción, *no podrá ponerse en la duda en el proceso civil la existencia del hecho que la constituye ni la responsabilidad del condenado*' (Subrayado mío)".

"Este expreso, directo, unívoco mandato de la ley hace resaltar la ilegalidad del primer planteamiento del Tribunal para desatender la prueba que conlleva sobre el hecho mismo en que afianza su demanda el señor Edgardo Delgado Herrera, la copia autenticada de la sentencia penal, por más que esa Corporación se sustente en los conceptos expresados en la sentencia de junio 28 de 1985, con ponencia del Consejero Gabriel Rojas Arbeláez".

"Jurídico es el fallo del máximo Tribunal contencioso, que he citado en el libelo, cuando dice: 'La sentencia penal en cuanto a la condena y en cuanto a los hechos que la fundamentan prueba contra todos, porque es producto de una acción típicamente pública, distinta a la acción inter partes del derecho privado. La responsabilidad de un condenado y los hechos que causaron la infracción declarados en una sentencia penal ejecutoriada, no pueden ser puestos en duda por nadie porque ha sido el Estado mismo, a nombre y en interés de la sociedad el que ha adelantado y fiscalizado el proceso y la jurisdicción especializada la que lo ha fallado' (sent. 22 de noviembre de 1982)".

"Mas no es que yo esté planteando una vieja controversia jurisprudencial o que diga que la que invoco, porque me conviene, es la más sabia. No, es el expreso ordenamiento de la ley —artículo 28 citado del

C. de P. P.— el que manda que se tengan como prueba plena y mejor aún prueba indiscutible sobre unos hechos, su definición jurídica y su sanción, los que se exponen en una sentencia condenatoria. Lo demás es un prurito de mistificación que indica mejor la adecuación a la costumbre y a las reglas que prescinden los conflictos del derecho privado y un tanto al desconocimiento del derecho penal".

"Así pues, debe ser revocada la sentencia que se afianza en un concepto equivocado, *contra legem*, según el cual la sentencia penal debidamente aportada nada prueba, ni sobre los hechos, ni sobre la culpa".

"4º LA FALLA DEL SERVICIO".

"No he sostenido, menos negado, que el agente Eliécer Muñoz estuviere en horas hábiles de oficina. Los hechos mismos que se acreditan con la sentencia penal pregonan que todo ocurrió en un día domingo, que por antonomasia son horas de descanso. No hubo una acción de servico de parte de éste. Pero en mi alegato de conclusión, y aún en el libelo, he planteado cómo no le es posible a la entidad de derecho público escudarse, para evadir su responsabilidad acudir al gambito del abuso —acción personal— de sus funciones de servicio de su motorista, para lo cual acudieron al ardid tardío de elevar a los dos años una socorrida denuncia penal por el presunto delito de peculado de uso, que bien pudo ocurrir o no".

"De lo que se trata es de que no basta que se dicte un decreto estableciendo la prohibición de transitar con los vehículos oficiales en horas inhábiles, sino de establecer los controles para que tan altruista disposición se cumpla. El poseer vehículos como armas, es por sí mismo una actividad que supone un terrible peligro para la sociedad. El derecho civil llama a este el ejercicio de la actividad peligrosa y el desenvolvimiento doctrinario, dimanado del derecho francés, establece obligatorios compromisos para el 'guardián de la cosa', que no pueden ser soslayados tan fácilmente. No basta con que se disponga una prohibición reglamentaria para que se enerve la responsabilidad; sino que es preciso que se hayan ejercido los controles adecuados y eficientes para impedir la conducta que generó el daño".

"Por esto en mi alegato de conclusión también hice cita de otra sentencia del Consejo de Estado —que no ameritó comentario del Tribunal— en la cual puede leerse: 'La fiscalía no ignora que pueden concurrir la falta personal y la falla del servicio y que en estos casos la víctima puede demandar la indemnización del Estado o del agente. Pero, si se analiza el caso que dio origen a este proceso se llega a la conclusión de que al Estado no le cabe la menor responsabilidad de lo acontecido, de que no hubo la menor falla en el servicio y de que lo acontecido con el agente de la policía no es exclusivamente una conducta personal de dicho funcionario que, se repite, en nada puede comprometer al Estado. *Otro sería el caso si el agente hubiese violado los reglamentos de servicio de guarnición para las Fuerzas Armadas (Resolución 8445 de 1968) que prohibe sacar armas de dotación oficial al personal cuando este esté en franquicia y por descuido de sus superiores la hubiese sacado; pero, en el caso de autos el agente homicida no estaba de franquicia* (Subrayo). Como la Sala encuentra que el concepto del señor Fiscal se ajusta totalmente a derecho, lo acoge en su totalidad para negar...' (sentencia de 31 de agosto de 1978)".

"Si en el caso que contempla la sentencia cuyo aparte he transcrito se considera que habría habido falla en el servicio en el evento de que el agente de la policía hubiere estado gozando de franquicia, es decir en horas no hábiles de trabajo y por descuido de sus superiores hubiere sacado el arma oficial en contravención a la Resolución 8445 que prohibe sacar tales elementos cuando no se está prestando el servicio, quiere esto decir muy elocuentemente y con lógica indubitable, que no basta, como yo lo alego que se haya establecido la prohibición reglamentaria para sacar armas —igual cabe con cualquier elemento potencialmente peligroso como un automóvil— en horas no de servicio, sino que hay un deber de control para hacer cumplir la norma prohibitiva. En donde está la falla del servicio es en la lenidad o descuido de los superiores que hizo posible hipotéticamente la violación".

"Este caso tiene particular y grande operancia en el *sub júdice,* porque se reduce a los mismos predicados. En efecto, la prohibición del ya antes citado Decreto 0820 de la Gobernación del Valle se equipara a la Resolución 8445 de las Fuerzas Armadas. Ambas disponen una prohibición de sacar el elemento peligroso en horas hábiles de trabajo. Y si en transgresión del reglamento Eliécer Muñoz sacó el automóvil que se le había confiado en horas francas, ha de mirarse una insoslayable falla en el actuar de sus superiores por el descuido para no hacerle cumplir la norma. Y este hecho tiene suficiente demostración en autos".

"Es así, pues, muy claro que la sentencia ha debido acceder a la pretensión, porque hubo una falla y esa falla engendra responsabilidad".

"5º NO HAY DOBLE INDEMNIZACION".

"En verdad que me siento relevado de hacer elucubraciones sobre este punto, porque la lectura atenta de lo que sostiene el H. Tribunal me da la razón. Habría una doble indemnización si con el mérito ejecutivo que presta la liquidación de los perjuicios del proceso penal se estuvieran persiguiendo los bienes del agente Muñoz y al mismo tiempo se persiguiera otra de parte del Departamento del Valle, o si no conformes con la liquidación que hizo el magisterio penal se persiguiera una mayor en el proceso administrativo. Pero ese no es el caso de nuestra demanda. El perjudicado bien puede pedir, cuando hay concurrencia de falta personal y de falla del servicio, a su elección, la indemnización por la una o por la otra. Lo que no puede hacer es pedir las dos, y eso nadie lo discute ni lo ha pretendido mi representado".

"De otro lado, la liquidación de perjuicios que se hizo con arreglo a las leyes vigentes en el proceso penal tiene toda su validez en el proceso administrativo porque se supone que éstos son los mismos y que su tasación habrá de ser la misma en un proceso o en otro. Así lo reconoce la sentencia del Consejo de Estado que cita el H. Tribunal (sent. de abril 12 de 1984, ponencia del Consejero José Alejandro Bonivento)".

"Y es que además, forzoso es reconocerlo, la responsabilidad del Estado en el caso de una falla del servicio se extiende como una sola, en el evento de concurrencia con una falta personal, a la que el agente adquiere por ésta. Vale decir que la obligación de reparación y el monto de la misma que obliga al agente culpable, en el supuesto de concurrencia de falla del servicio y falta personal se repite, no pueden ser distintas. Son las mismas y su cuantía será la que se haya liquidado en uno

o en otro proceso. La regulación que se haya hecho en el proceso penal cobra todo su valor jurisdiccional ante el proceso administrativo y hace inane cualquier tendencia a que en éste intente superarse la cuantía determinada en aquel".

"Son estas respetuosas consideraciones las que me inducen a plantear mi inconformidad con la sentencia y a pedir su revocatoria" (fols. 163 a 168, C. 1).

b) Dentro del trámite de la segunda instancia hubo sustitución del procurador judicial de la parte recurrente y el nuevo mandatario alegó meramente, en los siguientes términos:

"De los apartes antes transcritos es posible establecer que en el caso controvertido se entendió, equivocadamente, por el Ministerio Público, por la parte demandada y por el Tribunal del Valle del Cauca, que cuando se allegaron copias de las dos sentencias penales, la de primera y la de segunda instancia, se presentó el fenómeno probatorio de la 'prueba trasladada', ante el cual procedía la ratificación de las pruebas practicadas en el primer proceso, por la parte demandada, en consideración a que ella no fue citada sino en el segundo proceso, en el contencioso administrativo".

"Al respecto debe anotarse, en primer lugar, que en ningún momento se allegaron las pruebas practicadas en el proceso penal con el propósito de que fueran valoradas en el contencioso administrativo, *sino las copias auténticas de dos sentencias* proferidas por dos jueces de la República, es decir emanadas del Estado colombiano, que como tales gozan del carácter de documento público y han hecho tránsito a cosa juzgada".

"¿Es posible ratificarse, dentro de un proceso de naturaleza diferente, las sentencias allegadas? ¿Podría ponerse en duda su valor probatorio y pretenderse la reevaluación de las pruebas que le dieron origen? Con relación a estos interrogantes el mismo Tribunal del Valle del Cauca transcribió apartes de la aclaración de voto que se produjo en la sentencia del Consejo de Estado, el 28 de junio de 1985, en los que con razón se expresó:

" 'En primer término *la sentencia penal condenatoria no permitirá poner en duda en el proceso civil (o administrativo, se agrega) la existencia del hecho ni la responsabilidad del condenado...*'

" 'Y el valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con los argumentos de que las pruebas que sirvieron de apoyo al juez penal no fueron ratificadas dentro del proceso de responsabilidad, porque *esa ratificación sería inocua,* ya que una nueva valoración no permitiría conclusiones diferentes por impedirlo el efecto de la cosa juzgada...'

" '...Esta exigencia es un poco excesiva y ni siquiera precisa el alcance de la ratificación, que en estricto sentido no puede aplicarse sino a la prueba testimonial y no en todos los casos. Y aún frente a este medio probatorio *podría omitirse dicha ratificación, por la presencia en el proceso penal del agente del ministerio público,* el que además de ejercer sus funciones como tal, constituye el representante legal de la Nación' (Los subrayados son nuestros)".

"Si en el caso que contempla la sentencia cuyo aparte he transcrito se considera que habría habido falla en el servicio en el evento de que el agente de la policía hubiere estado gozando de franquicia, es decir en horas no hábiles de trabajo y por descuido de sus superiores hubiere sacado el arma oficial en contravención a la Resolución 8445 que prohibe sacar tales elementos cuando no se está prestando el servicio, quiere esto decir muy elocuentemente y con lógica indubitable, que no basta, como yo lo alego que se haya establecido la prohibición reglamentaria para sacar armas —igual cabe con cualquier elemento potencialmente peligroso como un automóvil— en horas no de servicio, sino que hay un deber de control para hacer cumplir la norma prohibitiva. En donde está la falla del servicio es en la lenidad o descuido de los superiores que hizo posible hipotéticamente la violación".

"Este caso tiene particular y grande operancia en el *sub júdice,* porque se reduce a los mismos predicados. En efecto, la prohibición del ya antes citado Decreto 0820 de la Gobernación del Valle se equipara a la Resolución 8445 de las Fuerzas Armadas. Ambas disponen una prohibición de sacar el elemento peligroso en horas hábiles de trabajo. Y si en transgresión del reglamento Eliécer Muñoz sacó el automóvil que se le había confiado en horas francas, ha de mirarse una insoslayable falla en el actuar de sus superiores por el descuido para no hacerle cumplir la norma. Y este hecho tiene suficiente demostración en autos".

"Es así, pues, muy claro que la sentencia ha debido acceder a la pretensión, porque hubo una falla y esa falla engendra responsabilidad".

"5º NO HAY DOBLE INDEMNIZACION".

"En verdad que me siento relevado de hacer elucubraciones sobre este punto, porque la lectura atenta de lo que sostiene el H. Tribunal me da la razón. Habría una doble indemnización si con el mérito ejecutivo que presta la liquidación de los perjuicios del proceso penal se estuvieran persiguiendo los bienes del agente Muñoz y al mismo tiempo se persiguiera otra de parte del Departamento del Valle, o si no conformes con la liquidación que hizo el magisterio penal se persiguiera una mayor en el proceso administrativo. Pero ese no es el caso de nuestra demanda. El perjudicado bien puede pedir, cuando hay concurrencia de falta personal y de falla del servicio, a su elección, la indemnización por la una o por la otra. Lo que no puede hacer es pedir las dos, y eso nadie lo discute ni lo ha pretendido mi representado".

"De otro lado, la liquidación de perjuicios que se hizo con arreglo a las leyes vigentes en el proceso penal tiene toda su validez en el proceso administrativo porque se supone que éstos son los mismos y que su tasación habrá de ser la misma en un proceso o en otro. Así lo reconoce la sentencia del Consejo de Estado que cita el H. Tribunal (sent. de abril 12 de 1984, ponencia del Consejero José Alejandro Bonivento)".

"Y es que además, forzoso es reconocerlo, la responsabilidad del Estado en el caso de una falla del servicio se extiende como una sola, en el evento de concurrencia con una falta personal, a la que el agente adquiere por ésta. Vale decir que la obligación de reparación y el monto de la misma que obliga al agente culpable, en el supuesto de concurrencia de falla del servicio y falta personal se repite, no pueden ser distintas. Son las mismas y su cuantía será la que se haya liquidado en uno

o en otro proceso. La regulación que se haya hecho en el proceso penal cobra todo su valor jurisdiccional ante el proceso administrativo y hace inane cualquier tendencia a que en éste intente superarse la cuantía determinada en aquel".

"Son estas respetuosas consideraciones las que me inducen a plantear mi inconformidad con la sentencia y a pedir su revocatoria" (fols. 163 a 168, C. 1).

b) Dentro del trámite de la segunda instancia hubo sustitución del procurador judicial de la parte recurrente y el nuevo mandatario alegó meramente, en los siguientes términos:

"De los apartes antes transcritos es posible establecer que en el caso controvertido se entendió, equivocadamente, por el Ministerio Público, por la parte demandada y por el Tribunal del Valle del Cauca, que cuando se allegaron copias de las dos sentencias penales, la de primera y la de segunda instancia, se presentó el fenómeno probatorio de la 'prueba trasladada', ante el cual procedía la ratificación de las pruebas practicadas en el primer proceso, por la parte demandada, en consideración a que ella no fue citada sino en el segundo proceso, en el contencioso administrativo".

"Al respecto debe anotarse, en primer lugar, que en ningún momento se allegaron las pruebas practicadas en el proceso penal con el propósito de que fueran valoradas en el contencioso administrativo, *sino las copias auténticas de dos sentencias* proferidas por dos jueces de la República, es decir emanadas del Estado colombiano, que como tales gozan del carácter de documento público y han hecho tránsito a cosa juzgada".

"¿Es posible ratificarse, dentro de un proceso de naturaleza diferente, las sentencias allegadas? ¿Podría ponerse en duda su valor probatorio y pretenderse la reevaluación de las pruebas que le dieron origen? Con relación a estos interrogantes el mismo Tribunal del Valle del Cauca transcribió apartes de la aclaración de voto que se produjo en la sentencia del Consejo de Estado, el 28 de junio de 1985, en los que con razón se expresó:

" 'En primer término *la sentencia penal condenatoria no permitirá poner en duda en el proceso civil (o administrativo, se agrega) la existencia del hecho ni la responsabilidad del condenado...*'

" 'Y el valor demostrativo de la sentencia en los extremos indicados no puede negarse con los argumentos de que las pruebas que sirvieron de apoyo al juez penal no fueron ratificadas dentro del proceso de responsabilidad, porque *esa ratificación sería inocua,* ya que una nueva valoración no permitiría conclusiones diferentes por impedirlo el efecto de la cosa juzgada...'

" '...Esta exigencia es un poco excesiva y ni siquiera precisa el alcance de la ratificación, que en estricto sentido no puede aplicarse sino a la prueba testimonial y no en todos los casos. Y aún frente a este medio probatorio *podría omitirse dicha ratificación, por la presencia en el proceso penal del agente del ministerio público,* el que además de ejercer sus funciones como tal, constituye el representante legal de la Nación' (Los subrayados son nuestros)".

"Se concluye, entonces, que las pruebas que dieron bases jurídicas a las sentencias penales, en firme, fueron controvertidas en su oportunidad y lo fueron también por el representante legal de la Nación; y, que, como una ratificación sería inocua por tratarse de dos sentencias que han hecho tránsito a cosa juzgada, solamente existiría una posibilidad para contradecirlas como prueba, dentro del proceso contencioso administrativo, por la parte demandada: la tacha de falsedad a un documento cuando aparenta ser público sin serlo".

"Y admitiéndose que por virtud del principio de contradicción las partes procesales tienen el derecho de controvertir las pruebas allegadas, se advierte que lo importante jurídica y procesalmente es que ambas hayan tenido la *oportunidad* para hacerlo, aun cuando no hayan procedido a tal controversia. De suerte, pues, que si las sentencias penales, que no pudieron ser ratificadas además porque este no fue un caso de prueba trasladada, fueron presentadas como prueba dentro del proceso contencioso administrativo, la parte demandada tuvo la oportunidad procesal para controvertirlas, durante el traslado y notificación de la demanda. Si no procedió a hacerlo no puede alegar en conclusión que se violó el principio procesal aludido y que debía desconocérseles todo valor probatorio".

"Por las mismas razones resulta erróneo el planteamiento de la sentencia de primera instancia cuando concluye que por revestir el proceso penal un carácter personal, debe descartarse de plano el cumplimiento de un servicio público por parte de éste y que, en consecuencia, no se configura responsabilidad del Departamento".

"Al respecto debe concluirse que la responsabilidad de ese Departamento fue concurrente con la de su subordinado y que por el hecho de habérsele condenado penalmente no se está eximiendo de responsabilidad indirecta a la Administración. Así como no le es dado al juez de lo contencioso administrativo desconocer el valor probatorio de una sentencia proferida por otro Juez de la República, en este caso de la jurisdicción penal, tampoco le es dado a éste, por cuanto escapa al ámbito de su jurisdicción y competencia, descartar que el hecho no se realizó en cumplimiento de un servicio público y que la Administración sea también responsable por los perjuicios ocasionados. Precisamente éste último aspecto, el de la responsabilidad indirecta por falla del servicio, es el que se debate en el presente proceso, pues el DAÑO producido en la persona del demandante por virtud de la comisión de un delito y la RESPONSABILIDAD PERSONAL del empleado público fueron ya demostrados en el proceso penal, hechos de los cuales las mencionadas sentencias penales constituyen plena prueba".

"2º LA FALTA O FALLA DEL SERVICIO".

"La parte demandada arguyó en el texto de la contestación de la demanda que 'no es responsable de las actuaciones de sus funcionarios, cuando no se encuentran en el cumplimiento y ejercicio de las funciones legales asignadas a su cargo...' Expresa, además, que el empleado conducía un vehículo de servicio oficial contra expresa prohibición legal, en un día domingo y no en desarrollo de una misión oficial".

"El representante del Ministerio Público coadyuvó la anterior argumentación expresando que 'con la expedición del Decreto 0820 de abril 11 de 1979 la Gobernación del Departamento del Valle, puso los *instrumentos a su alcance* para la debida protección de sus bienes y la de los ciudadanos y evitar los posibles daños y perjuicios que con ellos se pudieran ocasionar' ".

"Dichas partes concluyen que por las razones anotadas no es posible atribuir al Departamento del Valle del Cauca una responsabilidad por falla del servicio. La sentencia consiente en ello cuando refiere: 'No puede entonces predicarse negligencia u omisión del Departamento, pues con la expedición del Decreto mencionado cumplió sus fines la administración' ".

"La primera instancia del presente proceso concluyó, pues, bajo el entendido de que la Administración Pública debe proveer los mecanismos jurídicos que estén a su alcance, con el propósito de evitar perjuicios a los ciudadanos. Con ello se olvidó que cuando nuestra Carta Política señala, en su artículo 16, que las autoridades de la República están constituidas para proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos, no está indicando que con la disposición de medios jurídicos esa protección sea suficiente. No pueden serlo. ¿Qué son simples normas jurídicas sin su ejecución material, es decir sin el ejercicio del poder coactivo del Estado? Es posible argumentar que el simple dicho de la ley, en sentido material, es suficiente para cumplir con el cometido de la protección ciudadana aun cuando carezca de coercitividad?".

"Indudablemente esas respuestas son negativas, en especial cuando debemos referirnos a la *Rama Ejecutiva* del Poder Público, la cual precisamente deriva su nombre de su función de EJECUCION de las leyes y de las normas jurídicas en general. De suerte, pues, que no puede eximirse de responsabilidad a la Administración con el argumento de que expidió una norma jurídica que prohibía la consecución de una determinada conducta, puesto que a ella son exigibles, en forma absoluta, la disposición de los medios materiales a través de los cuales pueda ejecutarla y garantizar su cumplimiento. Si bastara con la expedición de normas legales, jamás la Administración podría ser condenada por la ejecución de hechos administrativos, operaciones administrativas y vías de hecho".

"¿Cómo puede bastar la expedición de una norma que prohiba la utilización de automóviles oficiales en horas no laborables, si no se dispone de los instrumentos materiales que garanticen su ejecución, tales como garajes, guardianes, candados, etc., y que impidan su uso indebido?".

"La falla del servicio en el caso *sub júdice* consistió, entonces, en una *omisión* de la parte demandada, en la FALTA DE CUIDADO Y DE CONTROL en una actividad 'peligrosa' como es la utilización de vehículos oficiales".

"Corrobora lo afirmado, lo sostenido por el tratadista Doctor Fernando Hinestrosa Forero, en su libro 'Derecho de Obligaciones', cuando analiza los alcances de la responsabilidad indirecta:

" 'El indirecto autor del daño responde siempre que su subalterno haya sido verdadero agresor y que el primero no haya podido evitar el suceso con la autoridad y cuidado que su posición le propone y exige emplear, sea porque resultaron fallidos sus esfuerzos, sea porque el caso no permitió ocuparlos' (página 647)".

"3º LA RELACION DE CAUSALIDAD".

"Cuando el mismo autor se refiere a la cuestión probatoria en los casos de responsabilidad indirecta, anota:

" 'En este caso como en todos los casos de responsabilidad común, la víctima debe suministrar prueba completa del daño recibido y de su valor y señalar las razones por las cuales atribuye su lesión al justificar su demanda contra quien considera guardián o superior del agente, lo que equivale a probar el nexo de dependencia que ata a los autores directo e indirecto'.

" 'Entonces, fuera de la relación causal que muestra la imputabilidad física, ha de establecer el vínculo de subordinación o imputabilidad jurídica'..."

"El nexo de subordinación entre el directo responsable de los perjuicios ocasionados al demandante y el Departamento del Valle del Cauca, ha sido probado ya dentro del proceso y reconocido expresamente por la demandada".

"De otra parte, la demandada se defendió argumentando que aun cuando el agente era uno de sus subordinados y el vehículo que ocasionó los daños al demandante era oficial, el funcionario se encontraba fuera del servicio y conduciendo en un día domingo. Entendió, equivocadamente, que el agente debía encontrarse en misión oficial y durante un día laborable para pretender derivar responsabilidad administrativa. ¿Acaso el agente abandona su calidad de servidor público y la Administración suspende sus controles y la labor de protección que le asigna la Constitución Nacional durante los días festivos y dominicales?".

"Como lógicamente debe inferirse, el nexo causal no puede estar determinado porque en el momento de sucederse el accidente y ocasionarse los perjuicios, el agente no se encontraba en misión oficial. Por el contrario: si se desempeña como un particular, ¿por qué conducía un vehículo de propiedad estatal que, por ser domingo y no haberse autorizado un servicio especial, debía encontrarse debidamente guardado en los edificios departamentales correspondientes?".

"Porque ante la ausencia de suficientes y eficientes seguridades materiales que le impidieran al funcionario la consecusión de lo que pudo haber sido una simple intención, éste logró utilizar el automóvil con el que más tarde ocasionó graves lesiones al demandante".

"Con base en las anteriores reflexiones es posible concluir sin dificultad alguna que, de haber desarrollado el Departamento del Valle del Cauca una *vigilancia adecuada y eficiente sobre sus propios bienes,* su subordinado no hubiera podido utilizar el vehículo oficial durante aquel domingo, con la obvia consecuencia de que tampoco se hubiera accidentado, ocasionándole tales perjuicios al demandante".

"En ello consiste, pues, el nexo de causalidad entre el daño, probado plenamente con las sentencias penales condenatorias, y la falla del servicio por omisión o negligencia, atribuible al Departamento del Valle del Cauca".

"4º LA PRESUNTA DOBLE INDEMNIZACION".

"De la lectura de la sentencia de primera instancia podría deducirse que en el caso controvertido se ha perseguido, ilícitamente, una doble indemnización de perjuicios. 'Habría una doble indemnización si con el mérito ejecutivo que presta la liquidación de los perjuicios del proceso penal se estuvieran persiguiendo los bienes del agente Muñoz y al mismo tiempo se persiguiera otra de parte del Departamento del Valle, o si no conforme con la liquidación que hizo el magisterio penal se persiguiera una mayor en el proceso administrativo. Pero ese no es el caso de nuestra demanda...' (Texto del recurso de apelación, páginas 5 y 6). Con menos razón se pretendió demostrar la existencia de otros perjuicios o de una cuantificación diferente, aspectos a que se refiere una de las sentencias transcritas en la de primera instancia y que, por esa razón, su cita resultó impertinente".

"Hubo sí dos procesos y se pretendieron dos condenas, pero de distinta naturaleza por comprometer dos responsabilidades también distintas, de entes diferentes, dándose concurrencia de una falta personal y una falla del servicio. De suerte que, de obtenerse la segunda condena, por encontrarse comprometida la responsabilidad indirecta de la Administración, la indemnización de perjuicios *sería la única* obtenida por parte del demandante y aquella obtendría la *subrogación* en el derecho a reclamar del agente directo (el funcionario condenado penalmente) la parte de la administración proporcional a su responsabilidad".

"Con base en las anteriores consideraciones, solicito que en la sentencia que ponga fin a la segunda instancia del proceso de la referencia, se revoque la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca a la indemnización de los perjuicios ocasionados al demandante, como consecuencia de haber incurrido en una falla del servicio" (fols 176 a 182 C. 1).

*III. Antecedentes*

a) La demanda inicial del litigio impetra las siguientes declaraciones y condenas:

"1. El Departamento del Valle del Cauca es responsable de los perjuicios morales y materiales causados al señor Edgardo Delgado Herrera el día 28 de noviembre de 1982, en un accidente de tránsito acaecido en la carretera que de Pradera conduce a Florida (V.), del cual fue declarado penalmente responsable el señor Eliécer Muñoz Arias, por ser éste empleado del citado Departamento con función específica de motorista y haber ocasionado el accidente con el vehículo de dotación oficial de propiedad de la misma entidad demandada".

"2. Como consecuencia de la anterior declaración, condénese al Departamento del Valle del Cauca al pago a favor del señor Edgardo

Delgado Herrera de las siguientes cantidades de dinero por concepto de perjuicios morales y materiales a que fue condenado el señor Eliécer Muñoz Arias en el proceso penal así:

| | |
|---|---|
| "Por perjuicios morales | $ 1.066.370.00 |
| Valor de un mil gramos de oro según certificación del valor del gramo de oro que obró en el proceso penal. | |
| Por perjuicios materiales | $ 18.242.338.00 |
| TOTAL | $ 19.308.708.00 |

"3. Condénese al Departamento del Valle del Cauca a pagar al señor Edgardo Delgado Herrera la suma adicional que resulte por concepto de intereses comerciales de la citada suma de DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL SETECIENTOS OCHO PESOS, desde el momento en que fueron liquidados los perjuicios en el proceso penal, hasta el momento en que se produzca el pago, dentro de las previsiones del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo".

"4. Condénese al Departamento del Valle del Cauca a pagar al señor Edgardo Delgado Herrera la suma adicional que resulte por concepto de corrección monetaria, según liquidación que se haga teniendo en cuenta los índices inflacionarios y de desvalorización de la moneda, desde el momento en que se dictó la sentencia condenatoria en el proceso penal y fueron liquidados los perjuicios, hasta que se efectúe el pago" (fols. 69 y 10 C. 1).

b) Los hechos fundamentales de la demanda, aparecen expuestos así:

"1. El día 28 de noviembre de 1982 se celebraba una cabalgata organizada por el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Pradera (V.), a la que concurrieron jinetes de otros municipios aledaños. Entre ellos viajaron de Florida, en sus respectivas cabalgaduras, los señores Edgardo Delgado Herrera —mi poderdante— y José Renaul Herrera y lo hicieron por la carretera central. Al cumplirse el evento estos dos caballistas intentaron regresar en horas de la tarde a su sede, por la zona verde de la misma carretera, hacia eso de las cinco y media".

"Cuando eran aproximadamente las seis y media de la tarde, los dos jinetes pararon a fumarse un cigarrillo. Estaban en esto sobre la margen derecha (para ellos) de la vía, cuando intempestivamente un campero que transitaba igualmente hacia Florida, se salió de la carretera, los arrolló, matando el caballo de uno de ellos —de Edgardo Delgado Herrera—, y causándole a él gravísimas lesiones personales que lo dejaron de por vida imposibilitado para la marcha y la aprehensión, pues le comprometieron la médula espinal a la altura de las vértebras cervicales. Al compañero sólo se le ocasionaron lesiones de menor importancia".

"2. La investigación penal fue avocada por el señor Juez Penal Municipal de Pradera. Después de agotados todos los trámites legales, se dictó sentencia condenatoria a un año, siete meses y cinco días de prisión, contra el motorista Muñoz Arias, fallo que fue confirmado por el señor Juez Quinto Penal del Circuito de Palmira. Esa sentencia, por lesiones personales, se ejecutorió".

"3. De conformidad con el artículo 26 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 208 del Código de Procedimiento Civil, se liquidaron los perjuicios materiales en incidente especial que se tramitó después de la sentencia en la cual se había hecho la condenación en forma genérica, dando como resultado la cantidad de DIECIOCHO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M/CTE.".

"El auto que decidió la primera instancia del mencionado incidente fue apelado y el señor Juez Quinto Penal del Circuito de Palmira lo confirmó en todas sus partes".

"4. Ya antes este mismo funcionario, en la sentencia de segunda instancia, había condenado al pago de los perjuicios morales, de conformidad con el artículo 106 del Código Penal, fijándolos en el equivalente en moneda nacional al valor de un mil gramos de oro. Según certificado del Banco de la República de 17 de enero de este año, que obró igualmente en el proceso penal cuando se iban a liquidar los perjuicios, el valor de un gramo de oro era de UN MIL SESENTA Y SEIS PESOS CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS, de manera que el valor de los mil gramos de oro es de UN MILLON SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS PESOS M/CTE.".

"El valor total de los perjuicios, pues, es por DIECINUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL SETECIENTOS OCHO PESOS M/CTE., según fallos ejecutoriados".

"5. El sindicado, hoy reo de la justicia, era conductor oficial de la Secretaría de Agricultura del Departamento del Valle del Cauca en el momento del accidente y un tiempo después. Fue nombrado mediante Decreto número 1275 de 31 de julio de 1978 de la Gobernación y se posesionó del cargo el día 11 de agosto del mismo año".

"6. Al ocurrir el accidente de tránsito, por supuesto, el vehículo pasó a órdenes del juez instructor. El señor Rafael Pinedo Salazar, Jefe de la División Muebles e Inventarios de la Gobernación, dirigió un memorial al señor Juez en el cual dice:

" 'Comedidamente solicitamos a ustedes se sirvan ordenar la entrega del vehículo oficial de placas ON 5193 de propiedad del Departamento del Valle, al señor Eliécer Muñoz, portador de la cédula de ciudadanía número 6.455.679 de Sevilla, Valle, motorista de la Secretaría de Agricultura y Fomento' ".

"Esa nota está fechada el 9 de diciembre de 1982, o sea varios días después de acaecido el siniestro".

"Se comprueba cómo, lejos de imponérsele una sanción de cualquier tipo por su mal proceder al motorista, se le da respaldo y se ordena que se reciba una vez más el vehículo oficial".

"Por lo demás, el señor Plinio Cerón, Jefe de Personal y Relaciones Laborales de la misma Secretaría, en coadyuvancia a la solicitud, también se dirigió al Juez Municipal de Pradera para enviarle —sin solicitud de éste— copia del decreto, del acta de posesión y certificado de ejercicio del cargo, con fecha 29 de diciembre de aquel año, es decir, un mes después de ocurridos los hechos".

"7. Igualmente obró en el proceso penal el documento expedido por el Departamento Administrativo de Transporte y Tránsito (CATT) que acredita la propiedad que tiene sobre el vehículo campero marca Toyota, de placas ON 5193 del Departamento del Valle del Cauca. Este fue el vehículo con el cual se causó el accidente" (fols. 70 a 73 C. 1).

c) El escrito demandatorio, expone, bajo el *'acápite'*, 'FUNDAMENTOS DE DERECHO', lo que sigue:

"1. El artículo 103 del Código Penal dice: 'OBLIGACION DE LA REPARACION DEL DAÑO. El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales que de él provengan. Esta obligación prevalece sobre cualquier otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho y aún respecto de la multa' ".

"Así se consagra el principio general de derecho penal que da carácter de derecho público a la obligación de indemnizar; y esta obligación goza de prevalencia".

"Por supuesto tal disposición tiene su origen en el artículo 2341 del Código Civil".

"2. Según el artículo 24 del Código de Procedimiento Penal, la acción civil proveniente del hecho criminal se ejercitará por él o los perjudicados, o sus herederos, dentro del proceso penal. Ese mismo código regula todo el procedimiento concerniente a la liquidación o tasación de los perjuicios, tanto en el orden moral como en el material; y por mandato expreso del artículo 27 *ibídem,* 'la sentencia ejecutoriada proferida en proceso penal, prestará mérito ejecutivo ante el Juez civil para obtener el pago de la indemnización de perjuicios' ".

"Contra esa decisión ejecutoriada no cabe ninguna revisión, y como única excepción a esa regla general, establece la misma norma citada el derecho exclusivo de los perjudicados que no hubieren intervenido en el proceso como parte civil y que no estén de acuerdo con la fijación de los perjuicios, para acudir en revisión ante el juez civil. Nadie más tiene derecho a revisar".

"3. Quiere lo anterior decir, honorables Magistrados, que la condenación al pago de los perjuicios morales y materiales y la liquidación de los mismos que hiciera a favor de mi patrocinado la justicia penal, no puede ser revisada y presta mérito ejecutivo contra Eliécer Muñoz Arias".

"4. Por orden expresa del artículo 28 del código que veníamos citando, 'Cuando el sindicado haya sido condenado en el proceso penal como responsable de una infracción, no podrá ponerse en duda en el proceso penal como responsable de una infracción, no podrá ponerse en duda en el proceso civil (o en cualquier otro proceso, agregamos con analogía). La condena, en todos los órdenes, pertenece al ámbito de la cosa juzgada' ".

"5. El artículo 105 del Código Penal, dice: 'QUIENES DEBEN INDEMNIZAR. Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar' ".

"La primera parte de esta norma consagra el hecho simple de la responsabilidad, de manera solidaria, de los responsables de la infracción, si son varios. Si es uno, a él corresponde tal obligación. Pero el código va más allá. La segunda parte de la norma vincula de manera precisa la responsabilidad de aquellas personas que, según la ley, deben responder por el hecho ajeno. Evidentemente extiende los efectos de la sentencia condenatoria, en el área de los perjuicios, a las previsiones de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, no obstante que los obligados por las dos últimas ordenaciones legales no hayan sido parte en el proceso penal".

"Podría pensarse acaso que un mandato legal de tal género vulnera el canon constitucional que ordena que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, ante el tribunal competente y observando la plenitud de las solemnidades propias de cada juicio —artículo 26 C. N.—, y consiguientemente, si el responsable por otro no ha sido parte en el proceso penal, la sentencia que se dicte en éste no puede obligarlo. Y a tal objeción es preciso contestar que no, porque el enfoque es diferente. El problema declarativo de la responsabilidad por el hecho ajeno corresponde evidentemente a otro proceso en el cual sea parte el tercero obligado por definición legal. Pero, una vez declarada esa responsabilidad, éste tendrá que subrogarse absolutamente en todas las obligaciones, o mejor, en la totalidad del monto de los perjuicios a que ha sido condenado aquél por cuyo hecho debe responder".

"En otros términos, establecida en juicio la responsabilidad de reparar por otro, esa reparación debe ser por todo aquello a que éste esté obligado, y desde el momento en que fue obligado. Tal es el alcance del artículo 105 del Código Penal, como corresponde al respeto que debe tenerse por una sentencia —la penal— ejecutoriada".

"Por lo mismo, es vedado al tercero que deberá responder por otro, discutir: por un lado la responsabilidad penal de éste, y por el otro la responsabilidad civil y el monto de los perjuicios que hubiere hecho la justicia del ramo penal. El obligado por otro no tendrá más derechos que los que tiene la persona por cuyos actos debe responder. Y el reo, ya se ha visto, carece del derecho de revisión de lo determinado por aquella".

"Unicamente, pues, en el proceso que propongo deberá discutirse si el Departamento del Valle del Cauca está obligado o no a responder por su motorista Eliécer Muñoz Arias. Pero no podrá intentarse, sin vulnerar el orden jurídico, revisar la sentencia penal en ninguna de sus partes ni la liquidación de los perjuicios que se hiciera de conformidad con el procedimiento vigente".

"En consecuencia reconocida aquella obligación de responder por el hecho ajeno, deberá responder por todo lo que obligue a su dependiente".

"6. Este mismo criterio ha sido fijado por el Consejo de Estado en fallo de 22 de noviembre de 1982, Sección Tercera, Consejero ponente: Doctor Eduardo Suescún. Dice así:

" 'La sentencia penal en cuanto a la condena y en cuanto a los hechos que la fundamentan prueba contra todos, porque es producto

de una acción típicamente pública, distinta a la acción interpartes del derecho privado. La responsabilidad de un condenado y los hechos que causaron la infracción declarados en una sentencia penal ejecutoriada, no pueden ser puestos en duda por nadie porque ha sido el Estado mismo, a nombre y en interés de la sociedad el que ha adelantado y fiscalizado el proceso y la jurisdicción especializada la que lo ha fallado".

*"II. La 'culpa in vigilando'"*

"7. El artículo 2347 del Código Civil, instituye la responsabilidad por el hecho ajeno. En igual sentido habla el 2349. Esta figura, originaria del derecho romano, poco ha variado en el tiempo. El patrón respondía por la culpa y daño de su sirviente y subordinado y el amo por los de su esclavo. La razón estuvo en la denominada *'culpa in eligendo'* o sea la falta cometida al no escoger o elegir al personal adecuado para desarrollar determinada actividad; y la *'culpa in vigilando'*, o falta del estricto control o vigilancia sobre tal subordinado, que le hacía partícipe del delito o *cuasidelito* cometido por éste, que infringía daño a otro".

"La doctrina moderna ha modificado un poco los conceptos. Existe hoy la tendencia a no considerar la *'culpa in eligendo'* del patrono o empresario, sino que sólo se exige la dependencia o subordinación del agente o representante, y el poder de dirección que sobre el mismo tenga aquel. El poder de dirección supone el deber de vigilar estrechamente la actividad desarrollada por el dependiente o subordinado; de ahí que si éste, en el ejercicio de la actividad que se le ha confiado comete culpa que ocasione daño a otro, el acto omisivo de no haber atendido a la obligación de control o vigilancia por parte del patrono compromete indefectiblemente su propia responsabilidad y queda obligado de derecho a responder por los perjuicios ocasionados al tercero. Por lo demás, esta obligación está amparada con una presunción de *'juris tantum'*".

"El Departamento del Valle del Cauca debe responder por la culpa de su dependiente Eliécer Muñoz Arias porque:

"a) Fue nombrado por decreto y se posesionó, para ejercer el cargo de motorista de la Secretaría de Agricultura, estableciéndose una relación de subordinación de su parte, y de dirección sobre él de parte de ésta".

"b) Este subordinado cometió delito que produjo daño al señor Edgardo Delgado Herrera, en su función de motorista y con el vehículo que se le confió".

"El Departamento demandado cometió culpa al no establecer los controles debidos, o al no hacerlos efectivos, si los hubiere, para impedir que su subordinado, si no estaba en función oficial, dada la hora, anduviera con el vehículo en el momento del accidente".

"Es allí en donde se ubica la *'culpa in vigilando'*. Pero, si esto fuere poco, ocurrida la falta, el Jefe de la División de Muebles, Seguros e Inventarios —como ya se vio— solicitó al juez que conoció la investigación que le entregara el automotor al mismo motorista, para que siguiera conduciéndolo. En este acto de confianza de la Administración debe descubrirse una ratificación a su conducta".

*"III. Los intereses y la corrección monetaria"*

"Reiteradamente la Corte y el Consejo de Estado, con un criterio de indudable equidad, han venido reconociendo, sobre las sumas de dinero concretas que son materia de persecución judicial, la corrección monetaria. Esto porque el dinero del año 84 valdrá más que el del año 85, y si éste se cuenta la misma cantidad de numerario, la cifra será inferior a lo adeudado realmente, con lo cual se establecería un empobrecimiento o un recorte de los derechos del acreedor injustificado".

"En el presente caso cumple hacer la dicha corrección en la forma solicitada en la súplica tercera de este libelo, pues bien se ha dejado analizado cómo, al reconocerse la responsabilidad del demandado por el hecho ajeno, éste debe asumir en su totalidad la obligación clara, expresa y actualmente exigible que a virtud de sentencia judicial existe de parte de su agente o subordinado a favor de mi poderdante".

"Igual ocurre con los intereses. La norma del artículo 177 del Código Contencioso —que por analogía debe extenderse— fija el criterio de que el pago de los intereses de las sumas debidas provenientes de sentencias, deben ser intereses comerciales. Por lo mismo, tal tipo de rendimiento ha de ser el que se reconozca en la sentencia que ponga final a este proceso, pues, no sobra repetirlo, aquí se trata de demandar una suma cierta e indiscutible, fijada por la autoridad judicial, con arreglo a procedimientos legales".

"8. También es aplicable el artículo 2356 del Código Civil" (fols. 74 a 80 C.1).

*IV. El concepto fiscal*

La Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal 2ª de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"El libelo anterior fue estructurado como una especie de demanda en juicio ejecutivo para hacer efectiva la condena de la sentencia penal, pero de ninguna manera contiene las mínimas exigencias de lo que debió ser una demanda de responsabilidad extracontractual ante la jurisdicción contenciosa administrativa".

"La razón que se expone en la demanda para solicitar que se declare la responsabilidad del Departamento del Valle del Cauca, es solamente la sentencia penal que condenó al conductor Muñoz Arias, empleado del Departamento. Cuando lo procedente hubiera sido plantear y probar la falla de la Administración en la prestación del servicio público, en el supuesto de que ese hubiera sido el fundamento de la acción, como al parecer se desprende de los hechos narrados en la demanda; probar además los daños que la actuación de la Administración o la omisión, según el caso, le produjo al actor y finalmente la relación de causalidad existente entre los dos elementos anteriores".

"En el caso presente, tanto el Fiscal del Tribunal, como la sentencia misma, encuentran que no fue suficientemente probado el primero de los elementos exigidos para esta clase de acciones, cuando en realidad el actor no estructuró su demanda en la responsabilidad extracontractual y por tanto no mencionó en ella la llamada falla del servicio,

menos aún puede pensarse pues que durante el trámite se haya preocupado por probar esa falla o falta del servicio".

"Olvidó el actor que los presupuestos que se exigen para la prosperidad de las acciones de responsabilidad extracontractual contra el Estado tienen identidad propia y son independientes de las acciones penales. Ante esta jurisdicción era indispensable establecer plenamente la responsabilidad de la Administración, ya fuera porque su actividad hubiera sido defectuosa o porque no existió tal actividad habiendo debido existir, siempre en desarrollo de un servicio público al que no se supone estaba obligado a prestar la Administración".

"Tenemos pues que la forma en que fue formulada la demanda es imposible entrar al fondo del problema planteado".

"Por las razones expuestas, esta Agencia del Ministerio Público solicita a la Honorable Sala que la sentencia apelada sea revocada y en su lugar se declare la ineptitud sustantiva de la demanda" (fols. 187 y 188 C. 1).

*V. Consideraciones de la Sala*

a) *La responsabiliadd del Estado.*

Dada la peculiar manera como aparece propuesta la demanda con que se ha iniciado este proceso, resultan necesarias las siguientes consideraciones:

1. Hasta 1898 (octubre 20), la jurisprudencia nacional no reconocía la responsabilidad aquiliana de las personas morales; fueran ellas de derecho privado o de derecho público, pues, es lo cierto que ni el Código de Napoleón, ni el Código de Bello, ni legislación alguna del siglo pasado, reconocieron tal responsabilidad.

Es en tal año que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia aludida, reconoce que las personas morales, sean de derecho privado o de derecho público, pueden ver comprometida su responsabilidad, en forma indirecta, por la culpa de sus agentes o de sus subordinados, a tenor de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, con base en la *"culpa in iligiendo"* o en la *"culpa in vigilando"*.

Se repite esta tesis en diversas sentencias, entre otras en las de julio 19 de 1916, 17 de junio de 1938, mayo 12 de 1939, junio 30 de 1941, noviembre 26 de 1941, febrero 25 de 1942, octubre 28 de 1943, agosto 27 de 1943, abril 20 de 1944, noviembre 5 de 1952, julio 4 de 1957 y febrero 2 de 1959, sin que sobre agregar que la misma responsabilidad indirecta aunque también se hable de la responsabilidad por "fallas del servicio", fue admitida en sentencia de 30 de junio de 1941 y marzo 3 de 1942.

Tal responsabilidad, se configuró jurisprudencialmente, así:

a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas;

b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;

c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;

d) Existe, además, una responsabilidad personal del autor de daño frente a la víctima;

e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;

f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años, contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de *cuasidelitos;* y

g) Le sirven de arraigo a esta doctrina especialmente, los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil que tratan de responsabilidad indirecta por los hechos llamados "ajenos".

2. Por considerar entre otras cosas que la calidad de ficticias de las personas jurídicas no permite establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal, que se confunden en la actividad de la gestión, a partir de la sentencia de casación de agosto 21 de 1939, comenzó a abandonarse paulatinamente, sin que, como se vio, dejara de reiterarse en otros fallos, la tesis de responsabilidad indirecta y se afirmó la directa del artículo 2341 del Código Civil.

Así aparecen, entre otras sentencias, las de noviembre 18 de 1940, julio 10 de 1942, abril 7 de 1943, mayo 26 de 1944, noviembre 28 de 1944, abril 18 de 1945, abril 11 de 1946, septiembre 30 de 1946, octubre 30 de 1946 y octubre 18 de 1950.

Tal doctrina se expresó así:

a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualquiera que estos sean, es su propia culpa; subsiste por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia, diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos "ajenos" de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales, y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de estos fundadas en dichas obligaciones;

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito) hecho de terceros o culpa de la víctima;

d) Responden del daño solidariamente, la persona jurídica y autor, y aquella puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima;

e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil fundamento general de la responsabilidad extracontractual.

La tesis anterior, en sentencias posteriores, sufrió dos modificaciones:

a) En relación con las personas morales tanto de derecho privado como de derecho público, se adoptó la *"tesis organicista"*, según la cual, los agentes de la persona moral se dividen en representantes legales, directores o depositarios de la voluntad de la misma, cuyos actos y omisiones se confunden con los actos y omisiones de la persona moral y por eso ésta responder al tenor del artículo 2341 del Código Civil, como hechos u omisiones propios, es decir, se configura la responsabilidad directa y en auxiliares o dependientes o subalternos que, por sí solos, no comprometen jurídicamente al ente moral y por cuyos actos y omisiones, responde la persona moral, en forma indirecta, por el hecho ajeno, conforme a los artículos 2347 y 2349 del Código Civil.

b) La segunda modificación, toca con el advenimiento de la tesis de "la falla del servicio" o "falla de la administración", consecuencia de la nueva concepción —para entonces— del Estado como empresario de servicios públicos, cuya responsabilidad se compromete no por la culpa de sus agentes o subordinados —criterio subjetivo— sino por la simple falla, irregularidad o ineficiencia en la prestación del servicio, por lo que la falla es objetiva, orgánica, funcional o anónima.

Así aparece por primera vez, en sentencia de casación de agosto 21 de 1939 y es reiterada en casación es de 30 de noviembre de 1942, abril 7 de 1943 aun cuando en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 27 de agosto de 1943, revivió la tesis de la responsabilidad indirecta y en la de 15 de mayo de la misma Sala, introdujo la tesis organicista, pero la tesis de la "falla del servicio" aparece en numerosas decisiones, como son, entre otras, las de febrero 21 de 1947, julio 9 de 1948, octubre 18 de 1950, febrero 24 de 1953, julio 7 de 1953 y agosto 13 de 1953, no obstante que se apoya en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil sobre responsabilidad por el hecho ajeno.

Y se edificó tal tesis, sobre las siguientes bases:

a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la "falla del servicio", o culpa de la administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

d) En descargo de la administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito, hecho de un tercero o culpa de la víctima);

e) Si el daño de la víctima se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mis-

mas, la administración y el agente responden solidariamente al damnificado con derecho al reembolso en favor de aquella;

f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo;

g) La acción indemnizatoria contra la administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa; y la acción contra el agente determinado, si la hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil; y

h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil base de la responsabilidad extracontractual directa.

3. Esa era la situación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta el 30 de junio de 1962, en que en sentencia de casación civil, se dijo:

"26. Tales consideraciones han llevado a la Corte a revaluar las antedichas tesis y de preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la administración, la de las 'fallas del servicio' caracterizado por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos (véase en el mismo sentido la sentencia de la Sala de Negocios Generales de esta fecha).

"La cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil sobre responsabilidad por el hecho producido en actividades peligrosas, respecto de las cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a la víctima de probar la culpa, para contrapesar la desventajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción caracterizada por la peligrosidad o en cuyas funciones —como acontece con el Estado— figuren algunas de esta naturaleza.

"27. Estos, los motivos de dicha preferencia:

"1º Los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, hablan de la responsabilidad indirecta, que es la originada, no en los actos propios o personales, sino en los ejecutados por otras personas, de quienes están llamadas a responder las ligadas a ellas según la ley.

"Por consiguiente, para responder por las acciones de otro, ha de haber un vínculo, razón de ser de tal responsabilidad. Tal vínculo debe proceder, de acuerdo con aquellas normas:

"a) De las relaciones de familia, por ello el padre, y a falta de éste la madre, es responsable de hechos de los hijos menores que habitan en la misma casa;

"b) De las relaciones de guarda, y así el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado;

"c) De las relaciones a que da lugar la educación, en virtud de las cuales los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado; y

"d) De las relaciones de trabajo, con motivo de las cuales responden los artesanos o empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, mientras están bajo su cuidado; así como los patronos del daño causado por los empleados domésticos, con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos.

"28. De los vínculos entre la persona de derecho público o privada; que es ente jurídico con personalidad propia, con capacidad esencial y de ejercicio, de acuerdo con su constitución y sus agentes, no puede decirse lo mismo que predican dichas disposiciones de los sujetos que se hallan ligados entre sí por los nexos antes referidos. No están los agentes bajo la dependencia, ni tampoco al cuidado de la entidad moral como sí se hallan el hijo, el pupilo, el alumno, el aprendiz, el sirviente, el empleado doméstico, en relación con sus padres, guardadores, directores de los institutos y de enseñanza, maestros y patronos, y estas personas se descargan de la responsabilidad que les incumbe probando no haber podido evitar el daño con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe", se ve claro que ello es inaplicable a las personas jurídicas y es, por tanto, improcedente instituir una responsabilidad y unas presunciones de culpa con base en deberes inexistentes. De lo cual se infiere que sin las dichas presunciones *in eligendo* e *in vigilando*, la responsabilidad indirecta no se sostiene, y la directa no las requiere. Por otra parte, la fusión vital entre la persona jurídica y sus agentes presentan, peculiares caracteres que tampoco cuadra a ellos una responsabilidad por los "hechos ajenos".

"La doctrina general ha formulado serios reparos a la forma indirecta de la responsabilidad de las personas morales, motivo por el cual dicha forma puede considerarse ya fenecida, en lo que atañe a tal especie de la persona (V. Josrand. Cours de Droit Civil. T. II, Nº 510, 10ª ed.).

"29. La tesis organicista de la división de los agentes, en funcionarios, órganos y subalternos, auxiliares, para que la persona jurídica responda de manera directa sólo de la culpa de los primeros y de modo indirecto por las de los últimos, es artificiosa e inequitativa.

"Lo primero, porque no hay un motivo bastante a demostrar que es lógico distinguir entre unos y otros agentes y varía en consecuencia la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos que aquellos ejecuten en desempeño de sus funciones; todos ellos cooperan al logro del fin colectivo, cualesquiera que sean sus calidades y oficios, y de todos depende el funcionamiento y realización de los fines del ente moral.

"La identidad alegada entre los órganos de la persona física y los agentes de la jurídica, a quienes corresponde la dirección o representación de la entidad, va siendo revaluada. 'No habría que concluir, desde luego, en la identidad de los órganos de una persona moral con los órganos de una persona física; existe entre los unos y los otros una posición de naturaleza: el órgano de la persona moral es asiento de la voluntad que la dirige, en tanto que los órganos de las personas físicas son los instrumentos inconscientes de una voluntad que los mueva

(Planiol, Ripert y Savatier, Traite Practique de Droit Civil Francaise. T. VI, número 93). Y haciendo referencia concretamente a la responsabilidad de lo entes morales, agregan estos tratadistas que «la distinción del órgano» y del agente desde el punto de vista de la responsabilidad civil parece inútil... Además, empleando un órgano, es necesario que el agente haya obrado en el ejercicio de sus funciones, sin que haya de darse a esta expresión dos sentidos diferentes según el caso'. Waline destaca —como es sabido—, las dificultades que rodean la calificación jurídica de los órganos de la entidad moral, dificultades que conlleva otras tantas para aplicar la concepción organicista.

"En lo que atañe al Estado, y H. L. Mazeaud dicen que 'todo agente de la administración, así sea subalterno (subraya este fallo), es un representante de la Nación... Poco importa la calidad del autor del hecho, funcionario, empleado auxiliar o dependiente de la administración' (La responsabilité civile. T. III, 2008 y 2009). Duguit aclara que 'cualquiera que sea el agente, el órgano administrativo de quien emane el acto, compromete la responsabilidad pública, ya emane de la más alta autoridad, el Presidente de la República, personificando el Gobierno, ya del más humilde de los funcionarios. Masa homogénea de agentes públicos, llama Chapues al personal de los servicios públicos' (Responsabilité publique et Responsabilité privée, número 205).

"30. La persona natural obra por sí y en razón de sí misma goza no sólo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos, con igual aptitud para obligar directamente a la entidad a que personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes, sin los cuales no pasaría de ser una abstracción.

"Por eso se ha dicho que su voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, sin la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, a través de la 'incorporación' de estos en aquella —apelando a un vocablo en uso— constituye un todo indivisible, que no admite tal discriminación.

"Y por ello la tesis organicista es también inequitativa. O todos los agentes, cualesquiera que sea su posición, atribuciones y tareas, son órganos, con igual aptitud para obligar directamente a la entidad a que pertenecen, por los actos culposos que ejecuten en el desempeño de sus cargos, con apoyo en el artículo 2341; o ninguno lo es, para que la responsabilidad sea simplemente indirecta, con respaldo en los artículos 2347 y 2349; pero como tal conclusión es también inadmisible en esta hora, es la equiparación de todos los agentes el resultado que se impone, ya que, además, su clasificación práctica presenta serios tropiezos.

"31. De lo anteriormente expuesto fluye la inaplicabilidad de la tesis de la responsabilidad indirecta, por el 'hecho ajeno' y del mismo modo, la organicista, construida sobre tan improcedente discriminación.

"En cambio, el problema se desata en forma satisfactoria, desde el ángulo de la persona jurídica privada, mediante la tesis de la responsabilidad directa, en una palabra, por ser los actos de los agentes, sus propios actos, tesis cuyos caracteres quedaron determinados en el numeral 15 de esta providencia.

"32. En lo que se refiere a la responsabilidad del Estado, la tesis de las 'fallas del servicio público' o culpa de la administración, se

inspira en el deber primordial de la entidad pública, de suministrar a los asociados los medios conducentes a la efectividad de sus derechos, esto es, a la consecución de sus fines. Tal es el objeto de una organización de hombres sobre un territorio determinado, con autoridades y leyes propias. Aquellos medios no son otra cosa que los servicios públicos, de cuya eficacia dependen la verdad práctica de esos derechos y la realización cierta de tales fines. De modo que si en la prestación de dichos servicios llegan a causarse daños, es el Estado quien debe responder de ello, no como fruto de la presencia de un hecho específico de alguno o algunos de sus agentes identificados, sino como secuela de la falla que se haya producido.

"Cuando la persona jurídica privada debe reparar el daño inferido por uno de sus agentes, no lo hace como la administración, en virtud de aquel deber fundamental; por ello, esa responsabilidad no puede provenir sino de la culpa de un agente concreto. Mas, si el daño se produce en un servicio público, la responsabilidad se origina en último análisis, en el supradicho deber primario del Estado, causa eficiente, por tanto, de la referida responsabilidad.

"Lo anterior desde el punto de vista sustancial, mirado a la finalidad del Estado. Invocan igualmente tanto los autores, como las decisiones de Tribunales de otros países, así como el fallo de esta Corte de 30 de junio de 1941 (LII, 1977, 117), entre otros, y con el cual se restauró el criterio de las fallas del servicio público, los principios imponderables de la equidad y de la igualdad ante la ley, reguladores de las relaciones humanas y entonces apenas sí es elemental que dentro de una noción de solidaridad social sea reparado el daño por el Estado que ocasionen esas fallas.

"33. La noción de culpa subsiste, pero se desplaza de un sujeto individual al Estado, por razón del deber referido, de suerte que donde quiera que tales prestaciones fallen con la consecuencia de un daño, la administración habrá dejado de cumplir 'deberes sociales' e incurrido, por consiguiente, en responsabilidad. Y en mérito de la gravedad y trascendencia de dichos suministros, puesto que de ellos depende la convivencia social y la posición de los bienes espirituales, morales y materiales que permitan al hombre el alcance de sus aspiraciones y fines, se impone la presunción de culpa en el Estado, como sucede, por ejemplo, en la responsabilidad que caracteriza las actividades peligrosas (art. 2356). Tal presunción no puede desvirtuarse, en consecuencia, sino probando el caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa de la víctima. Todo lo cual enseña que no se trata de una responsabilidad 'objetiva'. La responsabilidad estatal a estos respectos tiende a generalizarse a manera de seguro permanente o con respaldo en la teoría del 'riesgo creado', a favor de los particulares, por los quebrantos que sufran con ocasión de las irregularidades de los servicios públicos, comprendidos naturalmente los casos fortuitos; los hechos de terceros y aún la culpa del damnificado —excluido el dolo. Mas la jurisprudencia nacional no cuenta con el germen legal que le permita llevar a estos confines el horizonte de la responsabilidad extracontractual de la administración.

"La Corte tiene descartada la teoría del 'riesgo creado' como forma de solución de los conflictos tocantes a la responsabilidad originada en

actividades peligrosas como dan testimonio los fallos de diciembre 9 de 1936 (XLIV, 1918, 412), noviembre 18 de 1949 (L, 1964, 439), febrero 14 de 1941 (L, 1966, 739), mayo 30 de 1941 (LI, 1973, 527), abril 20 de 1944 (LVII, 2006 a 2009, 148) y abril 30 de 1947 (LXII, 20-48, 338).

"34. La tesis de las 'fallas del servicio público'; se encuentra sintetizada en el numeral 19 de la presente sentencia. La Corte considera conveniente precisar la materia a que se refiere el punto g) acerca de la prescripción de las acciones, tomando en cuenta lo que en algunos fallos tiene resuelto.

"a) La acción por el daño, contra la administración trátese de fallas imputables al hecho delictual o cuasidelictual de un agente determinado, o de fallas orgánicas, funcionales y anónimas, prescribe con arreglo al derecho común, en veinte años.

"El Estado como entidad jurídica que es, no puede incurrir en ilícito penal y por ello no le es aplicable el artículo 2358 del Código Civil fuera de que el sentido y trascendencia de los servicios públicos y la función estatal que ellos representan, no justificarían que tal medio extintivo de la responsabilidad del Estado se sometiera a reglas de excepción como son las que trae el citado precepto; por el contrario, son las generales, en ausencia de un ordenamiento especial, las que mejor consultan el interés social de reparar el daño inferido a otro.

"b) La acción de reparación contra el agente determinado, si por culpas civiles, se extingue en el mismo término, ya que tampoco hay norma de excepción al precepto; y sí de hechos punibles, en el mismo lapso de prescripción de la pena, según el inciso primero del indicado artículo 2358. De lo cual se colige que la prescripción de tres años de que trata el inciso segundo de esta disposición, solamente obra en los casos de responsabilidad indirecta, de conformidad con el artículo 2347; esto es, en favor de las personas bajo cuyo cuidado o dependencia se encuentran las causantes del daño proveniente del ilícito penal.

"35. Debe agregarse que, controvertido, como ha sido el fenómeno positivo del sistema que finca la responsabilidad del Estado en la prestación inadecuada, errónea o irregular de los servicios públicos (V. Eustorgio Sarria, Tratado de Derecho Administrativo General, pág. 255 y ss. año 1961). La Corte lo ha encontrado hasta ahora en el citado artículo 2341 del Código Civil porque como lo ha dicho repetidamente, este precepto 'ha consagrado una obligación general de indemnización, con respecto a todas las personas, sean físicas o morales, y el Estado, proceda como ente político o civil debe someterse al derecho (sentencia de marzo 2 de 1948, LXIII, 2057 y 2058, 397), y lo halla hoy, además, en el artículo 16 de la Carta, porque entre los deberes sociales del Estado' sobresale el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes, así que fallando éstos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño.

"La inexistencia de un texto legal que estatuya concretamente la responsabilidad aquiliana de las entidades jurídicas y la especial de la administración por las fallas del servicio, no fue óbice a la jurisprudencia, guiada particularmente por la ley de las disposiciones del derecho común, ahora, así mismo, en el dicho artículo 16 de institucional

significado. Porque donde quiera que rija un texto como el artículo 8º de la ley 153 de 1887, no faltará la norma que señale al juez el camino de la justicia y del perfeccionamiento de la jurisprudencia" (Diario Jurídico, año X, volumen XII, número 593, octubre 6 de 1962).

La importancia de la sentencia anterior estriba en el acopio ordenado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, desde el siglo pasado, sobre las diversas teorías, sobre responsabilidad extracontractual del Estado, su análisis crítico y el esfuerzo por encontrar como base definitiva de la responsabilidad estatal, la falla del servicio, aunque, como se ve, no logró emanciparse totalmente de las normas positivas del Código Civil, quizás, por un temor, para entonces persistente, de dar por suficientes las disposiciones de la Constitución Política, para todos los efectos.

Como puede verse, aunque es un verdadero avance jurisprudencial sobre la naturaleza de la responsabilidad extracontractual, se resiente, sin embargo, de su exagerado criterio civilista al mantener la noción "de la falla de la Administración" como sinónimo de culpa de esta y al buscar apoyo en el artículo 2341 del Código Civil, aunque cita igualmente, el artículo 16 de la Constitución Política.

5. Por lo que respecta al Consejo de Estado, ya desde el 29 de julio de 1947 (actor: El Siglo S. A.) comenzó a analizar y estructurar las distintas fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado y dándoles respaldo en la Constitución Política aunque no se libera de la cita del articulado del Código Civil.

En numerosas sentencias se va delineando la teoría de la responsabilidad administrativa como responsabilidad de derecho público, basada fundamentalmente, en la falla del servicio como fuente común u ordinaria de la misma, en forma objetiva como irregular o ineficiencia del mismo, por lo que no es necesario buscar un agente determinado para predicar de él su error, negligencia o improvidencia —como lo requería la culpa como fenómeno subjetivo— sino que la falla puede ser funcional, orgánica o anónima como fenómeno objetivo.

6. Ese largo desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado, culmina con la sentencia de 28 de octubre de 1976 (actor: Banco Bananero) en forma que ya definitivamente se afirma la Constitución Política como fuente única de la responsabilidad extracontractual del Estado y expresamente se abandona, por inútil, el articulado del Código Civil.

"a) La responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser estudiada y decidida a la luz de las normas del Código Civil y se abandonan, por inútiles e inconvenientes, los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia nacionales, por encontrar en dicho estatuto, mediante inteligentes y sutiles teorías las fuentes del derecho positivo, determinantes de la responsabilidad estatal, en materia extracontractual, sus modalidades y alcances.

"Dicha responsabilidad encuentra su respaldo jurídico en las normas de la Constitución Política, especialmente, en las que conforman el Título Tercero de dicho estatuto, que trata 'De los Derechos Civiles y Garantías Sociales', constitutivos del objetivo fundamental de la organización de la Nación como estado de derecho y de sus autoridades

como personeras del mismo, guardianes de su integridad y ejecutoras de aquellos ordenamientos tutelares de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos, fines justificativos de la organización y funcionamiento del Estado y del sostenimiento del conglomerado humano a sus poderes exorbitantes.

"Y entre tales normas, la jurisprudencia ha hecho rendir, mediante profundo análisis de su contenido filosófico, jurídico y político, todas sus consecuencias a las previsiones contenidas en los artículos 16, 20, 21, 39, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51, que aparecen hoy, por reiteradas decisiones de la corporación, como soportes jurídicos principales de la responsabilidad extracontractual de la administración, lo mismo que sus desarrollos legislativos contenidos en el Código Contencioso Administrativo tales como los artículos 62 y ss., 67, 68 y 69, entre otros; y las normas del Decreto legislativo 528 de 1964, artículos 20, 28, 30, 32, entre otros, además de las leyes especiales sobre la materia".

b) *El caso concreto.*

1. La demanda, como atrás se vio, hace un análisis jurídico sobre el valor de la sentencia penal frente a terceros, la obligatoriedad de la condena por perjuicios proferida en la sentencia frente al procesado como frente a quienes deben responder por él, todo —según el libelo demandatorio— de conformidad con los artículos 26 a 30 del C. de P. P. y 103 a 105 del Código Penal.

2. Todo lo anterior le permite concluir al demandante:

*"Unicamente, pues, en el proceso que propongo deberá discutirse si el Departamento del Valle del Cauca está obligado o no a responder por su motorista Eliécer Muñoz Arias. Pero no podrá intentarse, sin vulnerar el orden jurídico, revisar la sentencia penal en ninguna de sus partes ni la liquidación de los perjuicios que se hiciera de conformidad con el procedimiento vigente.*

3. El *thema probandum* del presente proceso fue, pues, expresa y categóricamente delimitado por el actor a la prueba, en los términos de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, de que el Estado debe responder por sus agentes, bien por *"culpa eligiendo"* o por *"culpa in vigilando"*.

4. No se afirma, ni se insinúa, siquiera, en la demanda, la existencia de *"una falla del servicio"* o de *"una falla de la administración"* o cualquier otra circunstancia que impusiere al Estado una responsabilidad directa.

5. No fincándose la *"causa petendi"* ni por aproximación, en una *"falla administrativa"*, cualquier prueba que se hubiera pedido al respecto habría sido denegada por inconducente, por ajena a la controversia y cualquier controversia sobre ella o sobre la responsabilidad directa de la Administración, configuran una innovación en la *"causa petendi"*, una injurídica modificación de la demanda.

6. Así las cosas, demostrado, como ha quedado, que el Estado no responde por los hechos de sus subordinados y que, por lo mismo, no

le son aplicables los artículos 2447 y 2349 del Código Civil, queda, igualmente acreditado que la Nación no es el sujeto llamado por el derecho a responder por la indemnización que se impetra o, lo que es lo mismo, las condiciones o presupuestos de la pretensión no han sido demostrados y se impone la sentencia absolutoria.

La sentencia penal, absolutoria o condenatoria de la persona natural, no condiciona ni enerva, la responsabilidad de la Administración, pues ésta no responde ni por el dolo ni por la culpa de sus agentes —cuestiones subjetivas— sino por la "falla" en su actividad, objetiva, orgánica, funcional o anónima.

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

*Falla:*

Primero: CONFIRMASE, en todas sus partes, la sentencia apelada.

Segundo: DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo, Antonio José de Irisarri R., Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*DEMANDA DE REPARACION DIRECTA. INTERES QUE TIENE EL DEMANDANTE AL EJERCITAR SU ACCION. PRUEBA.*

*1º Sólo el que actúa a nombre de otra persona o como cesionario a título universal o singular, TENDRA QUE ADJUNTAR A LA DEMANDA, COMO ANEXO DE LA MISMA, el documento idóneo que acredite dicha situación.*

*2º Pero SI ACTUA A NOMBRE PROPIO, LA DEMOSTRACION DE ESE INTERES NO ES UN PRESUPUESTO DEL PROCESO, SINO MATERIAL DE LA SENTENCIA FAVORABLE y como tal, su prueba deberá darse dentro de las oportunidades probatorias del proceso. Bastará, entonces, en la demanda hacer la afirmación de ese interés.*

*RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. HECHO DAÑOSO. PRUEBA. Momento en el cual debe probarse.*

*RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Hecho dañoso. Prueba.*

*LEGITIMATIO AD PROCESUM Y LEGITIMATIO AD CAUSAM. PRUEBA.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., quince de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nº 4950. Actor: Vicente Goenaga Goenaga.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 10 de junio de 1986, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Atlántico no admitió la demanda presentada por la señora Justina Goenaga de Goenaga y otros contra la Nación (Policía Nacional).

Basó su negativa el *a quo* en las siguientes razones:

"Al revisar la demanda y sus anexos observa el Tribunal las siguientes irregularidades: En primer lugar, los demandantes no han demostrado el interés legítimo para accionar que reclama el artículo 86 del C.C.A. ya que ni los primeramente citados ni la última han probado por medios idóneos la calidad de hijos legítimos y cónyuge supérstite del finado Alberto Goenaga de la Hoz, pues las fotocopias obrantes a folios 9 a 25 están sin autenticar y no satisfacen por lo tanto la exigencia del artículo 253 del C.P.C. Valga resaltar que aún aportándose en forma idónea las fotocopias a que se refieren los folios 20 a 25 no pueden acreditar el vínculo matrimonial de Justina Goenaga de Goenaga y el extinto Alberto

Goenaga de la Hoz, a la luz del artículo 105 del Decreto-ley 1250 de 1970.

"En segundo lugar no se ha probado en forma idónea la muerte de Alberto Goenaga de la Hoz, pues la fotocopia obrante a folio 7 carece de autenticación. Tampoco se ha acreditado que ella tuvo su origen en un hecho administrativo, pues las providencias de 27 de noviembre de 1984 y 12 de febrero de 1985 del Juzgado Segundo Superior y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, respectivamente, hacen referencia a que el Capitán de la Policía Sigifredo Hidalgo Goenaga fue víctima de lesiones personales y no causante de la falla del servicio que se aduce en el *petitum* de la demanda".

Contra la citada decisión, como se expresó atrás, interpuso el señor apoderado de los demandantes el recurso de apelación. En su memorial de sustentación (a folios 171 y siguientes), sostiene, en síntesis:

a) Que los actores sí tienen interés, ya que éste se deriva del vínculo consanguíneo que los unía con el fallecido, señor Alberto Goenaga de la Hoz y de la condición de cónyuge legítima y/o su compañera permanente que ostentaba Justina Goenaga.

b) Que las pruebas de dichos extremos se adjuntaron con la demanda inicial que se quemó durante los hechos del Palacio de Justicia del 6 de noviembre de 1985.

c) Que si bien es cierto las pruebas del estado civil no están autenticadas, dentro del período probatorio podrán solicitarse por el juzgador, tal como lo pide en su libelo.

d) Que el artículo 86 no exige que el interés del demandante se demuestre con prueba plena e irrebatible, sino con una apenas sumaria.

Para resolver, se considera:

Dispone el artículo 86 del C.C.A. que "la persona que acredite interés podrá pedir directamente el restablecimiento del derecho..."

Esta norma ha creado el equívoco de que en todos los casos deberá acompañarse con la demanda de reparación directa la prueba del interés que tiene el demandante al ejercitar su acción. Semejante extensión no es admisible y no fue es lo que pretendió el legislador.

Se hace esa precisión luego de armonizar el aparte citado con el inciso 5º del artículo 139 del código que a la letra dice:

"Deberá acompañarse también el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título..."

De esa armonización resulta:

Sólo el que actúa a nombre de otra persona o como cesionario a título universal o singular; vale decir como heredero, cónyuge, hijo, hermano, administrador de bienes, cesionario, subcontratista, subrogatorio, etc., etc., tendrá que adjuntar a la demanda, como anexo de la misma, el documento idóneo que acredite dicha situación. Pero si actúa

a nombre propio, la demostración de ese interés no es un presupuesto del proceso, sino material de la sentencia favorable y, como tal, su prueba deberá darse dentro de las oportunidades probatorias propias del proceso. Bastará, entonces, en la demanda hacer la afirmación de ese interés.

En el caso *sub júdice* tanto en el libelo como en el escrito de sustentación del recurso se afirma que ese interés se deriva para unos, del vínculo de consanguinidad existente entre el fallecido y los actores (en su calidad de hijos legítimos de éste); y para otro, la señora Justina Goenaga, de su carácter de esposa legítima del occiso.

No entra la Sala a cuestionar el punto, aunque sí recuerda que en acciones como la aquí intentada la legitimación activa no surge de la circunstancia de ser heredero el demandante, sino del hecho de haber resultado perjudicado en la actividad de la administración.

Planteadas así las cosas, no le quedaba otro remedio a los demandantes que cumplir a cabalidad la exigencia legal. Exigencia que en forma alguna, por amplio que quiera ser el juzgador, puede darse por satisfecha con los documentos carentes de autenticación que obran de folios 9 a 25 y que se trajeron precisamente para probar el carácter con que los demandantes se presentaban al proceso.

Los documentos citados carecen en absoluto de poder demostrativo. En la forma como están es como si no existieran y no pueden tenerse como prueba sumaria de los hechos por probar, puesto que por tal prueba no puede tomarse sino la plena o suficiente aunque sin controversión.

No es valedera la disculpa, que se insinúa, de que los documentos auténticos se quemaron con el primer expediente durante el incendio del Palacio de Justicia, puesto que no sucedió igual con la Alcaldía de Piojó y con las otras oficinas autoras de algunos de los documentos.

La exigencia legal tampoco se suple con la petición de pruebas que se hace en la demanda. Unos son los anexos exigidos por la ley y que deben ajustarse con el libelo para darle seguridad y certeza a éste y que tienen que ver con los presupuestos de la acción y de la demanda; y otras, las pruebas para acreditar los fundamentos de hecho y los presupuestos materiales de la sentencia.

Tampoco se acreditó en forma idónea el fallecimiento del señor Goenaga de la Hoz, pues la fotocopia, tal como lo dice el *a quo*, carece de autenticación.

De lo anotado se deduce que el auto deberá mantenerse. Se observa, sí, que el tribunal crea un equívoco al afirmar que "tampoco se ha acreditado que ella (la muerte del mencionado señor) tuvo su origen en un hecho administrativo...", como si con la demanda se tuviera que probar esa circunstancia.

Sobra recordar que el hecho dañoso de la administración, constitutivo de falla del servicio o causa del perjuicio que sufre el administrado, deberá probarse en la oportunidad señalada en la ley y por los medios que ésta autoriza y no previamente. Ese hecho será dentro del proceso el punto central del debate.

Asimismo debe anotarse que cuando la parte demandante optó por presentar nueva demanda en lugar de pedir la reconstrucción del proceso incinerado, se sometió a todo el rigor de la ley y debió acompañar su libelo con las pruebas demostrativas del interés que alegaba para demandar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera,

*Resuelve:*

Confírmase el auto por medio del cual el Tribunal Administrativo del Atlántico inadmitió la demanda de reparación directa formulada por la señora Justina Goenaga de Goenaga y otros contra la Nación (Ministerio de Defensa).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 11 de diciembre de 1986.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*CONTRATO DE SEGURO. SUBROGACION POR MINISTERIO DE LA LEY Y SUBROGACION CONVENCIONAL. CESION DE DERECHOS.*

*1. Diferencias (artículo 1096 Código de Comercio).*

*2. Efectuado el pago (de indemnización), todos los derechos y acciones que tenía el asegurado contra el responsable de la pérdida de la mercancía, pasan automáticamente al patrimonio de la aseguradora que hizo el pago. Este aspecto es el que impide que el asegurado pueda ceder civilmente sus derechos a la aseguradora luego de cumplido ese pago.*

*3. Subrogación y cesión. ¿Conciliabilidad?*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., dieciocho de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente Nº 4081. Indemnizaciones. Actor: Colpatria y otros.

En escrito de 20 de junio de 1983 la Compañía de Seguros Patria S. A. Colpatria y otras firmas aseguradoras demandan a la Empresa Puertos de Colombia —Colpuertos— para que se declare su responsabilidad por la pérdida de mercancía detallada en la demanda y se le condene a título de indemnización a pagarle la suma de $ 26.303.544, más el lucro cesante, todo debidamente actualizado.

En síntesis muestran los hechos de la demanda:

a) Que las distintas personas jurídicas domiciliadas en el país y determinadas en el libelo (hechos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 6º) importaron mercancías varias del extranjero.

b) Que el día 9 de febrero de 1982 se presentó un incendio de magnitud en la bodega número 5 del terminal de Barranquilla de la Empresa Colpuertos, destinada al almacenaje de materiales inflamables o peligrosos.

c) Que como consecuencia de ese incendio se incineró en su totalidad la mercancía especificada en los hechos 1º a 6º.

d) Que como constancia de lo ocurrido Puertos de Colombia elaboró el acta de incendio de 7 de abril de 1982, firmada por las personas que indica el hecho 9.

e) Que Colpuertos expidió los certificados individuales sobre el recibo y la entrega de la carga depositada perteneciente a las distintas firmas importadoras.

f) Que Colpuertos confiesa que la pérdida se produjo cuando la mercancía se encontraba a su cuidado y bajo su responsabilidad.

g) Que las compañías de seguros (ver detalle en el hecho 12º) resarcieron a los importadores con el pago de $ 26.303.544 (ver discriminación en los hechos 14º a 18º) por los perjuicios sufridos, "en virtud de convenios comerciales existentes entre ellas, pero no obtuvieron la subrogación legal de sus derechos y acciones contra los responsables de las pérdidas, por cuanto no se reunieron los requisitos exigidos por la ley para que este fenómeno jurídico opere".

h) Que las compañías importadoras cedieron sus derechos y acciones "y por lo mismo, ocupan su lugar en la titularidad de dichos derechos y acciones".

De folios 71 a 76, la demanda presentó su fundamentación jurídica en nueve ordinales; en los cuales se destaca la responsabilidad objetiva que le incumbe al Estado en el caso de pérdida de mercancía que deba obligatoriamente depositarse en bodegas oficiales para efectos de importación y exportación. Adiciona el mismo libelo sus consideraciones jurídicas a folios 91 y siguientes.

A folio 94 se hace la cita de las normas que respaldan el derecho pretendido, así:

"Fundo la presente acción, en el artículo 2º del Decreto 630 de 1942, que sustituyó el artículo 55 de la Ley 79 de 1931, orgánica de Aduanas. Artículo 30 del Decreto 1050 de 1968. Ley 154 de 1959 especialmente su artículo 8º. Artículos 1º y 3º del Decreto 1414 de 1961 reglamentario de la ley anterior. Artículos 2260, 2263, 1730, 1731, 1733 del Código Civil, si se prefiere fijar la responsabilidad estatal, dentro del campo del derecho civil. Artículo 1096 del Código de Comercio, que preceptúa que el asegurador que pague una indemnización, se subrogará por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado, contra las personas responsables del siniestro. Artículo 68; 82; y siguientes y concordantes del Código Contencioso Administrativo. Artículos 20, 28, 30 ordinal B del Decreto 528 de 1964. Artículo 16 y 20 de la Constitución Nacional. Decreto 561 de 1975. Decreto 1358 de julio 9 de 1975, por el cual se aprobaron las nuevas tarifas de Colpuertos. Decreto 2465/81, artículos 2º, 4º, 5º y 37. Artículo 82. Inciso 2º del Código de Procedimiento Civil. Artículo 33 de la Ley 53 de 1887; 1960 y siguientes del Código Civil, sobre CESION DE CREDITOS".

Cumplido el trámite de rigor, es oportuno entrar a decidir. Para ello, se considera:

Para la señora fiscal, la demanda no está llamada a prosperar. Así, en su vista de 23 de mayo del presente año (a folios 143 y siguientes) pide que se denieguen las súplicas de la demanda. Para el efecto, sostiene:

"No obstante que las compañías demandantes se presentan en juicio en virtud de unas cesiones de derechos que se realizaron, lo que ocurrió realmente fue una subrogación legal, en virtud del contrato de seguro que todas las sociedades importadoras han debido realizar con las respectivas compañías de seguros y específicamente, por el pago de la indemnización realizado a cada sociedad importadora.

"En tratándose de contratos de seguros, la subrogación opera en virtud de lo establecido en el artículo 1096 del Código de Comercio. Así pues que si en forma automática y por ministerio de la ley se produjo esta subrogación, no existe razón valedera alguna para haber hecho cesión a que alude la demanda, a no ser que se quiera simular una presunta cesión de derechos precisamente porque el certificado de seguro haya sido expedido en forma extemporánea, caso en el cual las compañías aseguradoras no estaban obligadas a realizar el mencionado pago.

"Tenemos pues que si las compañías de seguro realizaron los pagos, ha tenido que ser porque existía entre ellas y las sociedades importadoras, unos contratos de seguros y de ser estos válidos, deben ser esos contratos el fundamento del derecho que pretenden alegar las compañías aseguradoras para promover las acciones pertinentes.

"En el caso en estudio, precisamente por no haberse expedido en tiempo oportuno los correspondientes Certificados de Seguros, las compañías actoras optaron por las presuntas cesiones de derechos, burlando así la ley.

"Por otra parte ya lo ha dicho la Sala, acogiendo conceptos de esta Fiscalía, que en el momento en que se realiza la pretendida cesión, las sociedades importadoras no tienen ningún crédito que pueda transferirse, pues ellas no son titulares de ningún crédito individualizado con relación al hecho dañoso por el cual se pretende reclamar en el proceso".

A su turno, tanto la demandante como la empresa demandada presentaron sendos alegatos. La primera, luego de narrar los hechos, hace hincapié en la cesión de derechos regulada en el código civil, como fenómeno que se dio en la realidad, cuyos extremos aparecen bien evidenciados en autos. Finaliza su alegato con la afirmación de que como la cesión se efectuó en fecha anterior a la notificación de la demanda, la cesión hecha no configura la de un derecho litigioso. La segunda, mediante apoderado idóneo, insiste en que cuando se elaboraron los documentos de cesión, en realidad las cedentes no eran titulares de ningún derecho, sólo del derecho de acción. Afirma, además, que ni siquiera se presentó la subrogación legal, aunque todo da a entender que las mercancías fueron amparadas por las compañías demandantes, eso sí con posterioridad a la ocurrencia del perjuicio.

Para la Sala, la demanda no está llamada a prosperar. Esta afirmación se hace luego del análisis del acervo probatorio, el que muestra como bien probados estos supuestos:

a) Que las compañías aseguradoras demandantes les pagaron a las importadoras las indemnizaciones por la pérdida de la mercancía importada, durante el incendio de 9 de febrero de 1982, acaecido en la

bodega número 5 del terminal de Barranquilla, administrado por Puertos de Colombia (ver documentos a folios 14, 15, 18, 19, 22, 23, 24, 34, 46).

b) Que de dichos documentos se desprende, en forma inequívoca, que las aseguradoras pagaron las indemnizaciones a las firmas importadoras por los contratos de seguros que aquellas habían celebrado con éstas. Así se observa que Colpatria pagó a Electromanufacturas S. A. el día 23 de diciembre de 1982, porque el transporte de la mercancía estaba amparado con los certificados números 81181 M-14712, y 79422 expedidos con aplicación de la póliza número TR-3605 (folios 14 y 18 del cuaderno número 1). Que la Compañía Agrícola de Seguros S. A. pagó a Productos Ramo S. A. el 3 de junio de 1980, por el amparo del certificado 31249 de 10 de marzo del mismo año con aplicación a la póliza número 413 (ver acta de liquidación a folio 22 del cuaderno principal). Que la misma aseguradora pagó a Expobag S. A. el 10 de septiembre de 1982, por el amparo del certificado número 31207 de 11 de febrero de ese año, con aplicación a la póliza número 318 (a fol. 24 cuaderno número 1). Que la Compañía Suramericana de Seguros pagó en septiembre 29 de 1982 a Química Amtex por el amparo del certificado 501750 de febrero 18 del mismo año con imputación a la póliza número 007310 (a fol. 34 cuaderno número 1). Que la misma aseguradora pagó a Industria Agroquímica Limitada el 2 de junio de 1982, la indemnización amparada con la póliza número 1361 (a fol. 46 cuaderno número 1). Que igualmente pagó a Laboratorio Lister S. A. el 5 de agosto de 1982 la indemnización amparada con el certificado número 500422 de 5 de noviembre de 1981 y la póliza número 10843 (a fol. 17 cuaderno número 3). Que también pagó a la mencionada firma los reclamos amparados con los certificados 501282 de mayo 20 de 1982 y 477817 de 10 de noviembre de 1981, imputados a la póliza aludida 10843 (fls. 18 y 19 del cuaderno número 3).

c) Que las firmas importadoras, con posterioridad al pago de las correspondientes indemnizaciones hecho por las compañías de seguros por la pérdida de la mercancía, cedieron los derechos y acciones que creían tener contra la entidad responsable del siniestro. Dichos documentos obran a folios 6, 14, 18, 22, 24, 33, 34 y 46 del cuaderno principal; y a folios 15, 16, 17, 18, 19, 81 y 89 del cuaderno número 3).

Se observa, como dato de especial significación, que las cesiones aparecen por partida doble y que las compañías cedentes (las importadoras) aparecen haciendo cesión de conformidad con el código civil, con posterioridad al siniestro (ver documentos a folios 6 y 33 del cuaderno principal y a folios 15, 16, 81 y 89 del cuaderno número 3); y esas mismas compañías, al recibir el pago de la indemnización por las aseguarodaras, suscriben nota de cesión o subrogación (ver documentos a folios 14, 18, 22, 24, 34 y 46 del cuaderno principal y a folios 17, 18, 19 del cuaderno número 3).

No aparecen acreditados los siguientes hechos dentro del proceso:

a) La existencia de los contratos de seguro contenidos en las pólizas 007310, 1361 y 10843. Obran así las copias de las distinguidas con los números TR 3605, 413 y 0318, tomadas durante la inspección judicial que obra a folios 221 del cuaderno número 3.

b) La existencia de los certificados de seguro números 501750, 500422, 501282 y 477817.

Visto lo precedente, se anota:

Dispone el artículo 1096 del Código de Comercio que "el asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieran hacer valer contra el damnificado..."

Se contempla en esta norma un caso de subrogación por ministerio de la ley. Fenómeno que se produce *ipso jure* por el solo hecho del pago de la indemnización efectuado por la aseguradora. Y tal como lo sostiene el profesor Efrén Ossa, el efecto se produce por dicha circunstancia y no, como la subrogación convencional, mediante el acuerdo entre el asegurado y el asegurador, ya que implica la transmisión del derecho con, sin o contra la voluntad del deudor (Teoría General del Seguro, Temis, 1984, pág. 162).

Es importante tener en cuenta este aserto ya que efectuado el pago, todos los derechos y acciones que tenía el asegurado contra el responsable de la pérdida de la mercancía, pasan automáticamente al patrimonio de la aseguradora que hizo el pago.

Este aspecto es el que impide que el asegurado pueda ceder civilmente sus derechos a la aseguradora luego de cumplido ese pago, porque aquel nada tendrá en su patrimonio cuando celebre el convenio de cesión.

En el caso *sub júdice* se dio ese doble fenómeno. Por un lado, al recibir el pago las firmas importadoras firmaron la nota de subrogación (no era siquiera necesario este requisito porque los efectos nacen de la ley y no del convenio). Y por el otro, suscribieron el contrato de cesión, luego del pago del siniestro, con sujeción al código civil.

Este doble juego no está permitido en la ley. La segunda cesión carece de validez, por cuanto cuando el cedente la hace a favor del cesionario, aquel ya no tiene los derechos que cede en su patrimonio, porque éstos están ya radicados en el del cesionario. Puede hablarse entonces, que esta última operación es inexistente, por carecer de objeto.

Pero, aún aceptando que no fuera inexistente, si lo que se pretende con esta cesión es dejar sin efectos la subrogación legal contemplada en el artículo 1096 del Código de Comercio o gobernar la relación asegurado-asegurador luego del pago por otras reglas diferentes, el convenio sería absolutamente nulo por objeto ilícito.

No existe duda alguna de que en el caso *sub júdice* el conflicto central está regulado por el antecitado artículo 1096. Por esa razón debió cada una de las aseguradoras, para probar su legitimación en causa, demostrar:

1. Que entre ella y las firmas importadoras existió un contrato de seguro; para el efecto debió acompañar la póliza original. Si fue

automática o flotante debió, además, adjuntar los certificados de fecha anterior a la ocurrencia del siniestro.

2. La importación de mercancía en legal forma; el depósito en la bodega oficial y su pérdida mientras estaba bajo la responsabilidad de la entidad pública encargada de su depósito.

3. El pago hecho a la firma importadora en la cuantía convenida y en su fecha.

4. Su existencia y la representación legal y las de la firma importadora.

Estos supuestos no fueron bien evidenciados. Atrás se dijo que sólo obraban en el expediente las pólizas números 03605, 413 y 0318 en copias y no las números 007310, 1361, 10843; y que los certificados de seguro (los que aparecen en copia en el expediente y los simplemente enunciados con sus números y fechas que no se adjuntaron) fueron expedidos después del siniestro.

La falta de pruebas en estos extremos no permite afirmar que las compañías demandantes estén legitimadas en causa. Sólo en virtud de los seguros contratados y de su pago podrá hablarse de que las aseguradoras podían instaurar las acciones indemnizatorias que las importadoras tenían contra Puertos de Colombia por la pérdida de la mercancía importada.

Piensa la Sala que las aseguradoras tomaron la vía de la cesión civil con miras a hurtarle el cuerpo a la jurisprudencia de la Sala, elaborada en torno a los efectos y alcances de la subrogación legal contemplada en el artículo 1096 del Código de Comercio y a la oportunidad de los certificados de seguro expedidos con imputación a las pólizas automáticas o flotantes.

Aunque esta corporación ha sido siempre respetuosa de las ideas ajenas, no encuentra motivo serio para variar de posición. De allí que su conclusión final tendrá que ser idéntica a la asumida en pasadas oportunidades, en las que se definió que en ningún caso los certificados de seguro, imputables a una póliza automática, podían expedirse con posterioridad al siniestro y que, en dichas condiciones, ni siquiera las aseguradoras estaban obligadas a pagar la indemnización. Reitera la Sala lo dicho en esas ocasiones, en especial en los fallos de febrero 23 (procesos 2891 y 3059) y agosto 2 de 1982 (proceso 3109) con ponencia del suscrito y sentencia de 6 de mayo del mismo año (proceso 2880) con ponencia del señor Consejero Valencia Arango. En este último proveído se destaca que el seguro responde a la necesidad de asegurar un riesgo futuro e incierto, jamás un siniestro pretérito, tal como lo dispone el artículo 1054 del Código de Comercio.

Se reafirma la Sala también en el siguiente punto de vista. No basta que la póliza automática tenga fecha de expedición anterior al siniestro, sino que se requiere que el certificado expedido con imputación a la misma también sea anterior en el tiempo.

La póliza y el certificado se integran, puesto que si la importadora no da el aviso previo de que tal mercancía vendrá al país amparada con esa póliza, la aseguradora no sólo no tendrá que hacer la impu-

tación, sino que no estará obligada a pagar ante la ocurrencia del siniestro. Esta no es una afirmación gratuita. En los contratos de seguro, que operan en copia dentro del proceso, se observa una cláusula de tenor similar en todos. El presente contrato no tendrá efecto alguno... "c) Si el seguro ha sido contratado con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, tomando como base la fecha en que fue aceptado por la compañía".

Esta cláusula es de fácil inteligencia; pero, como es obvio, no puede dársele el mismo alcance en todos los eventos, ya que una es la situación cuando el seguro de transporte se refiere a una determinada mercancía; y otra diferente, cuando de una póliza automática o flotante se trata (para el ingreso de mercancías varias, dentro de un lapso dado y hasta una cuantía prefijada de antemano), porque en este evento juega la voluntad del importador, quien puede avisar o no a la compañía; en otros términos, es él y sólo él, el que determina si la importación estará amparada o no con el seguro convenido. Es por eso que en los eventos afirmativos, la póliza y el certificado forman una unidad compleja (obviamente de fechas diferentes, como que la póliza precederá en el tiempo al certificado) integrada con anterioridad al siniestro.

La seguridad de los negocios jurídicos impone la observancia de ciertas normas de conducta. Cuando alguien contrata un seguro con una compañía especializada en el ramo entiende que ese convenio está sujeto a las reglas del Código de Comercio y que la posibilidad de pactar por fuera del mismo, como si fuera un contrato regulado por el código civil, no será posible.

Entiende la Sala que la conciliabilidad jurídica entre la cesión y la subrogación legal ha sido tema de profundos estudios, en los cuales ha estado presente Acoldese. Pero sabe también que los autores nacionales, entre ellos el profesor Efrén Ossa, no aceptan esa conciliación frente al Código de Comercio vigente, con argumentos que pueden sintetizarse, así:

a) La subrogación legal impuesta en el artículo 1096 del Código de Comercio está más acorde con la justicia y aún con la conveniencia de las partes vinculadas al contrato.

b) El mandato contenido en el artículo 1096 es imperativo, irrenunciable e inmodificable (artículo 1162 *ibídem*) tanto para el asegurado como para el asegurador "en lo que los favorece y en lo que los perjudica".

c) La estipulación contractual conforme a la cual el asegurado se obliga a ceder al asegurador sus derechos contra el responsable del siniestro "carece de valor".

d) La cesión, aún la acaecida después del siniestro, pero antes del pago, es ilícita.

Se observa que el profesor Ossa en la obra mencionada atrás, destaca que el Doctor Germán González C. (apoderado inicial de las demandantes en este proceso) en razonamiento que estima coherente, afirma "la inconciliabilidad de la cesión de derecho con la subrogación instituida por la ley" (J. Efrén Ossa 9. O. C. pág. 182).

Por lo expuesto y de acuerdo con la señora fiscal colaboradora, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Costas a cargo de la actora.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 17 de junio de 1986.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo,* con salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*CONTRATO DE SEGURO. SUBROGACION Y CESION (Salvamento de Voto).*

*Pagos de indemnización. Pagos válidos e inválidos; consecuencias en la subrogación (artículo 1096 Código de Comercio).*

## *SALVAMENTO DE VOTO*

Referencia: Expediente Nº 4081. Actor: Colpatria y otros.

Con el respeto que me merecen las opiniones de la mayoría de mis ilustrísimos colegas de Sala y que es directamente proporcional al que conforme a la anterior sentencia guarda la Sala a las ideas ajenas, me veo precisado, una vez más, a manifestar mi discrepancia integral en relación con las tesis sostenidas en la motivación del fallo que precede y a apartarme de su parte resolutiva. He aquí las razones de mi voto disidente:

1. La sentencia desconoce validez a los convenios de cesión de derechos y acciones que los importadores de las mercancías incendiadas en poder de "Puertos de Colombia" hicieron en favor de las sociedades demandantes porque —son sus palabras— *"efectuado el pago,* todos los derechos y acciones que tenía *el asegurado* contra el responsable de la pérdida de la mercancía, pasan automáticamente al patrimonio de *la aseguradora que hizo el pago"* (Subrayo).

"Este aspecto —continúa la sentencia— es el que impide que *el asegurado* pueda ceder civilmente sus derechos *a la aseguradora* luego de cumplido *ese pago,* porque aquel nada tendrá en su patrimonio cuando celebre el convenio de cesión" (Destaca el suscrito).

Para llegar al desconocimiento de los convenios de cesión, la mayoría parece desandar el camino en que tozudamente viene empeñada la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación desde, por lo menos, 1978 a esta parte. Y lo hace en forma tranquila, casi que ingenuamente. Véase por qué se afirma lo anterior.

Es indudable que la mayoría parte de la base de que hubo un pago. Y ello es rigurosamente cierto. Ese pago no es otro que el que las aseguradoras efectuaron a sus asegurados para indemnizarles los siniestros que se hallaban amparados por las pólizas de seguro de transporte que, en su modalidad de automáticas, habían expedido para cubrir los riesgos convenidos.

Ahora bien: si la mayoría reconoce efectos jurídicos a tales pagos, como sin la menor hesitación fluye de los apartes copiados atrás, es en

razón de que los reputa eficaces; porque los considera pagos válidos. Si no lo fueran, resulta necio decirlo, mal podría la sentencia reconocer trascendencia en la vida del derecho a tales pagos.

La dicotomía es, pues, clara: O los mencionados pagos fueron válidos o no lo fueron. Si lo fueron, es porque la mayoría, en su sapiencia, los halló sustentados en una causa legítima y sólida: las pólizas de seguro de transporte, en su modalidad de automáticas, aportadas al proceso y que en algún aparte la sentencia menciona. La consecuencia racional, jurídica y lógica de esa posición, no es otra que la de reconocer que la subrogación prevista por el artículo 1096 del Código de Comercio operó "por ministerio de la ley", como lo hace la sentencia, pero sin detenerse a mitad del recorrido, girar noventa grados, y continuar la marcha. Porque lo que se imponía era persistir en el acierto y coronar con este reconocimiento, que el fallo no hace: el de que las aseguradoras —como tales— (Código de Comercio, art. 1037, 1º), tienen cabal y completa legitimación en la causa para demandar a la entidad responsable del siniestro, en los términos del artículo 1096 citado, porque pagaron la indemnización a que contratos de seguro válidamente celebrados las obligaban.

Pero si los pagos no fueron pagos válidos, como lo consideró la mayoría, entonces la sentencia se contradice y se equivoca, al asignarles consecuencias jurídicas que no podrían producir (pues serían pagos no válidos), tales como la de desencadenar el mecanismo de subrogación *ope legis* consagrado en el tan mentado artículo 1096 del estatuto mercantil. Y la consecuencia, en la hipótesis aquí planteada, también tendría que ser otra: si no hubo subrogación legal porque el pago hecho por las compañías aseguradoras fue inválido y no podía, por tanto, producir las consecuencias subrogatorias previstas por la ley, no se ve entonces cuál pueda ser la razón legal que permita desconocer los convenios de cesión aducidos al proceso.

2. La sentencia de que me aparto es fiel trasunto de la doctrina que la Sección Tercera viene sosteniendo respecto de la póliza automática de seguro de transporte y los certificados que, con aplicación a esa clase de pólizas, expiden las compañías aseguradoras. Ha considerado esa jurisprudencia equivocada y continúo pensando que lo es, por las razones que con amplitud expuse en mi salvamento de voto al fallo de fecha 27 de febrero del año en curso, proferido para decidir una demanda propuesta por "Compañía de Seguros Antorcha de Colombia S. A." contra la Nación, como subrogataria de los derechos y acciones de la firma aseguradora (Expediente Nº 3734). En gracia de brevedad, doy por reproducidas aquí las razones entonces expuestas, pero no resisto la tentación de transcribir nuevamente, como en aquella oportunidad lo hice, el magistral resumen que sobre el tema presenta el profesor Jaime Bustamante Ferrer en su "MANUAL DE PRINCIPIOS JURIDICOS DEL SEGURO", advirtiendo desde ahora que las sublíneas son del suscrito:

> "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 reune 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 conocimiento 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 amparados y sólo deja por fijar otros elementos que son determinables conforme al artículo 1047 y al 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 riesgos convenidos desde que principian a correr, aunque los avisos le lleguen posteriormente y el certificado se expida aún después de realizado el riesgo*" (Op. cit., págs. 98 y 99).

3. Para concluir, y abordando ahora otro aspecto del fallo, debo expresar también mi inconformidad en relación con la condenación en costas que la sentencia fulmina, pues considero que con ese proceder se le imprime un carácter típicamente retroactivo, que no meramente retrospectivo, ni mucho menos inmediato, al artículo 171 del C.C.A. adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984.

En efecto: todo proceso es, por naturaleza, un encadenamiento de actos sucesivos. Está compuesto por una serie de actuaciones escalonadas en el tiempo que, frente a una determinada ley, pertenecen, unas, a épocas anteriores a la vigencia de tal ley y otras son tributarias exclusivamente del futuro, es decir, del lapso de tiempo posterior a esa vigencia. Los actos procesales cumplidos antes de la vigencia de la nueva ley, no pueden quedar gobernados por los preceptos de la ley nueva. Son "*facta praeterita*", para utilizar la terminología del gran maestro autor del "DERECHO TRANSITORIO", y por consiguiente, a ellos no puede aplicárseles esa nueva ley sin incurrir en clásica retroactividad.

Como el proceso que ahora termina se inició mediante demanda presentada el 20 de junio de 1983 y el Decreto-ley número 1 de 1984, que adoptó por medio de su artículo primero el nuevo Código Contencioso Administrativo, entró a regir según lo expresa su artículo segundo y último, el día 1º de marzo de 1984 es evidente que el fallo, al condenar en costas, aplica retroactivamente el precepto 171 del C.C.A. así adoptado, porque hace gravitar tal condenación no solamente respecto de las actuaciones procesales cumplidas con posterioridad al primero de marzo de 1984 sino sobre las surtidas con antelación a esa fecha.

Respetuosamente,

*Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Fecha ut supra.

# TITULO V

## CAPITULO I

### CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PLAZO. AMPLIACION. LA CONDUCTA MOROSA NO SE HACE ACREEDORA A MAS CONFIANZA.*

*Filosofía de la jurisprudencia española.*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PLIEGO DE CONDICIONES. "A NADIE ES LICITO VENIR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS".*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADICIONALES. MODIFICACION DEL PLAZO Y VALOR CONVENIDOS (Artículo 45 del Decreto 150 de 1976).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia Nº 4154. Contratos. Actor: Estructuras Pretensadas Ltda. y Jaime Echeverría & Cía. Ltda. Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional.

Por conducto de apoderado las sociedades Estructuras Pretensadas Ltda. y Jaime Echeverría & Cía. Ltda., con domicilio la primera en Bogotá y la segunda en Medellín, demandaron al Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional— para que con apoyo en la *causa petendi* que se precisa en la demanda se hicieran las declaraciones y condenas que se enlistan en el *petitum.*

Para una mejor comprensión del asunto se transcriben a continuación los apartes pertinentes de ambos aspectos.

## I

### *Causa petendi*

Los hechos que sirven de apoyo a la acción son los siguientes:

"*Primero.* El Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—, con fecha 29 de octubre de 1979, abrió licitación pública número 463, 'Para la rectificación y ampliación del sector: Belén-Río Guina (K. 30+000 - K. 59+250), de la carretera: Belén-Capitanejo', ordenada según Resolución número 6922 de julio 31 de 1979, por el sistema de precios unitarios, licitación a la cual concurrieron en Consorcio, mis mandantes.

"*Segundo.* Por Resolución número 176 de enero de 1980, el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, 'En uso de sus facultades legales y como representante legal del Fondo Vial Nacional y en especial de la que le confiere el Decreto 150 de 1976', hizo a mis mandantes adjudicación de tal licitación, en los siguientes términos: *Artículo Primero.* Adjudicar el contrato para la rectificación y ampliación del sector: Belén-Río Guina (K. 30+000 - K. 59+250), de la carretera: Belén-Capitanejo, al Consorcio integrado por las firmas: Estructuras Pretensadas Ltda. y Jaime Echeverría & Cía. Ltda., por un valor de CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO MIL CUARENTA PESOS CON DIECISEIS CENTAVOS ($ 154.624.040.16) MONEDA CORRIENTE, para su ejecución en un plazo de treinta (30) meses contados a partir del perfeccionamiento del contrato, de acuerdo con su propuesta y bajo las modalidades y estipulaciones del respectivo pliego de condiciones.

"*Tercero.* Con base en los dos hechos anteriores, se procedió a la celebración del contrato número 156-80, entre el Fondo Vial Nacional, representado por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, Enrique Vargas Ramírez, y los representantes legales del Consorcio integrado por las sociedades demandantes, Augusto Ruiz Corredor y Jaime Echeverría Gerena, contrato fechado en Bogotá, Distrito Especial, el 23 de abril de 1980, y perfeccionado de acuerdo con lo previsto en la cláusula vigésimaquinta del mismo, esto es el 16 de junio de 1980, con vencimiento el 16 de diciembre de 1982.

"*Cuarto.* En el convenio se pactó la celebración de contrato adicional 'Cuando por razón de cambio de especificaciones, haya necesidad de modificar el valor o el plazo total del presente contrato'; igualmente se estipuló que en caso de fuerza mayor o caso fortuito, por causas imputables a la Entidad Contratante, se suscribiría un contrato adicional, en cuyo caso los análisis de precios 'se basarán en las condiciones económicas que regían en la fecha de presentación de la propuesta original. Por lo tanto, en estos análisis deben emplearse las mismas tarifas y rendimientos, precio de materiales, jornales, costos indirectos, etc., que el Consorcio Contratista anotó en la propuesta'.

"*Quinto.* La iniciación de las obras, solamente tuvo ocurrencia el 4 de agosto de 1980, por causas imputables única y exclusivamente al Fondo Vial Nacional, como constan en el Acta de Iniciación, toda vez que el proyecto elaborado inicialmente, parte integrante de la licitación número 463 y del contrato número 156-80, fue eliminado, sin que se modificaran las condiciones originales del convenio.

"*Sexto.* Este nuevo proyecto fue objeto de elaboración improvisada, a tal punto que sólo hasta el 30 de marzo de 1981, fue conocida por el Consorcio la localización directa, y sólo el 15 de mayo de 1981, se definió lo inherente a la localización de las obras de arte; igualmente son tan notables las variaciones de los términos de ejecución del contrato, que si tomamos en cuenta los ítems de movimiento de tierra y roca, pasó de 40.000 M3 a 158.000 M3 y de 4.000 a 15.000, respectivamente, con incremento visible del 395%.

"*Séptimo.* Con fecha 10 de junio de 1981 el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Fondo Vial Nacional, mediante Resolución 4922,

suscrita por el señor Ministro de ese ramo, impuso una multa al Consorcio Contratista, porque en su criterio, y el de la Interventoría, existía incumplimiento parcial en la ejecución del contrato 156-80. Dicha resolución fue recurrida, argumentándose entre otras cosas lo expuesto en el hecho inmediatamente anterior, sin que dichas razones se tuvieran en cuenta al momento de confirmarse el acto administrativo inicial (Resolución 679 de 10 de agosto de 1981).

"*Octavo.* Como consecuencia de la modificcación del proyecto integrante de la propuesta y del contrato, el Gerente del Consorcio demandante, con fecha marzo 15 de 1982, envía una carta al ingeniero René López Duque, subdirector de Supervisión de Proyectos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, comunicándole la variación sufrida en algunos ítems del proyecto inicial, motivo por el cual debía aplicarse lo previsto en la cláusula octava, parágrafo tercero del contrato 156-80, respecto de la necesidad de un nuevo convenio de precios unitarios.

"*Noveno.* Con fecha 3 de mayo de 1982, el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, como representante legal del Fondo Vial Nacional, nuevamente impone una multa al Consorcio Contratista, mediante Resolución 3815 de 3 de mayo de 1982, 'por incumplimiento parcial de sus obligaciones', sin tener en cuenta que ese incumplimiento no era imputable al contratista. Contra dicho acto administrativo se interpuso oportunamente recurso de reposición que hasta la fecha no ha sido resuelto, y por lo mismo todavía no adquiere firmeza.

"*Décimo.* En esta segunda reposición, presentada por el Consorcio Contratista, se examinan las circunstancias por las cuales existe atraso en la obra, en razón de que se aumentó y varió considerablemente el proyecto licitado. La variación resultante del nuevo programa, determinaba la necesidad de la fijación de nuevos precios unitarios para ítems excedidos en más de 125%, lo que requería la celebración de un contrato adicional que determinara aumento de valor y plazo. Igualmente hasta la fecha de presentación de la reposición, junio 3 de 1982, aún no se había definido el problema de las fuentes de materiales para el proyecto. Una vez que se adelantaron trabajos de explotación respecto de esos materiales, con mucha posterioridad el Fondo Vial informa que no sirve porque acusan demasiado desgaste y baja capacidad portante. Sugieren entonces formas para solucionar el problema, trayendo material de otras fuentes. Obsérvese que era indispensable la celebración de contrato adicional.

"*Décimoprimero.* La solicitud de celebración de contrato adicional nunca fue atendida, no obstante que existía otra razón para que se adoptara la decisión, cual era la baja apropiación presupuestal por el año de 1982, prevista para el contrato 156-80. En efecto dicha apropiación presupuestal ascendía para ese año en la suma de Cuarenta y Tres Millones de Pesos ($ 43.000.000) lo que originaba una inversión mensual posible para el proyecto de sólo Dos Millones de Pesos ($ 2.000.000). Esta circunstancia determinaba que el Fondo Vial reprogramara definitivamente la obra, imprevisto que no podía atribuirse al contratista sino a la entidad contratante.

*"Décimosegundo.* Con anterioridad a la fecha de presentación del escrito de reposición a que se hace referencia en los hechos anteriores, el Consorcio Contratista dirige una comunicación al ingeniero Director de Construcción de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, con fecha 7 de mayo de 1982, haciéndole un recuento de la ejecución del contrato 156-80 hasta esa fecha. Así mismo se le hace saber que las fuentes de materiales, se indicaron sólo hasta el 20 de octubre de 1980, y que a criterio del Consorcio, como posteriormente lo reconoció la entidad contratante, no eran adecuados por desgaste y volumen. Se describen además una serie de trabajos para la producción y explotación de base, sin que nunca se hubiera indicado por parte del Ministerio que el material no era apto. Así es que en este momento se proponen soluciones con el objeto de que no siguiera alterándose el contrato inicial.

*"Décimotercero.* Posteriormente el Consorcio contratista, con cartas de diversas fechas, solicitó en primer lugar la ampliación del contrato, hasta por lo menos el mes de octubre de 1983, petición que nunca tuvo respuesta por parte del Ministerio de Obras Públicas, y en segundo término, la solicitud de aprobación del programa de trabajo por los meses restantes de 1982, ajustándose claro está a la reserva presupuestal vigente para el contrato por ese año. Resulta de particular interés, transcribir las sugerencias de la Sociedad Interventora, comunicación enviada al Ministerio de Obras Públicas y Transporte el 14 de septiembre de 1982, y que resume las siguientes conclusiones: 'I) A pesar de que el estado de ejecución del Contrato acusa un atraso de mucha significación, no se considera procedente exigirle al contratista aumentar el ritmo de inversión con respecto a lo propuesto en el nuevo programa durante el presente año, en atención a las limitaciones de disponibilidad presupuestaria.

" 'II) Para la aprobación del Programa de Inversiones para la terminación de las obras se debe contar con la determinación del MOPT sobre la celebración del Contrato Adicional correspondiente.

" 'III) Para la celebración del Contrato Adicional estimamos conveniente contemplar un plazo total hasta finales de octubre de 1983, con el fin de contar con una mayor seguridad sobre su cumplimiento.

" 'IV) En cualquiera de los casos se estima conveniente que las inversiones previstas durante 1983 se repartan lo más uniformemente posible' ".

*"Décimocuarto.* La compañía interventora, a través de su Gerente, con fecha noviembre 17 de 1982, solicita información al Consorcio Contratista sobre los trámites y gestiones tendientes a la elaboración de un nuevo contrato adicional. Dicho contrato adicional, para el 26 de noviembre de 1982, se encontraba en la oficina del Asesor Jurídico del Ministerio de Obras Públicas, con posibilidad de firmarse el 29 del mismo mes y año.

*"Décimoquinto.* El 2 de diciembre de 1982, nuevamente el Consorcio Contratista se dirige al director de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte explicando las razones del atraso de la obra imputables al primero, siendo fundamental para esos momentos la celebración de contrato adicional: la reserva para el año de 1982

estaba prácticamente agotada; se estaba trabajando con un programa acorde con esa reserva; se esperaba por parte del Ministerio desde meses atrás el nuevo diseño respecto de la base, sin contestación alguna; el Ministerio de Obras Públicas tampoco suministró el diseño respecto del pavimento, en fin repito, razones no imputables al Consorcio Contratista.

"*Décimosexto.* Con fecha diciembre 14 de 1982, esto es dos (2) días antes del vencimiento del Contrato, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, a través del Director de Carreteras, comunica al Consorcio contratista la solución del diseño de base y pavimentos de la carretera contratada. Igualmente solicita hacer los análisis correspondientes, porque en el contrato no existe precio unitario para el concreto asfáltico. Solamente el 16 de diciembre de 1982, fecha de terminación del contrato fue recibida la comunicación del Ministerio.

"*Décimoséptimo.* El 28 de diciembre de 1982, días después de vencido el contrato, fue recibida por el Consorcio Contratista una carta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, donde se definió en forma extemporánea la manera definitiva sobre las fuentes de materiales que deberían ser empleados para base y pavimentos de la obra contratada.

"*Décimoctavo.* Con fecha 4 de enero de 1983 se recibe carta del Interventor, donde se le expresa al Consorcio Contratista la necesidad de la elaboración del Acta de Liquidación del contrato. En el mismo sentido el 13 de enero de 1983 se solicita por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, al contratista, verificar las diligencias indispensables para la elaboración del Acta de Liquidación, la que finalmente se suscribió con fecha 17 de mayo de 1983.

"*Décimonoveno.* Todos los hechos imputables al Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—, que culminaron con el Acta de Liquidación definitiva del contrato, en donde de paso sea dicho se dejó constancia expresa del incumplimiento anotado, han causado y seguirán causando gravísimos perjuicios de orden material a mis poderdantes.

"Basta citar entre ellos, el lucro cesante de las maquinarias y equipo y demás elementos que estuvieron siempre en el sitio de los trabajos; en la sobre estadía y utilización de la maquinaria, una pérdida patrimonial equivalente a la lícita remuneración, compensación o utilidad, que de haberse dado cumplimiento al contrato, dentro de las circunstancias económicas y sociales del caso, habían percibido, o en otras palabras, si el Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional— hubiese admitido la ampliación del plazo inicialmente pactado, el Consorcio Contratista, había obtenido las ganancias que le representaba el contrato totalmente terminado; en el valor de A.I.U. sobre la cantidad de obra dejada de ejecutar y sus correspondientes reajustes, porcentaje equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) (A.I.U.), de acuerdo con los términos de la propuesta, sobre un cincuenta y siete por ciento (57%) de obra sin realizarse; igualmente los costos de índole laboral, por liquidación irregular del personal, lo que motivó la imposibilidad de constituir póliza de garantía de prestaciones sociales; el costo de los gastos que mis mandantes han tenido que sufragar para tratar de recuperar su equilibrio monetario o económico, grave-

mente afectado o comprometido por el incumplimiento del contrato por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—; en general, por el desembolso de todos los valores y por trabajo y actividades realizados, con motivo del incumplimiento del contrato por parte de la entidad contratante.

"*Vigésimo.* La sociedad Estructuras Pretensadas Ltda., es una sociedad de responsabilidad limitada, con domicilio en Bogotá, y cuyo representante legal es el Doctor Augusto Ruiz Corredor. La sociedad Jaime Echeverría & Cía. Ltda., es igualmente una sociedad de responsabilidad limitada, con domicilio en Medellín y cuyo representante legal es el Doctor Jaime Echeverría Gerena. Dichos representantes legales son vecinos de Bogotá y Medellín, respectivamente, e identificados con los documentos que aparecen al pie de sus firmas, según consta del poder especial que me han conferido para incoar la presente acción".

## II

### *Petitum*

Las peticiones de la demanda aparecen formuladas así:

"1º Declarar que el Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional— incumplió el contrato al cual se refieren los hechos de esta demanda, respecto de las obligaciones a cargo del citado Ministerio.

"2º Como consecuencia de la declaración inmediatamente anterior, condenar al Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional— a pagar a mis mandantes los perjuicios causados por el incumplimiento contractual, perjuicios que comprenden daño emergente y lucro cesante.

"El valor de los perjuicios se actualizará a la fecha de la sentencia, de acuerdo con doctrinas expuestas por el Honorable Consejo de Estado.

"3º Que si no se pudiere establecer el valor de los daños materiales dentro del proceso, se ordenen que se tasen mediante el incidente posterior de liquidación de que tratan los artículos 307 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

"4º Que se dé cumplimiento a la sentencia que se dicte dentro del perentorio término establecido en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, y, si así no se hiciere, se condene al pago de los intereses corrientes y moratorios sobre la suma adeudada".

## III

### *Normas violadas y concepto de la violación.*

"Con el incumplimiento del contrato número 156-80 por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—, fueron violados los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; 1602, 1603, 1613, 1622 y 1551 del Código Civil y las cláusulas cuarta parágrafo, sexta —parágrafo segundo—, octava y décimatercera del contrato número 156-80.

"1º *Artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional.* De acuerdo con el artículo 16 de la Carta, norma fundamental de las obligaciones estatales y razón de ser del Estado, las autoridades de la República están constituidas para defender y garantizar la vida, bienes y honra de las personas que residen en el país, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

"Según el artículo 30 de la Constitución Nacional, se garantiza el derecho de propiedad y demás derechos adquiridos de acuerdo con los ordenamientos civiles vigentes.

"De las normas antes enunciadas se desprende que es la primera obligación de las autoridades, bien sea por la vía de las relaciones de autoridad ciudadana o por las derivadas de un contrato, el proteger los bienes de las personas e impedir que sean vulnerados o desconocidos; por ello en el derecho administrativo no se han tenido que estructurar profundas teorías, para reconocer los reajustes de precios al presentarse el desequilibrio económico en la realización de un convenio. El Estado aun cuando celebra un contrato, no sólo debe procurar proteger los intereses públicos, sino los bienes de las personas residentes en el país, sin que lícitamente le sea permitido con sus actos u omisiones vulnerarlos.

"En el presente caso el Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional— al no conceder la ampliación del plazo, no suministrar los datos fundamentales para la ejecución del contrato, no tener la reserva presupuestal suficiente, no acceder a la celebración de un contrato adicional, y en general, haber realizado el contrato la buena fe que debe presidir toda actividad administrativa, sin lugar a dudas violó los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, y sus desarrollos legales en el campo de las obras públicas (Decreto 150 de 1976, Decreto 222 de 1983).

"Por lo anteriormente expuesto se impone la declaración de incumplimiento del contrato 156-80 por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—, declaración que genera una indemnización de perjuicios a favor de mis mandantes.

"2º *Artículo 1602.* Se violó el artículos 1602 del Código Civil, que dispone que todo contrato legalmente celebrado constituye ley para las partes y no podrá ser invalidado sino por razones legales.

"Si en el parágrafo de la cláusula cuarta, las partes contratantes declararon que cuando por razón de cambio de especificaciones y otras causas imprevistas hubiera necesidad de modificar el valor del plazo total del contrato, celebraría contrato adicional, no podía el Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—, exigirle al Consorcio Contratista, cumplir con un nuevo proyecto que desde ningún punto de vista se ajustaba al que inicialmente quedó consagrado en la propuesta y en el contrato.

"3º *Artículo 1603.* Se violó el artículo 1603 del Código Civil que establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente 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.

"En el presente caso mis mandantes no sólo obraron de buena fe, sino que además propusieron soluciones a los imprevistos originados por el nuevo proyecto, el cual modificó sustancialmente el inicial, contenido en el contrato. A pesar de ello, la entidad contratante nunca estuvo en disposición de enmendar los errores cometidos por la improvisación en la ejecución del nuevo proyecto; al contrario, su política pretendía ajustar al Consorcio Contratista dentro de los parámetros del convenio, sin que tuviera en cuenta la necesaria modificación de sus partes esenciales, tales como plazo, precios unitarios, etc., por ello, la ejecución del contrato 156-80, por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional— no estuvo presidida por la buena fe, y la negligencia para celebrar un nuevo contrato adicional es una muestra más de la ignorancia de la norma comentada, motivo por el cual procede la declaratoria de incumplimiento.

"4º *Artículo 1613.* Se violó el artículo 1613 del Código Civil consagratorio del derecho a la indemnización de perjuicios cuando las obligaciones no se han cumplido, se han cumplido imperfectamente, o se ha retardado su incumplimiento. En nuestro caso la entidad contratante sistemáticamente incumplió las obligaciones contractuales, impuso multas cuando no existían razones o circunstancias imputables al Consorcio Contratista, no suministró en forma precisa las fuentes de materiales, no tuvo en cuenta el vencimiento del plazo contractual, no tener la reserva presupuestal suficiente, no disponer la celebración del contrato adicional, en fin, no se ajustó a los claros términos del convenio, motivo por el cual deberá indemnizar los perjuicios materiales, que comprenden daño emergente y lucro cesante.

"5º *Artículo 1622.* Se violó el artículo 1622 del Código Civil que habla de interpretación de las cláusulas contractuales toda vez que debe tenerse en consideración 'lo que mejor convenga al contrato en su totalidad'. Si el Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional— hubiera tenido en consideración las circunstancias que modificaron el contrato durante su desarrollo, seguramente la obra se hubiera concluido sin causar los perjuicios que viene sufriendo el Consorcio Contratista.

"6º *Artículo 1551.* Esta norma del Código Civil consagra la noción de plazo a término, al definirlo como 'la época que se fija para el cumplimiento de la obligación', el cual puede ser expreso o tácito. En nuestro caso dicho término o plazo se extinguió definitivamente el 16 de diciembre de 1982, no obstante lo cual la entidad contratante envió en forma extemporánea los informes y datos que el Consorcio Contratista había solicitado con muchos meses de anterioridad. Se demuestra por tanto la negligencia de la primera para cumplir con las obligaciones contractuales dentro del término señalado, circunstancia que no puede ser ajena al momento de fallarse el proceso. La norma jurídica resultó violada por la omisión que hizo el Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—, plazo estipulado en el contrato.

"Ahora bien, si se modificó el proyecto que hacía parte del contrato, y variaron fundamentalmente los costos, no se establecieron las fuentes de materiales, no se celebró contrato adicional ante la necesidad inminente de modificar los términos contractuales por precio y plazos, y no existía reserva presupuestal suficiente para la conclusión de la

obra, tiene que concluirse que se violaron las cláusulas cuarta parágrafo, sexta parágrafo segundo, octava y décimatercera del contrato, y por ello la justicia contencioso administrativa deberá reconocer los perjuicios sufridos por mis mandantes".

IV

*Alegato presentado por el apoderado de la parte actora*

En la parte pertinente del alegato de la parte actora, visible a folios 91 y siguientes del cuaderno número 1, se lee:

"II. *Los hechos y su prueba.*

"Me permito solicitar, se tengan en cuenta en la sentencia que ha de proferir el Honorable Consejo de Estado, las siguientes consideraciones:

"1. Si se examinan con detenimiento las pruebas que fueron practicadas y los documentos que obran dentro del proceso, se advierte el incumplimiento reiterado por parte del Fondo Vial Nacional, de las obligaciones a su cargo contenidas en el contrato número 156-80, para la rectificación y ampliación del sector Belén-Río Guina (K. 30+000-K. 59+250), de la carretera Belén-Capitanejo.

"2. Es lógico que existan para los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas, una serie de explicaciones del incumplimiento en el contrato, pero si se observan con detenimiento las obligaciones a cargo de esa entidad, tiene que deducirse que para la firma contratista era imposible ejecutar la obra ante el sistemático incumplimiento de las obligaciones del Ministerio. Como quedó demostrado por comunicaciones que obran en el expediente, la reserva presupuestal del contrato era insuficiente; existió un cambio protuberante en las especificaciones del contrato; mucho después de haberse suscrito el acta de iniciación de las obras se establecieron definitivamente las fuentes de materiales. En fin el Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional— dio un tratamiento al contrato número 156-80, totalmente desordenado, lo que acarreó para las sociedades contratistas una serie de perjuicios que deberán ser reconocidos en la sentencia.

"3. No obstante que el Ministerio de Obras Públicas, en las diligencias que fueron practicadas, trató de desconocer la suscripción de un contrato adicional, que ampliaba el plazo ante las eventualidades presentadas por causas no impubles (sic) a la sociedad contratista, Consorcio Estructuras Pretensadas Ltda. Jaime Echeverría & Cía. Ltda., obra dentro del expediente fotocopia auténtcia del contrato que se firmaría, y por otra parte, los declarantes reconocieron la suscripción del contrato adicional, toda vez que era necesario ampliar el plazo para la ejecución total del contrato.

"Si el Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional—, hubiera considerado todas aquellas razones que ha expuesto en el curso del proceso, no se entiende por qué estaba dispuesto a firmar un nuevo contrato adicional, en lugar de declarar la caducidad del contrato. Lo cierto es que esta última medida no la podía adoptar, porque el incum-

plimiento del contrato se debía a causas únicamente imputables a esa entidad, y no al contratista, como en forma breve explicaré más adelante.

"4. No obstante la fecha en que fue firmado el contrato, con mucha posterioridad, por falta de localización de las obras, se suscribió el acta de iniciación. Dicha circunstancia se encuentra ratificada por el señor Jorge Alfaro Urueña en su declaración, al contestar una pregunta formulada por el Consejero, en el sentido de saber si la revisión de los diseños, antes de iniciarse la propia obra, tuvo una incidencia en la iniciación oportuna de los trabajos contratados, ante lo cual el declarante manifestó: 'La revisión de los diseños tuvo una incidencia en la iniciación de los trabajos de construcción de índole temporal', lo que significa que desde un principio, por causas no imputables al Consorcio Contratista, existieron dificultades en la iniciación de las obras, toda vez que fueron revisados los diseños de construcción, y además, no existió una localización oportuna del lugar donde deberían ejecutarse las mismas. El mismo declarante, ante la pregunta formulada por el Honorable Consejero, en el sentido de saber si el contratista tomó alguna actitud e hizo observaciones iniciales por la revisión de los diseños, manifestó: 'El contratista hizo algunas observaciones en el período inicial y posteriormente en algunas comunicaciones como elemento que había incidido desfavorablemente en la ejecución de las obras' (Declaración de fecha 27 de junio de 1984). Lo anterior significa que desde un principio, la ejecución del contrato número 156-80 se vio entorpecida en razón del cambio de los diseños y especificaciones, y de la desorganización evidente por parte del Ministerio de Obras Públicas. Esto implicaba por lógicas razones que el Consorcio Contratista desde la iniciación de la ejecución del contrato fuera dejando constancias en relación con el incumplimiento de las obligaciones por parte, que le impedía el normal desarrollo de las obras.

"5. Merece comentario especial, porque ha sido tema de discusión desde el principio del proceso, lo relacionado con las fuentes de materiales para el desarrollo y ejecución del contrato fundamento de la demanda.

"No obstante las declaraciones que obran en el proceso, rendidas por los ingenieros del Ministerio de Obras Públicas y de la Interventoría, testigos que entre otras cosas para efectos de la evaluación de la prueba fueron llamados por el propio Ministerio, de acuerdo con los documentos que obran en el proceso, y muy especialmente con los que fueron enviados por la Interventoría, dentro de los cuales reposa un folder especial relativo a fuentes de materiales, se concluye con claridad que hasta un tiempo muy posterior a la iniciación de las obras, fue definida completamente por la Interventoría y por el Ministerio de Obras Públicas, lo relativo a la localización de las fuentes de materiales. En efecto, de acuerdo con comunicación dirigida por CPT al Ministerio de Obras Públicas el 5 de mayo de 1982, número 0078/82, se define lo relacionado con los estudios sobre las fuentes de materiales, indispensables y aptas para la ejecución de la obra. Sobre el particular es necesario manifestar que las fuentes de materiales que inicialmente se indicaron, no eran las más aptas para el desarrollo de las obras, lo cual aparece ratificado por diversas comunicaciones y estudios realizados. Entre otros se encuentra uno presentado por Ingeniería y Geotécnica Ltda., de fecha abril 12 de 1982, y que fueron fundamen-

to para la recomendación contenida en la carta número 0078/82 antes referida. Si se examina con detenimiento el folder contentivo de los documentos sobre fuentes de materiales, enviado por la Interventoría al Honorable Consejo de Estado, se encuentra una gran contradicción con lo dicho por los testigos dentro de la declaración rendida ante el Honorable Consejo de Estado, señores René López Duque, Daniel Lordui Baena y Jorge Alfaro Urueña. Por el contrario el Consorcio Contratista se vio precisado a informarle al Ministerio y a la Interventoría sobre la deficiencia de los materiales indicados como aptos inicialmente. Ello motivó unos exámenes geológicos adicionales que concluyeron en que las fuentes de materiales inicialmente indicadas no eran las más aptas para la ejecución de las obras. Es decir que sólo hasta mediados de 1982, se le puso en consideración por parte de CPT al Ministerio de Obras Públicas, lo relativo a los estudios definitivos encaminados a establecer la localización de las fuentes de materiales más aptas para el desarrollo de las obras contratadas. A la entidad contratante, se le ocurrió más bien, sin que mediara los estudios necesarios, desplazar a las personas encargadas de ejecutar las obras, de un lugar a otro, buscando las fuentes de materiales más aptas, lo que conllevó a una serie de trabajos que a la postre le ocasionaron al Consorcio Contratista una serie de perjuicios, que influian necesariamente en el normal y cumplido desarrollo de las obras. Es lógico que el Ministerio al proponer al Consorcio Contratista, la localización para la extracción de las fuentes de materiales, recibiera por parte de éstos últimos una evaluación técnica y económica, porque ello implicaba una serie de costos que debía asumir el Ministerio de Obras Públicas previo acuerdo con los contratistas. La desorganización evidente en lo relacionado con las fuentes de materiales, obligó al Consorcio Contratista para desplazarse de un lugar a otro, realizando una serie de trabajos que luego de realizados serían examinados técnicamente. Esto conlleva a una contradicción, porque de acuerdo con la propuesta realizada, se convinieron determinados precios, teniendo en cuenta precisamente la realización de estudios previos a la ejecución de las obras. Pero como aquí ya se ha manifestado, dichos estudios, objetos de cambios en las especificaciones se verificaron cuando ya había pasado largo tiempo desde la misma iniciación de las obras. Aquí también merece destacarse lo dicho por CPT al señor Edgar A. Urrea del Ministerio de Obras Públicas en comunicación número 156/82 de 30 de agosto de 1982, carta que será comentada por otros aspectos en este escrito, pero que sobre la necesidad de nuevas especificaciones, manifiesta: 'El MOPT adelanta actualmente una revisión de todos los aspectos relativos al diseño de pavimento *y de las fuentes de materiales*, lo cual, a nuestro juicio *será aspecto fundamental para definir el alcance definitivo del contrato de construcción*'.

"Esta definición es de exclusiva competencia del MOPT, sin embargo nos permitimos sugerir tener en cuenta el mismo orden de prioridad que el MOPT estableció para el sector Río Guina-Capitanejo de concluir totalmente la explanación, obras de arte, sub-base y conservación *y aprovechar el material triturado por el Consorcio Contratista en el Río Guina, el cual como lo dijimos en nuestra comunicación número 154/82, de agosto 30/82 es de aproximadamente 16.732 M3 compactos*" (He subrayado).

"Quiero hacer caer en cuenta del Honorable Consejo de Estado sobre las fechas en que fueron dirigidas éstas comunicaciones, en comparación con la fecha del acta de iniciación de los trabajos. ¿Cómo se le puede exigir al Consorcio Contratista el desplazamiento de su maquinaria y de sus trabajos, sin que a éstas fechas no se hubiera resuelto definitivamente lo relativo a las fuentes de materiales, al diseño de pavimentos y a otros aspectos técnicos íntimamente vinculados con la ejecución de las obras?

"La respuesta es clara, y por ello el mismo Ministerio tuvo intención de celebrar un contrato adicional, porque debido a causas imputables a esa entidad y no a los contratistas se vieron atrasados los frentes de trabajo.

"Como lo decía anteriormente, los documentos y comunicaciones que obran en el proceso se encuentran en abierta contradicción por los testigos que fueron llamados a declarar por el Ministerio de Obras Públicas, toda vez que como se ha visto, la propia Interventoría y el Ministerio no definieron oportunamente aspectos fundamentales para que las obras se hubieran ejecutado dentro del término contractual.

"6. Como se puede desprender de los documentos que obran dentro del proceso, al Consorcio Contratista se le impusieron dos (2) multas por parte del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, sanciones que no tenían fundamento técnico ni jurídico, porque había sido el propio Ministerio el que había incumplido desde un principio con sus obligaciones contractuales. De acuerdo con los precios unitarios, integrantes del contrato, y con los planos suministrados posteriormente por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, se evidencia una contradicción, tan grande que fue puesta en consideración por el Consorcio Contratista en reiteradas oportunidades. Es así que si tomamos en cuenta por ejemplo los ítems de movimiento de tierra y roca, pasó de 40.000 M3 a 158.000 M3, con un incremento visible del 395% las diferencias anteriores se hacen evidentes en el acta final de obra de diciembre de 1982, y que hacen parte del proceso.

"7. Precisamente en relación con las sanciones que le impone el Ministerio de Obras Públicas al Consorcio Contratista, existen diversas comunicaciones de CPT, en donde se encuentra la Interventoría en desacuerdo por dichas medidas. Es así como en comunicación número 131/81 de septiembre 3 de 1981, dirigida por la Interventoría, al subdirector de Supervisión del Ministerio de Obras Públicas, señor René López Duque, se manifiesta: *'Por los anteriores aspectos, consideramos que aplicar una segunda multa en el momento actual no contribuiría a facilitar la terminación de las obras y por el contrario afectaría la situación financiera del contratista'* (He subrayado).

"Es evidente que la propia Interventoría no encontraba justificado que se impusieran sanciones al Consorcio Contratista por parte del Ministerio de Obras Públicas, situación que se mantuvo incluso hasta la carta que enviara el 14 de septiembre de 1982, en donde se propone una nueva aprobación para el programa de inversiones, que se suscribiera un contrato adicional, más o menos hasta finales de octubre de 1983, concepto que se acompañó con la demanda.

"8. Se hace necesario destacar el déficit protuberante en el presupuesto para la obra objeto del contrato número 156-80. Me haría

demasiado extenso para enumerar todas las comunicaciones en relación con este aspecto, pero principalmente debo destacar la número 156/82 de agosto 30 de 1982, dirigida por CPT a Edgar A. Urrea Pérez, en donde la Interventoría le manifiesta al Ministerio de Obras Públicas sobre la necesidad de confeccionar contrato adicional, el hecho de que no se le podía exigir al contratista aumentar el ritmo de la obra, por déficit muy grande en el presupuesto. Dicho criterio se encuentra ratificado por la misma entidad en su comunicación del 14 de septiembre de 1982, que ya ha sido comentada y que se encuentra transcrita en la demanda. El doctor Bencardino y el señor Edgar A. Urrea, no obstante que éste último fue renuente para declarar, ratificaron que sí se iba a suscribir contrato adicional, y por ello el primero de los declarantes manifiesta que envió comunicaciones días antes del vencimiento del contrato, indicando diseño de base y pavimento.

"Todo lo anterior nos lleva a concluir la violación de las obligaciones contractuales a cargo del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, violando por consiguiente los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional, el artículo 1602 del Código Civil en el que se establece que todo contrato legalmente celebrado constituye ley para las partes, el artículo 1603 sobre la ejecución de los contratos de buena fe y que por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen de la naturaleza de la acción, o que por la ley pertenecen a ella, el artículo 1613 del Código Civil, que consagra el derecho a la indemnización, cuando las obligaciones no se han cumplido, se han cumplido imperfectamente o se ha retardado su incumplimiento, el artículo 1622 del Código Civil sobre la interpretación de las cláusulas contractuales, toda vez que debe tenerse en consideración lo que mejor convenga al contrato en su totalidad, el artículo 1551 sobre plazo, y que el Ministerio de Obras Públicas no tuvo en cuenta para haber culminado felizmente con la ejecución del contrato.

"9. Finalmente quiero poner de presente al Honorable Consejo de Estado, la existencia dentro de los documentos aportados, de la lista de precios unitarios con que se contrató posteriormente la obra que no se culminó con el Consorcio Contratista, y demandante en este juicio, en donde se aprecia con claridad la diferencia sustancial con la lista de precios unitarios del contrato número 156-80, específicamente en relación con la misma obra. Lo anterior implica que sin tener los elementos necesarios era imposible llevar a término la obra contratada, por causas insisto, no imputables al Consorcio Contratista.

"Por lo anteriormente expuesto solicito del Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, se accedan a todas las peticiones consignadas en la demanda. En dicha providencia se deben establecer las bases, con las cuales mediante incidente posterior se liquiden los perjuicios sufridos por el Consorcio Demandante, en desarrollo del contrato número 156-80".

## V

### *Posición del apoderado de la parte demandada*

El apoderado del Ministerio de Obras Públicas y Transporte no hizo uso de la facultad que la ley le dio para sustentar la defensa de su patrocinado.

## VI

*Concepto fiscal*

A folios 98 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el concepto rendido por la Fiscal Segunda del Consejo de Estado. En la parte que es pertinente del mismo se afirma:

"CONSIDERACIONES:

"La parte actora del proceso señala como causas determinante del incumplimiento del contrato e imputables al Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional— las siguientes:

"a) La modificación del proyecto inicial lo cual ocasionó un retrazo (sic) en la iniciación de las obras, teniendo en cuenta que el contrato quedó perfeccionado el 26 de junio, las obras se comenzaron el 4 de agosto y según lo estipulado en la cláusula tercera, el contratista se obligó a iniciar la ejecución de las obras dentro de los 15 días siguientes a la fecha del perfeccionamiento del contrato.

"b) Como consecuencia del cambio del proyecto inicial, la firma contratista solamente conoció la localización directa el 30 de marzo de 1981 y solamente el 15 de mayo del mismo año se definió lo inherente a la localización de las obras de arte.

"c) Se produjo una modificación en los términos de ejecución del contrato con relación a los ítems de movimiento de tierra y roca de 40.000 M3 a 158.000 M3 y de 4.000 a 15.000 con un incremento visible del 395%.

"d) La entidad contratante se mostró renuente a suscribir un contrato adicional en el cual se pactaran nuevos precios en razón a la variación del proyecto inicial e igualmente por la reducción del presupuesto, teniendo en cuenta que para el año de 1982 solamente existía una apropiación de $ 43.000.000 lo cual originaba una inversión mensual para el proyecto de sólo $ 2.000.000.

"e) Solamente se le indicaron al contratista las fuentes de materiales hasta el 20 de octubre de 1980, o sea dos meses después de haber quedado perfeccionado el contrato, con el agravante de resultar inadecuadas a criterio del contratista, como posteriormente lo reconoció la entidad contratante.

"f) La negativa por parte del Ministerio ante la solicitud presentada por el Consorcio Contratista tendiente a la ampliación del término del contrato hasta el mes de octubre de 1983.

"Analizado el material probatorio que obra en el expediente se encuentra que efectivamente las obras se iniciaron el 4 de agosto de 1980 debido a un cambio en el proyecto inicial y a la carencia de líneas y chaflanes, según consta en el acta de iniciación suscrita por el ingeniero Jorge Alfaro representante de la firma interventora y el ingeniero Augusto Ruiz representante del Consorcio Contratista, que reposa en el anexo número 1.

"De conformidad con lo establecido en la cláusula tercera del contrato, el contratista se obligó a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince días siguientes a la fecha del perfeccionamiento

del contrato o sea el 26 de junio de 1980; en esta forma descontando estos quince días y teniendo en cuenta la fecha de iniciación se tiene que el retrazo (sic) fue de 24 días.

"A los folios 38 y ss. de la carpeta de correspondencia 80/84 se encuentra una carta de fecha 30 de octubre de 1980 enviada por la firma interventora al Doctor René López, Jefe de la División de Interventoría de MOPT en la cual se explica que la modificación del proyecto se relacionó con la reducción del movimiento de tierra mediante el aprovechamiento de la calzada existente y la reducción de la vía proyectada a 6 Mts. pero conservando los radios mínimos para las velocidades de diseño previstas inicialmente. Se dice igualmente que la modificación implicó una reducción de costos para el contratista, como consecuencia de la disminución del movimiento de tierra.

"De acuerdo con lo dicho se considera que si bien es cierto se produjo un retrazo (sic) en la iniciación de las obras imputables a la entidad contratante, éste solamente fue de 24 días, tiempo que resulta irrelevante si se tiene en cuenta el término de duración del contrato el cual fue de 30 meses.

"Por otra parte se observa que la modificación del proyecto inicial resultó favorable al contratista, toda vez que se disminuyó el movimiento de tierra o sea que lógicamente disminuyó el trabajo y además se produjo una reducción en los costos. Podría afirmarse que prácticamente se produjo una compensación entre la demora en el comienzo de la obra y la reducción del trabajo. Se observa además que ésta modificación del proyecto estaba autorizada en el contrato de acuerdo con lo estipulado en la cláusula 8ª en la cual se dice que la cantidad de obra pactada se podrá aumentar, disminuir o suprimir durante el desarrollo del contrato por voluntad del Fondo Vial Nacional, o sea que la modificación a que se hace referencia no constituyó una violación a lo pactado por parte de la entidad contratante.

"Como segunda causal de incumplimiento por parte del MOPT se señalan en la demanda, el hecho de haber conocido la localización directa solamente hasta el 30 de marzo de 1981 y el haber definido lo inherente a la localización de las obras de arte hasta el 15 de mayo del mismo año.

"Dado que en el contrato no se señalaron fechas exactas para que el interventor suministrara las referencias topográficas estrictamente necesarias para definir las obras por realizar, se hace necesario analizar someramente el desarrollo de la construcción para ver en qué forma el haber proporcionado la información al contratista en las fechas indicadas, ocasionó un perjuicio y por lo tanto se constituyó como causal de incumplimiento por parte de la Interventoría.

"Los informes mensuales presentados por la firma interventora dan cuenta de los trabajos realizados por el contratista, observándose que durante los meses de agosto a diciembre de 1980 se realizaron labores de explanación y limpieza de alcantarillado. En el mes de enero de 1981 se dio comienzo a la demolición de las obras de arte que se iban a modificar. En el mes de marzo de 1981 se dio comienzo a la construcción de las obras de arte del K-30 al K-43, se inició la construcción de alcantarillas (obras de arte) de 0.90 Mts. del K-59+250

hacia Belén. Respecto a las fuentes de materiales se acordó utilizar las de Monterredondo lo cual se le comunicó por escrito al contratista. En el mes de abril se dice que la producción de obras de arte sigue siendo inferior a la cantidad mínima necesaria para cumplir el programa de trabajo. Para el mes de mayo de 1981 se aprobaron las fuentes de materiales en el K-4+250 hacia Paz de Río y playas de Río Guina para material de sub-base. Monterredondo y Río Guina para base y Monterredondo para pavimento.

"Se observa en este mes que el personal contratado por el consorcio es eficiente y calificado excepto el utilizado en las obras de arte el cual debe incrementarse por lo menos al doble en número. En el mes de junio se detectaron deficiencias en las obras de arte lo cual se le notificó al contratista para que procediera a efectuar las enmiendas necesarias.

"A folios 71 y ss. de la carpeta de correspondencia 80/84 se encuentra un memorando enviado por la Interventoría al MOPT mediante el cual le presenta un informe sobre el estado de avance de la construcción hasta el mes de febrero de 1981; con relación a las obras de arte se dice que este ítem es el más atrasado si se tiene en cuenta que la facturación hasta el mes de diciembre representa sólo un 1.4% con respecto al valor del ítem. Señala la Interventoría que la causa principal del atraso fue la iniciación tardía en la actividad y la carencia del equipo de trituración por lo cual el contratista se comprometió a proporcionar el equipo para los primeros días del mes de febrero.

"Por otra parte se encuentra a los folios 39, 40 y 48 y ss. de la carpeta de correspondencia 80/84 documentos que indican que el contratista programó en los Planes de Trabajo y Utilización de Equipos, la construcción de terraplenes con anterioridad a la construcción de las obras de arte y manifestó que para ello dispondría del equipo para conformación de terraplenes.

"Además en los pliegos de licitación se identificaron y describieron varias fuentes de materiales para su construcción, los cuales según lo afirma el interventor, hubiera podido utilizar; se afirma en estos documentos que debido a que el contratista no contaba con trituradora la Interventoría por solicitud del consorcio estudió fuentes alternas; en el mes de octubre se definieron fuentes y mezclas para 2.000 y 3.000 psi. En busca de una fuente alterna para la base se identificó una cantera no contemplada en los pliegos y localizada en el K. 30+700. Esta fuente resultó adecuada para los triturados de concreto requerido para las alcantarillas de 90 cms. En octubre 20/80 se le comunicó al contratista que había sido identificada otra fuente de material apta para base pero requería trituración.

"Lo anterior indica que la causa por la cual no se adelantaron las obras de arte, fue la falta de equipo de trituración adecuado para la preparación de agregados.

"De lo dicho se infiere que durante los meses de agosto de 1980 a mayo de 1981 la firma contratista estuvo en posibilidad de realizar el trabajo correspondiente sin que se le hubiera obstaculizado por la falta de la definición total en lo inherente a las obras de arte y a la señalización directa, tanto es así que el mismo consorcio solicitó que

se le aprobara la construcción de los terraplenes antes que las obras de arte. Por otra parte no es cierto que el contratista solamente hubiera tenido conocimiento de la definición de lo inherente a las obras de arte en mayo de 1981. Como se vio en los informes mensuales en el mes de marzo de 1981 se dio comienzo a la construcción de estas obras en el K-30 al K-43 y con anterioridad en el mes de octubre de 1980 se le comunicó que había sido identificada otra fuente de material que podía utilizar e inclusive la Interventoría por solicitud del mismo contratista en vista de la carencia de equipo de trituración, accedió al estudio de fuentes alternas, por lo cual no se puede afirmar que la entidad contratante no se pronunció sobre este aspecto sino hasta el mes de mayo de 1981 y que en consecuencia la firma constructora se vio perjudicada por este hecho. Además obran en el expediente abundantes pruebas que demuestran que desde un principio se requirió al contratista para que proporcionara el equipo de trituración indispensable para la construcción de esta clase de obras el cual había sido ofrecido en la propuesta.

"En el curso de los trabajos realizados se observa a través de los diferentes informes, que desde un comienzo se produjo un retraso en la construcción de las obras que cada vez fue siendo mayor; vemos cómo durante el primer mes de trabajo solamente se realizó el 68% del trabajo de explanación con relación a lo previsto, debido principalmente a la falta de equipo y a la demora en los trabajos de chaflanaje que correspondía a la Interventoría, sin embargo se dice que esa limitación se fue subsanando y por lo tanto se le solicitó al contratista que de igual manera solucionara el problema del equipo. En el mes de diciembre de 1980 o sea cinco meses después de comenzadas las obras se presentaba un atraso con relación a los trabajos de explanación, obras de arte y no se había dado comienzo a la elaboración de la subbase; en este mismo mes la Interventoría solicitó a los contratistas tomar medidas tendientes a recuperar el tiempo de atraso, tales como el envío inmediato de los equipos faltantes y la elaboración de un nuevo programa de trabajo que garantizara terminar la obra dentro del plazo pactado. En el mes de abril de 1981 la producción de obras de arte seguía siendo insuficiente e inferior a la cantidad mínima necesaria para cumplir con el programa de trabajo y el equipo de trituración aún no había entrado en funcionamiento.

"En el mes de agosto del mismo año se anota que el personal dedicado a las obras de arte es bastante deficiente y deficiente el control de construcción. El equipo de obra fue retirado y a esa fecha el atraso general es de consideración. En octubre de 1981 el atraso es bastante significativo llegando al 40% debido principalmente a la baja producción de los equipos y a la insuficiencia en los equipos de compactación, la insuficiencia en la disponibilidad de materiales especialmente cemento. Durante el mes de enero de 1982 la obra estuvo prácticamente paralizada; ante esta situación la Interventoría con fecha enero 19, envió una comunicación al contratista solicitándole reanudar las obras en forma inmediata y presentar al MOPT y a la Interventoría información detallada que permitiera juzgar la factibilidad del cumplimiento del contrato. La Interventoría reiteró al MOPT la gravedad de la situación pues en los meses transcurridos el contratista había facturado un valor promedio mensual de $ 1.97 millones y para

poder terminar las obras dentro del plazo se necesitaba que facturara un promedio mensual de $ 11.35 millones lo cual resultaba improbable que pudiera hacerlo. En el mes de febrero de 1982 se consideró que la obra ejecutada fue una tercera parte de lo programado y el atraso acumulado alcanzó a un 49%. El contratista acordó una nueva programación para terminar las obras en el mes de diciembre con base en rendimientos normales de equipo en buen estado y adecuadamente manejado.

"En el mes de abril de 1982 la obra ejecutada fue aproximadamente de la quinta parte de la programada por lo cual el atraso acumulado fue de un 52%; el contratista no dio cumplimiento a la programación acordada en el mes anterior.

"En el mes de junio se ejecutó el 39% de lo programado o sea que el atraso alcanzó el 53% y ya el interventor consideraba que el contratista no podría concluir las obras dentro del plazo contractual.

"En agosto el atraso subió a un 59%; en el mes de octubre se consideró que el contratista podría ejecutar obras hasta por un valor de $ 1.7 millones en cada uno de los meses restantes o sea hasta diciembre. A finales de octubre el contratista agotó los saldos del restablecimiento del anticipo concedido por el MOPT. Considera el interventor que el atraso tendía a incrementarse dadas las restricciones de presupuesto, el estado general de los equipos y la insuficiencia de personal.

"En el mes de noviembre tan sólo se ejecutó un 18% de la obra programada lo cual equivale a un atraso de un 71%. Se anota que las partidas presupuestales fueron considerablemente iguales a la obra factuarada por el contratista.

"En el mes de diciembre se dice que el contratista no alcanzó a copar el valor de la reserva para el año de 1982, el día 16 venció el contrato el cual no fue prorrogado por el MOPT, por tal razón la Interventoría procedió a efectuar la correspondiente liquidación por orden del MOPT.

"Analizados estos informes, la conclusión a la cual se llega es la de que uno de los principales factores que incidieron en el cumplimiento del contrato por parte del contratista fue desde un principio la falta de un equipo adecuado para la construcción de la obra; este factor se constituyó en una constante a través de todo el tiempo de trabajo. Es de anotar cómo en el mes de abril de 1981 el equipo de trituración no se había puesto en funcionamiento a pesar que desde el mes de octubre de 1980 ya se habían indicado al contratista fuentes de materiales que podía utilizar como base.

"Corrobora esta afirmación lo dicho por el ingeniero Fabio René López Duque en las declaraciones rendidas dentro del proceso, quien afirma que el contrato desde un principio sufrió demoras de toda índole debidas a la desorganización, divergencias entre los consorciados y deficiencias en el equipo de construcción, lo cual pudo comprobar no solamente por los informes de Interventoría, sino también por las visitas que practicó a la obra. Igualmente afirma que las motivaciones principales por las cuales se le aplicaron diferentes multas al contratista fueron el incumplimiento de los programas prefijados en el con-

trato, la escasez de los equipos de construcción y la desorganización técnica y administrativa de la obra. Dice además que el consorcio llevó una trituradora pequeña y en mal estado para tratar de explotar la cantera que los pliegos de condiciones habían prefijado como fuentes de material principal para la obra la cual está constituida por materiales calizas que presentan una dureza que al contratista se le hizo difícil por lo que le representaba económicamente según lo manifestó al Ministerio (fols. 33 y ss. C-2).

"El retraso considerable en la construcción de las obras dio lugar a la imposición de dos sanciones al Consorcio Contratista mediante las Resoluciones 4922 del 10 de junio de 1981 y 3815 del 3 de agosto de 1982 emanadas del MOPT (fols. 25 y ss. C-1) en la primera de ellas se consideró y analizó el atraso considerable y se llegó a la conclusión de que la razón principal de dicho atraso fue la demora por parte del contratista en el envío del equipo ofrecido en la propuesta. Contra esta resolución se interpuso el recurso de reposición el cual fue resuelto mediante la Resolución número 6791 del 10 de agosto de 1981 que confirmó el acto impugnado con fundamento en el concepto técnico sobre las consideraciones planteadas por el consorcio, en el cual entre otras cosas se dice que la cláusula sexta en el parágrafo tercero del contrato establece la obligación para el contratista de situar oportunamente en el lugar de las obras el equipo detallado en la 'relación de equipo inicial ofrecido'. La aceptación por parte del Fondo Vial de la relación de equipo presentado en la propuesta no exime al Consorcio Contratista de las obligaciones de suministrar oportunamente los equipos adicionales necesarios, adecuados en capacidad y características para cumplir con los programas, plazos y especificaciones técnicas de la obra.

"Se afirma en el informe mencionado que la Interventoría en varias ocasiones requirió al contratista para que aportara el equipo necesario, y por otra parte se aclara que las fuentes de materiales no se establecieron en definitiva en abril de 1981 sino que estuvieron definidas en el pliego de condiciones. La fuente del Río Guina fue escogida y aceptada desde el momento inicial y nunca se varió. La fuente de cantera fue cuestionada no por su calidad, sino por la naturaleza de la explotación, razón por la cual la Interventoría realizó grandes esfuerzos para buscar otra fuente. La indefinición de las fuentes alegadas por el contratista se presenta como un pretexto para justificar la demora para poner en funcionamiento la trituradora.

"La segunda sanción impuesta al contratista se fundamentó en un informe de la visita practicada al lugar de las obras cuyo objeto fue el comprobar el funcionamiento de la trituradora y la comprobación de la parálisis de las obras. Los resultados obtenidos fueron los siguientes: 'Unicas actividades en ejecución: Obras de drenaje de muy mala calidad... Trabajos de instalación de una trituradora compacta en el Río Guina (antes de un mes no estará produciendo), y por otra parte el evidente atraso en las obras'.

"Se encuentra entonces que las sanciones impuestas al Consorcio Contratista fueron justificadas y suficientemente analizadas y demues-

tran lo afirmado anteriormente en el sentido de señalar como principal motivo de atraso de las obras, la falta de equipo adecuado.

"Respecto a la causal de incumplimiento imputable al MOPT señalada por el actor consistente en negarse a firmar un contrato adicional por la reducción del presupuesto para el año de 1982, lo cual originaba una inversión mensual para el proyecto de sólo $ 2.000.000, se encuentra que efectivamente sí se produjo la reducción presupuestaria de acuerdo con las anotaciones consignadas en los informes de Interventoría de los últimos meses del año de 1982, pero esta reducción no impidió que el MOPT cancelara oportunamente las actas de obras las cuales nunca se excedieron de los $ 2.000.000 de inversión mensual, precisamente por el bajo rendimiento de la obra en esta época. En cuanto a la afirmación de la negativa por parte del MOPT para firmar el contrato adicional en razón de la reducción del presupuesto, no se encuentra en el expediente prueba de ello ya que no se aportaron documentos en los cuales se expliquen las razones por las cuales no se firmó el mencionado contrato, todo parece indicar que la omisión se debió a la premura de tiempo dado que el interventor sugirió la celebración del contrato adicional en el mes de octubre de 1982 y el contrato se terminó por expiración del plazo el 16 de diciembre de 1982.

En cuanto a la negativa del MOPT para conceder una ampliación del término contractual es evidente que sobraban las razones para no hacerlo toda vez, como ya vimos, el atraso y las dificultades en la elaboración del programa se presentaron desde un principio y se fueron agudizando en el transcurso del contrato hasta tal punto que a finales del año de 1982 solamente se había construido un 30% del total de la obra lo cual hacía suponer que en el plazo solicitado o sea hasta octubre de 1983 era imposible que se terminaran las obras que no se habían construido en 30 meses.

"Este factor no puede considerarse como causal de incumplimiento por parte del MOPT porque la ampliación del término contractual no es obligatorio; el contrato se terminó por expiración del término pactado y su ampliación solamente dependía de la voluntad del MOPT y como ya se dijo, en este caso no resultó caprichosa esta negativa, por el contrario se encuentra del todo justificada".

## VII

*Consideraciones de la Sala:*

a) De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula tercera del contrato número 156-80, el Consorcio Contratista se obligó: "...a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato, y a su ejecución completa dentro de los treinta (30) meses siguientes, contados a partir de la fecha de perfeccionamiento..."

b) Según la constancia que aparece al pie del referido acto jurídico, suscrita por el abogado de la Oficina Jurídica, este se perfeccionó el 16 de junio de 1980, pero las obras sólo se iniciaron el día cuatro (4) de agosto, esto es, con un poco más de un mes de retraso debido

al hecho de que no había PROYECTO LOCALIZADO, como se precisa en todos los informes rendidos por la Interventoría (Ver carpeta número 2, folio 273).

c) Precisados los hechos que quedan enlistados bajo los literales anteriores, se hace necesario, para una mejor comprensión de la problemática planteada, distinguir 3 etapas bien diferenciadas a saber:

1ª La comprendida entre el cuatro (4) de agosto de 1980, fecha en que se iniciaron las obras y el tres (3) de mayo de 1982, fecha en que se dictó la Resolución número 3815, por medio de la cual se impuso la última multa por CIENTO TREINTA Y CINCO MIL PESOS ($ 135.000) al Consorcio Contratista, por "INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE SUS OBLIGACIONES", como se lee en la parte resolutiva de la misma. Con anterioridad, esto es, el diez (10) de junio de 1981 se había impuesto otra por la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($ 250.000) por igual razón; y

2ª La que va del 4 de mayo de 1982 y el 16 de diciembre de 1982, fecha en que terminó el plazo para la ejecución de las obras; y

3ª La que se inicia el 17 de diciembre de 1982 y concluye el 31 de octubre de 1983, fecha en que se firma el acta número 121 de liquidación final del contrato.

Por separado la Sala se ocupará del estudio relacionado con el cumplimiento o incumplimiento de los respectivos deberes jurídicos de cada una de las partes, para deducir las consecuencias jurídicas correspondientes.

*Primer período.*

a) El Ministerio de Obras Públicas y Transporte dictó el 10 de junio de 1981, la Resolución número 4922, que fue confirmada por la número 6791 de 10 de agosto de 1981 (folio 30 cuaderno número 1), por medio de la cual sancionó al Consorcio Contratista con la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($ 250.000) por incumplimiento de sus deberes jurídicos.

En la parte sustancial de los considerando del primero de los actos citados se lee:

"Que la firma interventora Compañía de Proyectos Técnicos C.P.T. manifestó en escrito dirigido al subdirector de Supervisión del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, ingeniero René López Duque, la demora por parte del Consorcio Contratista en ejecutar las obras materia del contrato en cuestión, en los términos que a continuación se exponen: 'Bogotá, D. E., 20 de abril de 1981. Señor Doctor René López Duque, subdirector Supervisión Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Ciudad. Ref.: Contrato Nº 156-80. Estimado Doctor López: De acuerdo con su solicitud con la presente nos permitimos informar al Ministerio de Obras Públicas y Transporte sobre el estado de las obras comprendidas en el contexto de la referencia y las conclusiones de la Interventoría sobre el respecto. En el cuadro anexo se consignan las fechas de legalización del contrato y del acta de iniciación, así como el valor programado y ejecutado sin incluir ajustes en cada uno de los tres trimestres transcurridos a partir del 1º de julio de 1980.

También se presenta dicha información teniendo en cuenta el mes de agosto como mes 1, dado que la fecha del acta de iniciación fue el 4 de agosto de 1980, por (sic) 'Por razones ya conocidas por parte del MOPT. En este cuadro se observa lo siguiente: 1. Si se considera el mes de julio de 1980 como mes 1 la obra programada y no ejecutada es de aproximadamente 7,3 $ 9.2 y $ 9.0 millones en cada uno de los tres trimestres respectivamente. Estos atrasos corresponden aproximadamente a un 76%, 80% y 50% con respecto al valor de la obra programada respectiva. El atraso total acumulado a 31 de marzo de 1981 es de aproximadamente $ 25.5 millones lo cual representa aproximadamente un 65% con respecto a la obra programada. 2. Si se considera el mes de agosto de 1980 como mes 1 la obra programada y no ejecutada es de aproximadamente $ 4.1, $ 8.2 y $ 7.2 millones en cada uno de los tres trimestres respectivamente. Estos atrasos corresponden aproximadamente a un 64%, 78% y 44% con respecto al valor de la obra programada respectivamente. El atraso total acumulado a 31 de marzo de 1981 es de aproximadamente $ 19.5 millones lo cual representa aproximadamente un 59% con respecto a la obra programada. 3. Para cada uno de los dos casos anteriores el atraso acumulado representa un 16% y 13% con respecto al valor total del contrato respectivamente. Lo anterior permite concluir que el atraso en la ejecución de las obras objeto del contrato referido es de consideración en los dos casos mencionados. La razón principal de dicho atraso ha sido la demora por parte del contratista en el envío de los equipos ofrecidos en su propuesta. La Interventoría, como es de conocimiento del MOPT, ha solicitado en forma reiterada la corrección de dicha deficiencia, con lo cual se obtuvo que en el curso de los meses de enero y febrero de 1981 el contratista completase el equipo para explanación. Sin embargo no ha podido poner en funcionamiento el equipo de trituración, con grave detrimento para la actividad de base granular. Por los hechos expuestos, esta Interventoría recomienda al MOPT juzgar la conveniencia de aplicar los mecanismos previstos en el contrato, para corregir la situación de atraso. Sin otro particular, nos es grato suscribirnos de usted, atentamente (fdo.) Jorge Alfaro Urueña, Gerente C.P.T. Ltda.' ".

En otro parte de la Resolución número 4922 se destaca:

"Que el Director de Carreteras, ingeniero Edgar A. Urrea Pérez, con Memorando Nº CS 0579 de abril 30 de 1981 informó a la Dirección de Licitaciones y Contratos de ésta entidad, sobre el atraso por parte del Consorcio Contratista al ejecutar las obras objeto de la obligación contractual, tal como se advierte en la siguiente transcripción: 'Memorando Nº CS 0579. Abril 30 de 1981. Para: Dirección Licitaciones y Contratos. De: Director de Carreteras. Ref.: Solicitud imposición de multa. El Consorcio Estructuras Pretensadas Ltda. y Jaime Echeverría Gerena, que por medio del contrato Nº 156-80 se obligó a ejecutar para el Fondo Vial Nacional, la (sic) obras necesarias para la rectificación y ampliación del sector Belén-Río Guina (K. 30+000 - K. 59+250) de la carretera Belén-Capitanejo, ha incumplido los términos contractuales de acuerdo a los programas de trabajo e inversiones presentados. El estado de las inversiones programadas, ejecutadas y el atraso correspondiente por trimestre así como los procentajes respectivos se resumen en el cuadro siguiente:

| *Trimestre* | *Programado Miles $* | *Ejecutado Miles $* | *Atraso Miles $* | *%* |
|---|---|---|---|---|
| Primero: | 9.571.22 | 2.305.87 | 7.256.35 | 75.9 |
| Jul.-Agt.-Sep. | 6.385.97 | | *4.080.10 | *63.9 |
| Segundo: | 11.519.49 | 2.341.00 | 9.178.49 | 79.6 |
| Oct.-Nov.-Dic./80 | 10.529.90 | | *8.188.30 | 77.8 |
| *Trimestre* | *Programado Miles $* | *Ejecutado Miles $* | *Atraso Miles $* | *%* |
| Tercero: | 18.091.02 | 9.050.19 | 9.040.83 | 49.9 |
| Ene.-Feb.-Mar./81 | *16.235.48 | | *7.185.29 | *44.3 |
| TOTALES: | 39.181.73 | 13.697.06 | 25.484.67 | 65.04 |
| | *33.151.35 | | *19.454.29 | *58.7 |

* Se toma el mes de agosto de 1980 como mes 1º.

"En consecuencia y en atención al atraso observado, esta Dirección solicita que de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre sanciones estipuladas en el contrato, se tramite la imposición de la multa a que haya lugar. Se anexa oficio Nº 045/81 con anexo de fecha 20 de abril de 1981 de la firma interventora. Cordialmente. (fdo.) Edgar A. Urrea Pérez, Director. Vo. Bo. (fdo.) Guillermo Baex González, Secretario Técnico' ".

Posteriormente, con fecha tres (3) de mayo de 1982, el mismo Ministerio volvió a sancionar al Consorcio Contratista, como se desprende de la Resolución número 3815 de esa fecha, confirmada por la número 5843, de junio 30 de 1982, con la suma de CIENTO TREINTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE ($ 130.000). En la parte motiva se destacan como fundamentos de la sanción, entre otros, los siguientes hechos:

"Que mediante acto administrativo expedido el 10 de junio de 1981 por el representante legal del Fondo Vial Nacional, se sancionó al consorcio contratista 'Estructuras Pretensadas Limitada' y 'Jaime Echeverría y Cía. Ltda.' con una multa de Doscientos Cincuenta Mil Pesos ($ 250.000) M/Cte., por incumplimiento parcial de las obligaciones que se originaron una vez suscrito el contrato número 156 de 1980.

"Que según informe del Jefe de División Supervisión Técnica del Ministerio de Obras Públicas y Transporte ingeniero Daniel Lorduy Baena, rendido a la Dirección de Carreteras luego de la visita efectuada

el 6 de julio de 1981 en compañía de la firma interventora demostró que el consorcio contratista a pesar de la sanción impuesta anteriormente sin justificación alguna continúa incumpliendo su obligación; lo cual se deduce de los siguientes términos:

*"Informe de visita"*

"Carretera: Belén-Río Guina.

"..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ....."

*"Objeto de la visita:*

"a) Comprobar el funcionamiento de la trituradora para fabricar material para bases y tratamientos superficiales. En reunión efectuada en la Dirección de Carreteras el 4 de junio los contratistas se comprometieron a tener ese equipo funcionando durante el mes de junio. Anteriormente en visitas al frente de trabajo del Secretario Técnico y del Director de Carreteras, habían hecho las mismas promesas.

"b) Comprobación de la parálisis de las obras, informada por el Jefe dél Distrito número 4 con marconigrama 190720 junio/81 dirigido al señor Ministro.

*"Antecedentes:*

"Los trabajos se han desarrollado con dos frentes. El 1er. sector entre Belén y el K. 45 avanzando en sentido creciente desde Belén.

"En el 2º sector está organizado desde Río Guina (K. 59+250) hasta el K. 45.

"Las obras del primer sector las han ejecutado con equipo de la firma Ramírez y Cabrera como subcontratista. En el segundo sector está atendido por el ingeniero Jaime Echeverría. Las obras de drenaje también se han venido ejecutando por medio de subcontratistas.

*"Resultados de la visita:*

"En compañía de los ingenieros Euclides Becerra, supervisor de proyecto, Jorge Alfaro, Gerente CPT, y Jorge A. Castillo, Interventor Residente, se inició el recorrido de la vía. A pesar de haber visitado las instalaciones del consorcio en Belén no tuvimos compañía del ingeniero residente por no encontrarse en el lugar.

"Durante el recorrido se unió al ingeniero Fabio Rodríguez, quien se presentó como la persona que me iba a encargar de las obras del segundo sector.

"Durante la visita en el primer sector, no encontramos trabajos a excepción de algunas obras de drenaje dirigidas por maestros de obra de los subcontratistas. Solamente encontramos del consorcio una comisión de topografía que en ese momento se de-

dicaba a comprobar unos allanamientos, pero que no tenía un programa de trabajo definido como lo manifestó el topógrafo encargado.

"En este primer sector encontramos una motoniveladora y un vibrocompactador con su tractor agrícola guardados en una casa, sin operadores ni persona alguna que nos indicara la razón de su no utilización.

"Al visitar la cantera de Monterredondo, fuente de materiales definidos en los pliegos de condiciones para base del primer sector y pavimento de todo el tramo bajo contrato, comprobamos que solamente se ha descapotado un área relativamente pequeña y no se han iniciado labores de preparación para instalar trituradora ni frentes de explotación de la cantera. Sobre este aspecto informó el ingeniero Fabio Rodríguez, que dentro de los compromisos que tiene él en su convenio con el consorcio, está la instalación de una trituradora primaria en ese sitio.

"En el segundo sector la situación encontrada fue similar; únicamente se trabajaba en obras de drenaje, bajo dirección de maestros de obras.

"Se encontraron algunos equipos guardados sin justificación, ni orden alguna de trabajo, la mayoría sin operadores.

"Algunas volquetas de la firma Ramírez y Cabrera estaban transportando material del Río Guina para conservación de tramos afectados por el invierno y que produjeron interrupción del tránsito.

"También se encontró que se estaban haciendo esfuerzos por organizar el patio de trituración y la instalación de la trituradora compacta, en Río Guina.

"Sobre este aspecto, a cargo del subcontratista Fabio Rodríguez en la fecha de la visita se estableció, que se continuaba la reparación mecánica de la trituradora, y con volquetas de Ramírez y Cabrera se hacían rellenos del sitio de instalación de la planta.

"Según los informes del ingeniero Rodríguez, su compromiso definido con el ingeniero Augusto Ruiz de Estructuras Pretensadas incluye la producción de triturado en Río Guina y la construcción del segundo sector entre el K. 45 y Río Guina, así como la trituración con primaria de material de Monterredondo.

*"Conclusiones:*

"En definitiva se encontró la siguiente situación:

"Unicas actividades en ejecución: Obras de drenaje de muy mala calidad...;

"Trabajos de instalación de una trituradora compacta en el Río Guina (Antes de un (1) mes no estará produciendo).

"Promesa del ingeniero Fabio Rodríguez de encargarse del segundo sector.

"Al respecto se comprobó que este subcontratista tiene en la zona un ingeniero residente.

"El equipo de Ramírez y Cabrera trabaja parcialmente. Se informó de su desvinculación como subcontratista.

"(fdo.) DANIEL LORDUY BAENA, Jefe División Supervisión Técnica. Bogotá, julio 24 de 1981".

Que Jorge Alfaro Urueña, Gerente de la firma interventora denominada "Compañía de Proyectos Técnicos Ltda., "C.P.T.", se dirigió al subdirector de la Supervisión ingeniero René López Duque con carta fechada enero 19 de 1982, en ésta el ingeniero manifiesta su preocupación en el hecho de que encuentra al Consorcio Contratista una vez más atrasado en la ejecución de obra programada debido al lento desarrollo de los trabajos y a ciertas causas que en el mismo se mencionan:

"Bogotá, D. E., enero 19 de 1982

"RENE LOPEZ DUQUE

"Subdirector Supervisión

"Ministerio de Obras Públicas y Transporte

"Ref.: Contrato Nº 156/80.

"Estimado Doctor López:

"Por medio de la presente nos permitimos informar sobre el estado de las obras comprendidas en el contrato de la referencia.

"De acuerdo con lo consignado en el Informe Mensual correspondiente al mes de diciembre de 1981, el atraso de la inversión efectuada con respecto a lo programado era del orden del 41% a final de dicho mes, lo cual implica que el contratista tiene que ejecutar obra por valor promedio de aproximadamente $ 12.1 millones mensuales sin incluir reajustes para concluir las obras dentro del plazo contractual.

"De otra parte, la información sobre el equipo en operación en la obra durante la semana comprendida entre el 11 y 16 del presente mes de enero, copia de lo cual se anexa a la presente, muestra que durante dicha semana el número de máquinas en operación fue mínima. Así también se tiene informes que al ritmo de avance de construcción de obras de arte es muy bajo. Tales circunstancias permiten considerar que la obra ha estado prácticamente suspendida desde principios del presente mes de enero, excepto lo referente a trituración.

"La anterior circunstancia y dado el número y estado de los equipos el personal disponible y la organización de las obras, hacen prever muy poco probable que el contratista alcance el ritmo de inversión necesario para cumplir el plazo contractual.

"Teniendo en cuenta lo anterior, la Interventoría ha (sic) ha solicitado al Consorcio Contratista reanudar las obras en forma inmediata y presentar al MOPT la información detallada sobre las

medidas que prevé tomar para cumplir el contrato en todos sus términos. En principio, se considera que de no haber una solución de los dos problemas anteriores en un término máximo de un mes las obras no se podrán concluir en el plazo previsto por el Ministerio.

"Atentamente (fdo.) JORGE ALFARO URUEÑA, Gerente C.P.T. Ltda.".

Para abundar en razones en la misma resolución se agrega:

"Que el Director de Carreteras ingeniero Edgar Alberto Urrea Pérez, mediante Memorando Nº C5 0260 enviado a la Dirección de Licitaciones y Contratos procedió de la manera más conveniente a los intereses del Fondo Vial Nacional, a solicitar se analizara el caso y con mérito en lo expuesto se impusiera la sanción respectiva al consorcio 'Estructuras Pretensadas Limitada' y 'Jaime Echeverría y Cía. Ltda.', en consideración a que las obras materia del contrato ya citado no alcanzaron a ser entregadas, dentro del plazo inicialmente convenido. En seguida transcribimos el memorando correspondiente:

"Memorando Nº C5 260 de 10 de febrero de 1982.

"Para: Director de Licitaciones y Contratos. De: Director de Carreteras. Ref.: Solicitud imposición segunda multa.

"El consorcio ESTRUCTURAS PRETENSADAS LIMITADA y JAIME ECHEVERRIA Y CIA. LIMITADA, que por medio del contrato Nº 156 de 1980 se obligó a ejecutar para el FONDO VIAL NACIONAL las obras necesarias para la rectificación y ampliación del sector Belén-Río Guina (K. 30+000 - K. 59+250) de la carretera Belén-Capitanejo, ha incumplido los términos contractuales de acuerdo a los programas de trabajo e inversiones presentados.

"Por medio de la Resolución número 4922 de junio 10 de 1981, se le impuso una multa por valor de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($ 250.000) M/CTE., al consorcio en referencia para el período comprendido entre julio de 1980 y marzo de 1981.

"El estado de las inversiones programadas y ejecutadas y el atraso correspondiente al bimestre abril-mayo y los trimestres junio-agosto y septiembre-noviembre de 1981, se resumen en el cuadro siguiente:

| | *Programado* | *Ejecutado* | *Atraso* | |
|---|---|---|---|---|
| *"Periodo* | *Miles $* | *Miles $* | *Miles $* | *%* |
| *"Bimestre* | | | | |
| "Abril-Mayo | 12.060.67 | 5.142.66 | 6.918.01 | 57.36 |
| *"Trimestre* | | | | |
| "Junio-Agosto | 15.166.49 | 3.962.54 | 11.203.94 | 73.87 |
| "Sept.-Nov. | 19.005.94 | 9.533.42 | 9.472.52 | 49.54 |

"En consecuencia esta Dirección solicita que de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre sanciones estipuladas en el contrato se imponga al consorcio ESTRUCTURAS PRETENSADAS LIMITADA y JAIME ECHEVERRIA Y CIA. LTDA. la multa a que se ha hecho acreedor. A partir de noviembre no han presentado actas.

"Adjunto copia del oficio número 0020/82 de fecha enero 19 de 1982, donde la firma interventora Compañía de Proyectos Técnicos Ltda., confirma el atraso del contratista.

"Atentamente, (fdo.) EDGAR ALBERTO URREA PEREZ (fdo.) GUSTAVO FAJARDO MOLINA, Secretario General".

b) De la lectura de las Resoluciones números 6791 de 10 de agosto de 1981 y 5843 de 30 de junio de 1982 que desataron sendos recursos de reposición interpuestos contra los actos de la administración ya citados, se desprende claramente que el Consorcio Contratista alegó en su defensa circunstancias como las siguientes:

1º Que las obras se iniciaron solamente el cuatro (4) de agosto de 1980, por causas imputables única y exclusivamente al FONDO VIAL NACIONAL, como consta en el acta de iniciación, pues en ella se lee:

"...no se iniciaron las obras dentro de los quince (15) días siguientes al perfeccionamiento del contrato, debido a cambios de proyectos, la carencia de localización de líneas y chaflanes; así mismo deja constancia que el equipo estuvo listo para trabajar, ocho (8) días antes de ésta fecha pero por razones expuestas anteriormente, no se pudieron acometer las labores correspondientes";

2º Que el proyecto elaborado inicialmente, que fue parte de la licitación y que es parte del contrato número 156-80, fue eliminado sorpresivamente sin haber variado las condiciones originarias previstas en el contrato, como programa de obra y fecha de iniciación;

3º Que para reemplazar el proyecto inicial, el Ministerio acudió a ordenar a la Interventoría un nuevo proyecto que fue objeto de elaboración improvisada en el curso de las obras, a tal punto que sólo hasta el 30 de marzo de 1981 fue conocida por el consorcio la localización directa y sólo el 15 de mayo del mismo año se definió lo inherente a la localización de las obras;

4º Que el programa inicial que fue la base para determinar el incumplimiento no tiene ninguna validez, por las siguientes razones:

a) Porque el proyecto básico inicial al cual se refiere, fue eliminado;

b) Porque el nuevo proyecto, elaborado simultáneamente con la obra, por la Interventoría, varió todos los términos de su ejecución;

c) Porque los contratistas no se pueden responsabilizar de actividades fuera de su control, como es la ejecución del nuevo proyecto por parte de la Interventoría, quien a su vez no puede eludir su responsabilidad en este sentido; y

d) Porque el normal desarrollo de todo contrato supone un proyecto totalmente ejecutado antes de iniciar la obra.

5º Que la alusión de la Interventoría a la supuesta falta de equipo suficiente no tiene apoyo de ninguna naturaleza, teniendo en cuenta que las cantidades de obra contractuales con las del nuevo proyecto es tan ostensible como que en el ítem de movimiento de tierra pasó de 40.000 M3 a 158.000 y de 4.000 a 15.000 para el ítem de roca, con un incremento del 395%;

6º Que sólo el 9 de abril de 1981 se estableció en forma definitiva la fuente de materiales para base pues la escogida por la Interventoría no ofreció las condiciones técnicas requeridas;

7º Que se incurrió en el error grave de contabilizar el valor de imprevistos y obras adicionales para determinar el porcentaje de atraso, distorsionando en esta forma la realidad de los porcentajes de obra ejecutada presentando así en condiciones más precarias la situación real del contratista;

8º Que tampoco se tuvo en cuenta la mora del FONDO VIAL NACIONAL en el pago de varias actas de la obra ejecutada, lo cual repercutió en la supuesta mora y es un diáfano impedimento para atribuirla, como reza el artículo 1609 del Código Civil;

9º Que la supuesta demora en la ejecución de las obras fue determinada por terceros y, de otra parte, mal puede predicarse el concepto estricto de mora, cuando el otro contratante también ha retardado el cumplimiento de sus obligaciones y ha dado lugar a la tardanza endilgada;

10. Que el proyecto licitado, objeto del contrato número 156 de 1980 no es el mismo que el Fondo Vial pretendió llevar a cabo, pues su magnitud aumentó y varió considerablemente. Esta circunstancia —se anota— determina que se debe hacer nuevo programa de trabajo, fijación de precios unitarios para ítems nuevos o excedidos en más del 125%, y por último celebración de un contrato adicional que determine aumento de valor y plazo;

11. Falta de definición de las fuentes de materiales para el proyecto por parte del Fondo Vial Nacional;

12. Que el contrato número 156-80 sólo fue objeto de una apropiación presupuestal para 1982 de $ 43.000.000, por lo que si se descuenta de esta cantidad el porcentaje de ajustes, la inversión mensual posible para el proyecto sólo es de $ 2.000.000, lo que determina que el Fondo Vial reprograme definitivamente la obra y que el nuevo programa y su extensión, no sean atribuibles al contratista sino a la entidad contratante; y

13. Que solicitarle al consorcio contratista la sujeción a un programa irreal, que no ha podido cumplirse por situaciones institucionales ajenas al contratista, concluye, es un contrasentido.

c) Dentro del marco de hechos y circunstancias que se deja precisado no hay duda alguna de que las partes discutieron sobre la legalidad y justicia de las sanciones impuestas, sin que el Consorcio Contratista lograra sacar avantes sus pretensiones pues los actos jurídicos respectivos no fueron revocados ni modificados. Así las cosas cabe preguntar: ¿Tiene presentación jurídica que se reabra el debate inicial

para discutir si uno cualquiera de los trece aspectos que se dejaron enlistados en el literal anterior es de recibo para justificar en este primer período la conducta de la parte actora? La respuesta es necesariamente negativa pues las Resoluciones números 4922 de 10 de junio de 1981 y 3815 de 3 de mayo de 1982, no fueron impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y por lo mismo, quedaron en firme y amparadas con la presunción de legalidad cuyo alcance y efectos no se pueden desconocer ahora a través de un juicio ordinario de igual naturaleza. Es pues una verdad jurídica que en el período comprendido entre el cuatro (4) de agosto de 1980 y el 3 de mayo de 1982, el consorcio contratista incumplió sus obligaciones y ello explica que las sendas multas que le fueron impuestas se hicieran efectivas con todas las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. La Sala se encuentra en este caso, frente a actos definitivos y eficaces tanto subjetiva como objetivamente y no podría aceptar, sin incurrir en vivencias de contradicción, que las excusas que no sirvieron para dejar sin piso las multas impuestas al contratista por su incumplimiento, sirvieran ahora de apoyo fáctico para condenar al Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional.

*Segundo período:*

Se analizará ahora la conducta de las partes en lo que hace relación al cumplimiento de sus deberes jurídicos en la etapa comprendida entre el 4 de mayo de 1982 y el 16 de diciembre de 1982, fecha en que expiró el plazo pactado para la ejecución de las obras.

Del acervo probatorio aportado al proceso se concluye fácilmente lo siguiente:

a) *Conducta del Consorcio Contratista.*

1º De los informes periódicos rendidos por la firma interventora de la obra al Director de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte se sacan las siguientes conclusiones:

*Primera. Que en el período mayo, junio y julio de 1982* (anexo número 2, folio 479), "...la ejecución del contrato acusa atrasos en todas las actividades y el valor básico acumulado al final del trimestre es tan sólo en 45.4% de lo programado..."

Que los principales factores que afectan el progreso de las obras son los siguientes:

"5.1.1. *Estado y cantidad de equipos de construcción.* Según se ha hecho notar en los varios informes los tiempos de operación de los equipos son bajos debido a la lentitud en las reparaciones, carencia de operadores o de equipo complementario. Los buildózeres Fiat, por ejemplo, llevados a la obra durante el mes de junio tan sólo trabajaron en promedio 22% del tiempo total en dicho mes y el 52% en el mes de julio".

La insuficiencia de equipos para la explotación de las fuentes de materiales continúa siendo factor limitante en la construcción de terraplenes y sub-base. Por lo cual la cantidad de obra ejecutada fue muy inferior a la programada.

"5.1.2. *Insuficiencia de personal y supervisión técnica.* El personal continúa siendo insuficiente en especial el de obras de arte con el que tan sólo se ha alcanzado a ejecutar del 15% al 20% de la obra programada en los últimos meses..."

En este mismo informe se precisa luego que las obras de arte tienen una calidad deficiente especialmente la fabricación de tubos para alcantarillado y que en la secuencia de las obras el contratista ha hecho numerosos cambios, lo cual ha afectado desfavorablemente el ritmo de su ejecución.

*Segunda. Que en el período agosto, septiembre, octubre de 1982* (anexo 2, folio 510), se aprecia una disminución en el número de equipos de construcción en obra y en el tiempo de utilización de los mismos; que al final del semestre no se contó con el personal necesario para la operación y mantenimiento de los equipos, todo lo cual generó un aumento general del atraso en obras, principalmente en la construcción de terraplenes y sub-base; que las cantidades ejecutadas en explanación durante el trimestre mostraron bajos rendimientos por parte de los contratistas. En el informe de la Interventoría se enfatiza luego el incumplimiento en los siguientes términos: "El valor de la obra ejecutada hasta el final del trimestre asciende al 92.8% del total programado, el cual contemplaba su terminación en el mes de octubre de 1981..." Luego se agrega: Por lo que hace relación a las obras de arte se pone de presente que su terminación estaba programada para el mes de junio del trimestre anterior, lo cual no se cumplió. Se entra luego a analizar el valor acumulado y se destaca que éste, al final del trimestre, tan sólo representa el 47.1%, siendo el atraso acumulado de 52.9%, equivalente en pesos a un atraso de $ 20.362.1 miles, por lo cual —se agrega— le resultará prácticamente imposible al contratista completar las obras en el plazo que resta del contrato.

En el mismo informe se hace luego un análisis de los rubros que afectan el progreso y el costo y se destaca:

"El valor del contrato orginal es de $ 154.624.040.16 y el saldo por ejecutar el 31 de agosto de 1982 fue de aproximadamente $ 104.061.7 miles, el cual es inferior en $ 25.455.80 miles con respecto al valor de las obras faltantes en la misma fecha. Para cubrir totalmente este valor sería necesario celebrar un contrato adicional por $ 25.455.8 miles aproximadamente que representa aproximadamente un 16.46% con respecto al valor del contrato original".

*Tercera. Que en el período noviembre, diciembre de 1982* "...el equipo no presentó mejora alguna en los tiempos de operación con respecto al mes anterior. Durante el mes de diciembre —se agrega— el equipo prácticamente no funcionó con excepción de un cargador, una motoniveladora y un vibrocompactador..." En el mismo informe y bajo el rubro "ACTIVIDADES ADELANTADAS", se comenta:

"El contratista trabajó en el trimestre durante el mes de noviembre y hasta mediados del mes de diciembre. En el mes de enero de 1983 no se trabajó por cuanto el contrato de construcción no fue prorrogado por el MOPT y entró en proceso de liquidación..." (anexo 2, folios 533 y 534). "Al término del plazo establecido en el contrato, falta por ejecutar la totalidad de obras de arte en el tramo del K. 42+500

al K. 50+250 y quedan pendientes por ejecutar algunas obras en los tramos del K. 36+500 al K. 42+000 y del K. 50+200 al K. 54+500". "Al término del plazo contractual no se inició la construcción de la sub-base entre las abscisas K. 40+500 a K. 51+000 y se construyó parcialmente en los tramos del K. 36+200 al K. 40+500 y del K.51+000 al K. 54+500 aproximadamente..."

2º Dentro del período probatorio se recepcionaron los testimonios de los señores Edgar Alberto Urrea Pérez, Miriel Libardo Bencardino Reyes, René López Duque, Daniel Lorduy Baena y Jorge Alfaro Urueña. En la valoración de conducta reviste especial importancia para la Sala lo expuesto por ellos que en lo sustancial y pertinente se transcribe a continuación:

*Edgar Alberto Urrea Pérez.* Ocupó los cargos de Director de Carreteras y Secretario Técnico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte "...del año 81 al seis de marzo de este año (1984)..." (cuaderno número 2, folio 14). Respecto de la forma como se desarrolló el contrato dijo: "Efectivamente tuve conocimiento del desarrollo del contrato, que en desarrollo de las funciones que me correspondían, primero como Director de Carreteras y después como Secretario Técnico, visité la obra en varias oportunidades y pude constatar personalmente los retrasos que se presentaron y problemas debido a falta de equipos hecho que ocasionó la solicitud que hice como Director de Carreteras ante la Dirección de Licitaciones y contratos para solicitando la implantación (sic) de las respectivas multas..."

*Miriel Libardo Bencardino Reyes.* En su declaración anotó que sólo podía referirse a la ejecución del contrato en el período comprendido entre el 9 de septiembre de 1982 y el 16 de diciembre del mismo año pues en la primera de las fechas indicadas asumió el cargo de Director de Carreteras del Ministerio de Obras y en la última entiende —agregó— que se venció el plazo de dicho contrato. Acepta que con fecha 14 de diciembre de 1982 comunicó al contratista "...la solución de los problemas en dicho oficio relatado, máxime —agrega— cuando sabía que se había solicitado la prórroga del contrato en plazo adicional a la fecha de vencimiento", pero es lo cierto que no aporta mayores elementos de juicio para analizar aspectos relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de los deberes jurídicos de las partes.

*Fabio René López Duque.* El testigo manifiesta que como subdirector de Supervisión del Ministerio de Obras Públicas entre 1980 y 1983 tuvo "...amplios conocimientos sobre el desarrollo del contrato número 156 de 1980 que celebró el Fondo Vial con el consorcio aludido..." Este testimonio reviste para la Sala especial importancia habida consideración de las condiciones intrínsecas y extrínsecas del declarante; la pertinencia de los hechos por él narrados, la capacidad profesional del mismo, la ausencia de impedimentos, físicos y morales; la forma como expone lo que recuerda y su capacidad para narrar los hechos. Esto explica que para la mejor comprensión del problema se transcriban a continuación apartes de lo manifestado por él:

"Desde un principio de las labores contractuales el Consorcio Contratista marcó numerosas deficiencias en la ejecución de las obras de la carretera Belén-Río Guina. El ingeniero residente no tenía autori-

dad suficiente, la escasez y mala calidad de los equipos que llevó el contratista hicieron que las obras se retrasaran con respecto a los programas previamente fijados y en determinados momentos los atrasos debidos a esta desorganización excedieron en más del 40% lo cual motivó al Ministerio de Obras a aplicar varias multas de acuerdo con las cláusulas del contrato. Una de las causas principales de los atrasos fue la deficiencia en los equipos de trituración y explotación de las canteras que estaban fijadas en los pliegos de condiciones para este contrato; el contratista para tratar de facilitar sus labores solicitó al Ministerio de Obras Públicas el cambio de la fuente principal de materiales y la pasó al Río Guina cambio que fue aceptado por el Ministerio de Obras Públicas. No obstante esta colaboración el contratista siguió incumpliendo con los programas prefijados para fines de 1983 fecha que no recuerdo el contrato estando para vencerse y a solicitud del mismo contratista se preparó las minutas correspondientes para ampliar el contrato en plazo. Estando yo en el despacho del Director de Carreteras con otros funcionarios se acercó el ingeniero Jaime Bateman quien le informó al Director de Carreteras que la firma Estructuras Pretensadas no había podido suscribir la ampliación del contrato por cuanto su consorciado Jaime Echeverría no había podido presentar el paz y salvo exigido y que en estas condiciones el contrato había caducado. *Preguntado* por el consejero: Sírvase decir si el contrato en mención, en cuanto hace al proyecto inicial, sufrió alguna modificación o cambio, y en caso afirmativo de qué grado. *Contesto:* El contrato de mención no se modificó, porque no se podía modificar en su objeto fijado en el mismo. El mismo contrato acepta modificar cantidades de obra y algunos de los ítems como son explanación, de obras de arte, etc., esto es contractual y no recuerdo en este momento en qué proporción fue aumentado. *Preguntado* por el consejero: Sírvase decir si los trabajos materia del contrato sufrieron algún retraso en su iniciación y en caso afirmativo cuál fue la razón para ello. *Contestó:* Como lo afirmé anteriormente el contrato desde un principio y en todo su transcurso sufrió demoras de toda índole debidas a la desorganización, divergencias entre los consorciados, deficiencias en el equipo de construcción principalmente. Esto lo pude comprobar no solamente por los informes de Interventoría recibidos por mí, sino también, en las varias visitas que practiqué a la obra. *Preguntado* por el consejero: Sírvase decir cuál fue la conducta debida por las sociedades demandantes en el desarrollo y ejecución del contrato, particularmente, frente al cargo que usted desempeñaba en el Ministerio de Obras Públicas. *Contestó:* El Ministerio de Obras Públicas por mi conducto como subdirector de Supervisión, por medio del Director de Carreteras, por el Secretario Técnico, permanentemente estuvimos llamándoles la atención sobre el mal desarrollo del contrato y el incumplimiento manifiesto. Igualmente la Interventoría como era su obligación estuvo constantemente insistiendo en la mejora de las condiciones de trabajo; el mismo Ministerio de Obras Públicas practicó varias visitas a la obra, llamó la atención a los contratistas sin que fuera posible obtener resultados positivos para el contrato. Se le concede la palabra al Doctor Iván Figueredo Bautista, apoderado de la parte demandada. *Pregunto:* Sírvase decir al declarante qué razones motivaron al Fondo Vial Nacional para imponer las multas fijadas mediante resoluciones números 4922 de junio 10 de 1981 y 3815 del 3 de mayo de 1982 al Consorcio Contratista que

nos ocupa en la diligencia. *Contestó:* Básicamente las motivaciones principales que tuvo el Fondo Vial para aplicar al Consorcio Contratista las multas citadas fueron el incumplimiento de los programas prefijados en el contrato, la escasez de equipos de construcción, y la desorganización técnica y administrativa de la obra. *Preguntado:* Sírvase decir el declarante en forma precisa y desde el punto de vista técnico cuáles fueron los planteamientos que le hizo el Consorcio a la entidad contratante para entrar a explotar la fuente de materiales ubicada en el Río Guina. *Contestó:* El contratista llevó una trituradora pequeña y en mal estado para tratar de explotar la cantera que los pliegos de condiciones habían prefijado como fuente de materiales principal para la obra; ésta está constituida por materiales calizas que presentan una dureza y unas condiciones que al contratista se le hicieron difíciles de explotar probablemente económicamente para él según lo manifestó al Ministerio. En estas condiciones él propuso que se le dejaran las playas del Río Guina, lo cual le facilitaría su explotación y trituración pues los tamaños de las gravas eran inferiores a tres pulgadas, no requerían el empleo de compresores ni de dinamita sino simplemente tractores y cargadores para recoger estas gravas, transportarlas en volquetas y posteriormente ser trituradas en otra trituradora. Como esta fuente de materiales está localizada en el extremo de las metas físicas de contrato se presentaba para el Ministerio un exceso en los transportes cuyo valor excedía a lo previsto y que el Ministerio no tenía por qué absorberlo; el contratista propuso al Ministerio que el consorcio absorbería el extracosto de los transportes para que el Ministerio autorizara la explotación en el Río Guina; para complacer esta expresa solicitud del contratista el Ministerio accedió a su solicitud. *Preguntado:* Sírvase decir el declarante si dentro de las visitas efectuadas en su calidad de subdirector de Supervisión a las zonas de ejecución del contrato 156 de 1980, pudo constatar que los informes presentados por la compañía interventora de la obra eran veraces. En caso afirmativo decir en qué puntos coincidieron. *Contestó:* En mis diferentes visitas a la obra pude confirmar que los informes presentados por la firma C.P.T., interventoría de la obra eran todos veraces y que las deficiencias de la obra, y atrasos de la misma se confirmaban completamente. *Preguntado:* Sírvase decir si el Fondo Vial consciente de las deficiencias de los materiales pétreos utilizados por el contratista procedió a buscar una solución desde el punto de vista de consistencia para la base y pavimentos de la carretera contratada. *Contestó:* Me permito aclarar que los materiales de la fuente principal fijados en el contrato previamente como fuente principal son de excelente calidad; que la fuente de Río Guina que mostró posteriormente algunos desgastes altos es fuente que también es de uso satisfactorio mediante la adición de otros materiales que se consiguen en la región lo cual fue estudiado por el Ministerio para obtener así el cumplimiento de las especificaciones exigidas. *Preguntado:* Sírvase decir el declarante en qué estado se encontraban los equipos y maquinarias del Consorcio Contratista y si estos coincidían con los equipos presentados por la firma en la propuesta para la ejecución del contrato 156 de 1980. *Contestó:* Como lo manifesté anteriormente la deficiencia de los equipos que el contratista llevó a la obra fue una de las principales causas para el fracaso de la misma. Inicialmente el contratista llevó como subcontratista a una firma con equipos obsoletos, por la misma desorgani-

zación del consorcio esta firma hubo de retirarse posteriormente el consorcio llevó equipo de otras firmas y nunca dispuso del equipo que había ofrecido en la licitación. Repito estas fueron las causas del fracaso. *Preguntado:* Finalmente sírvase decir si tuvo conocimiento que la Dirección de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas solicitó la ampliación en plazo del contrato 156 de 1980 a la Dirección de Licitaciones y Contratos; y si tiene algún conocimiento o información del por qué no se suscribió el aludido contrato adicional. *Contestó:* Como lo manifesté anteriormente la Dirección de Carreteras solicitó a la Dirección de Licitaciones y Contratos del Ministerio, la ampliación del contrato 156 de 1980 para que esta hiciera los trámites correspondientes y entiendo que la minuta correspondiente estuvo oportunamente lista para ser suscrita pero que no se pudo llevar a efecto por cuanto la firma Jaime Echeverría no presentó su paz y salvo según informe del ingeniero Jaime Bateman, empleado del consorcio. Posteriormente en conversación sostenida con el ingeniero Jaime Echeverría me contó que él no había concurrido a la firma del contrato adicional, por cuanto no estaba de acuerdo con el desarrollo del contrato y que él no quería seguir incumpliendo".

En homenaje a la brevedad la Sala aprecia positivamente y sin transcribir lo pertinente, los testimonios de los señores Daniel Lorduy Baena, Jefe de la División de Supervisión Técnica del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, y del Doctor Jorge Alfaro Urueña, vinculado a la firma que hizo la Interventoría, pues ambos coinciden en destacar el incumplimiento del consorcio contratista en distintos frentes de la obra.

b) *Conducta del Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional.*

Al analizar la conducta del Ministerio de Obras Públicas y Transporte —Fondo Vial Nacional—, la Sala reitera que no se ocupará del estudio de los hechos que se recogen en la *causa petendi* de la demanda y que fueron debatidos con ocasión de la impugnación que la parte actora hizo de las resoluciones que impusieron al contratista dos multas por incumplimiento de sus deberes jurídicos, por las razones ya indicadas. No obstante esta realidad, considera de interés, para una mejor comprensión del asunto, abundar en el examen de los siguientes aspectos planteados por el apoderado de la parte actora.

1º *Insuficiencia de la reserva presupuestal.*

Se predica en el hecho décimoprimero del libelo petitorio que la apropiación presupuestal para el año de 1982 era baja pues sólo ascendía a la suma de Cuarenta y Tres Millones de Pesos ($ 43.000.000).

Parece apenas lógico que para llegar a la conclusión anterior se impongan unos términos de comparación, a saber: Si el ritmo de las obras marchaba con celeridad, bien puede predicarse que la partida anterior se copaba en pocos meses, haciendo insuficiente la apropiación; pero si el mismo era lento, como en efecto ocurría, mal puede llegarse a la misma conclusión.

Apreciada la prueba aportada al proceso se tiene que en el INFORME MENSUAL DE LA INTERVENTORIA, correspondiente al mes de diciembre de 1982, se lee: "EL CONTRATISTA NO ALCANZO A COPAR EL VALOR DE LA RESERVA PARA EL PRESENTE AÑO" (anexo número 9, folio 1845). Esta afirmación encuentra también respaldo en el acta de liquidación del contrato número 121, visible al folio 13 del cuaderno número 3, en el cual se recogen los siguientes registros:

"Valor total de la obra ejecutada:

$ 113.551.370.81

"Valor total pagado al contratista:

$ 128.238.271.33

"Saldo a favor del Fondo Vial Nacional:

$ 14.686.900.52

"SUMAS IGUALES: ..... $ 128.238.271.33 $ 128.238.271.33".

En el mismo documento se señala que al demandante se le pagaron los valores registrados en 29 actas de obras por un monto de $ 66.492.159.65 y 29 actas de ajuste por $ 47.059.211.16, sin que aparezca ningún registro o escrito en que el consorcio se queje de mora en el pago de las respectivas cuentas, pues ni siquiera en la demanda se hace tal consideración. Pero es más. En la cláusula décima, Anticipos del Contrato, se acordó que tan pronto éste quedara perfeccionado y constituida la respectiva fianza que lo ampara, "...el Fondo Vial podrá conceder libres de intereses, si el CONSORCIO CONTRATISTA lo requiere, anticipos hasta por el veinte por ciento (20%) del valor del contrato, de acuerdo con las apropiaciones presupuestales correspondientes". No obstante que de la literatura contractual anterior no surge un deber jurídico para el Ministerio de Obras Públicas, éste actuó en este campo con una generosidad y amplitud tales que por lo mismo ha debido dar lugar a un severo cuestionamiento por los órganos de control. En efecto, por medio de las Resoluciones números 6789 de 17 de julio de 1980 se concedió un anticipo de TREINTA MILLONES NOVECIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHO PESOS CON TRES CENTAVOS ($ 30.924.808.03), y por la número 2116 de 11 de marzo de 1982 se decidió: "Restituir el valor original del anticipo del contrato número 156-80 por un valor de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS ($ 9.627.760) con lo cual no se sobrepasa de acuerdo con lo amortizado hasta la fecha el veinte por ciento (20%) del anticipo concedido mediante la Resolución número 6789 de julio de 1980..."

En el análisis de conducta de las partes resulta incomprensible e inaceptable para la Sala que habiéndose consignado la suma primeramente señalada, en la cuenta número 068-045707 del Banco de Bogotá, sucursal San Victorino el día 2 de septiembre de 1980, un año largo después, esto es, en noviembre de 1981, sólo se hubiese gastado por el contratista la suma de NUEVE MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($ 9.962.936.40); y más inusitado aún, que éste monto se le hubiese restituido al consorcio contratista en marzo

11 de 1982 para que la suma inicialmente recibida, se mantuviese en su nivel. Manejando la situación con la filosofía de lo razonable, cabe preguntar: ¿Puede predicarse que la parte demandada no suministró al consorcio contratista los fondos que éste fue necesitando para la ejecución de las obras? De ninguna manera. La prueba que obra dentro del proceso demuestra lo contrario y permite concluir que en este particular, ella encuadró su conducta para que fuera fiel reflejo del cumplimiento de sus deberes jurídicos y cabal desarrollo del principio de la buena fe que debe inspirar a las partes vinculadas a través de la relación contractual. Fue la parte demandante la que en todo momento permitió, con su comportamiento, que la firma interventora le hiciera constantes, reiterados y serios registros de incumplimiento, como el que aparece en la nota número 156/82 dirigida por ésta al Director de Carreteras el 30 de agosto de 1982, en la cual se lee:

"Respecto de las reservas del Presupuesto para el presente año, según información del contratista a 31 de julio de 1982 el saldo de estas reservas fue de $ 22.985.056.08 y el valor del saldo del anticipo por amortizar de $ 24.377.384.17".

El Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional—, al permitir que desde el 2 de septiembre de 1980 y hasta el 31 de julio de 1982, para limitar el análisis a este período, se mantuvieran fondos inactivos en cuenta corriente del contratista, beneficiando sólo intereses particulares como los del Banco de Bogotá, exageró la nota de conducta contractual orientada a crear confianza mutua y fundada en la parte demandante. Esta no pudo corresponder a ella pues la defraudó con negligencia e incumplimiento. En otras palabras, no tuvo un comportamiento coherente que como es bien sabido se vincula en forma estrecha a la buena fe y a la prestación de la confianza. No tiene sentido que la parte incumplida le demande a quien sí ha cumplido, así sea en parte, que incremente su cumplimiento sin demandar contraprestación, sin que se registre orden o medida.

La Sala no puede dejar sin comentario especial el informe que el Gerente de C.P.T. Ltda. rindió al asesor jurídico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte el 11 de abril de 1984, visible a folios 250 y siguientes de la carpeta número 1, pues de este se desprende que el 13 de junio de 1981 el anticipo de $ 30.893.883.13 ya se había invertido en su totalidad, lo cual no concuerda con lo expuesto en el acta de obra número 16 de noviembre de 1981 a que se refiere la Resolución número 2116 de 11 de marzo de 1982, por medio de la cual se ordenó la restitución del valor original del anticipo. Esto explica que en la parte resolutiva de la presente providencia se disponga que se envíe copia de la sentencia a la Procuraduría General de la Nación, con los respectivos anexos, para que se investigue si en el caso en comento se violó la ley penal.

Las razones enlistadas son suficientes para desechar el cargo formulado en la demanda relacionado con la insuficiencia de las reservas en el presupuesto.

2º *No haberse celebrado el contrato adicional para ampliar el plazo.*

Del INFORME MENSUAL DE INTERVENTORIA, visible al folio 1795 de la carpeta número 9 se desprende que en ese momento era necesario celebrar un contrato adicional por la suma de $ 25.450.000 pues el cálculo para el costo total de las obras hecho por la Interventoría montaba $ 180.08 millones. Esta exigencia se reitera en la carta número 168/82 dirigida por el Gerente de la sociedad interventora al Director de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en la cual pone especial énfasis la parte actora en el punto décimotercero de la *causa petendi*. En este particular la Sala encuentra que no le asiste razón alguna a la parte actora cuando pretende deducir un incumplimiento de la parte demandada del hecho de que el mismo no se hubiese suscrito por las siguientes razones:

a) Es verdad que a la luz de lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 150 de 1976, ley del contrato en el momento en que se firmó, era posible para las partes celebrar contratos adicionales cuando por circunstancias especiales fuera necesario modificar el plazo o el valor convenidos. Está debidamente probado que por la administración se dieron todos los pasos orientados a hacerlo con el único objeto de "PRORROGAR EL PLAZO". Así se desprende de la carta que el 30 de septiembre de 1982 envió el ingeniero Augusto Ruiz Corredor, Gerente del Consorcio Estructuras Pretensadas Ltda. al Secretario Técnico del Ministerio de Obras Públicas, en la cual se lee: "...nos permitimos solicitar a usted se sirva ordenar el contrato correspondiente de ampliación de plazo para la obra de la referencia hasta el mes de octubre de 1983, ya que este vence el próximo 16 de diciembre" (cuaderno número 1, folio 63) y del memorando que el 15 de diciembre de 1982 dirigió el abogado de la División Legal al Director de Licitaciones y Contratos, en el cual se precisa que el contrato anexo cumplía en esa fecha con todos los requisitos legales exigidos por el Decreto-ley 150 de 1976 y demás normas complementarias, pero que faltaba el certificado de la Cámara de Comercio actualizado de Jaime Echeverría y Cía. Ltda. De la lectura del memorando 2460, que en copia auténtica obra dentro del proceso dirigido por el asesor jurídico al mismo funcionario se concluye, igualmente, que el proyectado acto jurídico no se pudo concluir por "...no encontrarse la firma Jaime Echeverría y Cía. Ltda. a paz y salvo..."

Muy ilustrativo de la situación es el testimonio rendido por el Doctor René López Duque, visible al folio 35 del cuaderno número 2, que sobre el particular dijo:

"Como lo manifesté anteriormente la Dirección de Carreteras solicitó a la Dirección de Licitaciones y Contratos del Ministerio, la ampliación del contrato 156 de 1980 para que esta hiciera los trámites correspondientes y entiendo que la minuta correspondiente estuvo oportunamente lista para ser suscrita pero que no se pudo llevar a efecto por cuanto la firma Jaime Echeverría no presentó su paz y salvo según informe del ingeniero Jaime Bateman, empleado del consorcio. *Posteriormente en conversación sostenida con el ingeniero Jaime Echeverría me contó que él no había concurrido a la firma del contrato adicional, por cuanto no estaba de acuerdo con el desarrollo de contrato y que él no quería seguir incumpliendo*" (Subrayado de la Sala). Dentro de este marco de circunstancias fácil es concluir que el acto jurídico proyectado no se suscribió por causas imputables al demandante.

b) La Sala no encuentra en justicia una buena razón para concluir que el Ministerio de Obras Públicas estaba obligado a ampliar el plazo a quien con su conducta morosa no se hacía acreedora a más confianza. Viene al caso la filosofía que la jurisprudencia civil española registró en fallo de 5 de enero de 1980, en la cual se lee:

"Cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua y fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no debe defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisible toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la prestación de la confianza". El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Jesús González Pérez. Editorial Civitas S. A., pág. 45.

c) *Fuente de materiales para el desarrollo y ejecución del contrato.*

En el punto décimo de la *causa petendi* y en el alegato presentado por la parte actora, dentro del término de ley, se predica que "...hasta un tiempo muy posterior a la iniciación de las obras fue definida completamente por la Interventoría y por el Ministerio de Obras Públicas, lo relativo a la localización de las fuentes de materiales" (cuaderno número 1, folio 92 vto.).

Ello lleva a la parte actora a concluir que la parte demandada violó sus obligaciones contractuales y por ende los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional y los artículos 1602, 1603, 1613, 1622 y 1551 del Código Civil.

Sobre el particular la Sala destaca el hecho de que en el memorial suscrito por el Gerente de la firma demandante el día 7 de julio de 1981, dirigido al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, por medio del cual interpuso y sustentó el recurso de reposición, se alegó la misma circunstancia para pedir la revocatoria de la Resolución número 4922 de 10 de junio de 1982, que impuso la multa de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($ 250.000) lo cual se hizo en los siguientes términos:

"5. Si lo anterior no fuese poco, señor Ministro, apenas el 9 de abril de 1981 se estableció en forma definitiva la fuente de materiales para base ya que como lo debe recordar la Interventoría, la fuente escogida por ella no ofreció las condiciones técnicas requeridas (ver fotocopia nota del 9 de abril de 1981)". Al desatar el recurso el alto funcionario del Estado replicó la argumentación anterior afirmando: "...las fuentes de materiales no se establecieron en definitiva el 9 de abril de 1981, sino que están definidas en el pliego de condiciones. La fuente aluvial del Río Guina fue escogida y aceptada desde el momento inicial y nunca se ha variado. La fuente de cantera Monterredondo fue cuestionada no por su calidad sino por la naturaleza de la explotación, razón por la cual la Interventoría realizó grandes esfuerzos para buscar otra fuente para el sector sur del proyecto. Los oficios 115 del 30 de octubre de 1980 y 040 de 9 de abril de 1981 hacen las aclaraciones pertinentes y precisas a las impugnaciones del contratista. La indefinición de las fuentes de materiales alegada por el contratista se pre-

senta como un pretexto para justificar, posiblemente, la demora para poner en funcionamiento la trituradora".

Así las cosas, la Sala reitera que este aspecto quedó definido en su momento y no puede ser considerado nuevamente. Restaría agregar que estando definidas las fuentes de materiales en el pliego de condiciones tampoco le es lícito al demandante venir contra sus propios actos *"venire contra factum propium nom valet"* principio de la dogmática jurídica que es de aplicación en el caso en comento. Sobre el particular Jesús González Pérez enseña:

"Que la norma conforme a la cual 'a nadie es lícito venir contra sus propios actos' tiene su fundamento y raíz en el principio general del Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto Díaz-Picazo y ha venido corroborando la doctrina posterior. La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer. Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967 'la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo cual no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencia de esta Jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos...' ". "Sentencia de 21 de abril de 1970 (ponente Suárez Manteola): '...se infringiría el principio de derecho que prohibe ir contra los actos propios al admitir que quien inicialmente se sometió sin protestar a todas y cada una de las condiciones del pliego, tomando parte en la subasta e incluso siendo adjudicatario provisional de uno de los almacenes subastados, pudiera después de estos actos propios impugnar parcialmente el pliego de condiciones puesto que esto llevaría a la consecuencia de que la ley de la subasta no sería el pliego, sino la conveniencia de las partes, rompiendo así toda confianza en la seguridad jurídica, sobre todo cuando ésta dimana del transcurso de unos plazos preclusivos —artículo 24 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales— que convierte en firme y consentido todo acto administrativo no recurrido en tiempo y forma' " (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, págs. 117, 118, 135).

Sólo en homenaje a la verdad se destaca que está debidamente probado, con el PLIEGO DE CONDICIONES rubro 1.4.2. PLAN DE UTILIZACION DE FUENTES Y ACARREOS DE MATERIALES, que el Consorcio Contratista supo desde un principio y lo aceptó, que las fuentes de materiales fueran las que se recogen en el gráfico que en el mismo aparece.

*Tercer período.* a) Está comprendido entre el 17 de diciembre de 1982, pues el día anterior venció el plazo del contrato, y el 31 de octu-

b) La Sala no encuentra en justicia una buena razón para concluir que el Ministerio de Obras Públicas estaba obligado a ampliar el plazo a quien con su conducta morosa no se hacía acreedora a más confianza. Viene al caso la filosofía que la jurisprudencia civil española registró en fallo de 5 de enero de 1980, en la cual se lee:

"Cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua y fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no debe defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisible toda actuación incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la prestación de la confianza". El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Jesús González Pérez. Editorial Civitas S. A., pág. 45.

c) *Fuente de materiales para el desarrollo y ejecución del contrato.*

En el punto décimo de la *causa petendi* y en el alegato presentado por la parte actora, dentro del término de ley, se predica que "...hasta un tiempo muy posterior a la iniciación de las obras fue definida completamente por la Interventoría y por el Ministerio de Obras Públicas, lo relativo a la localización de las fuentes de materiales" (cuaderno número 1, folio 92 vto.).

Ello lleva a la parte actora a concluir que la parte demandada violó sus obligaciones contractuales y por ende los artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional y los artículos 1602, 1603, 1613, 1622 y 1551 del Código Civil.

Sobre el particular la Sala destaca el hecho de que en el memorial suscrito por el Gerente de la firma demandante el día 7 de julio de 1981, dirigido al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, por medio del cual interpuso y sustentó el recurso de reposición, se alegó la misma circunstancia para pedir la revocatoria de la Resolución número 4922 de 10 de junio de 1982, que impuso la multa de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($ 250.000) lo cual se hizo en los siguientes términos:

"5. Si lo anterior no fuese poco, señor Ministro, apenas el 9 de abril de 1981 se estableció en forma definitiva la fuente de materiales para base ya que como lo debe recordar la Interventoría, la fuente escogida por ella no ofreció las condiciones técnicas requeridas (ver fotocopia nota del 9 de abril de 1981)". Al desatar el recurso el alto funcionario del Estado replicó la argumentación anterior afirmando: "...las fuentes de materiales no se establecieron en definitiva el 9 de abril de 1981, sino que están definidas en el pliego de condiciones. La fuente aluvial del Río Guina fue escogida y aceptada desde el momento inicial y nunca se ha variado. La fuente de cantera Monterredondo fue cuestionada no por su calidad sino por la naturaleza de la explotación, razón por la cual la Interventoría realizó grandes esfuerzos para buscar otra fuente para el sector sur del proyecto. Los oficios 115 del 30 de octubre de 1980 y 040 de 9 de abril de 1981 hacen las aclaraciones pertinentes y precisas a las impugnaciones del contratista. La indefinición de las fuentes de materiales alegada por el contratista se pre-

senta como un pretexto para justificar, posiblemente, la demora para poner en funcionamiento la trituradora".

Así las cosas, la Sala reitera que este aspecto quedó definido en su momento y no puede ser considerado nuevamente. Restaría agregar que estando definidas las fuentes de materiales en el pliego de condiciones tampoco le es lícito al demandante venir contra sus propios actos *"venire contra factum propium nom valet"* principio de la dogmática jurídica que es de aplicación en el caso en comento. Sobre el particular Jesús González Pérez enseña:

"Que la norma conforme a la cual 'a nadie es lícito venir contra sus propios actos' tiene su fundamento y raíz en el principio general del Derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica, parece incuestionable, como hace años puso de manifiesto Díaz-Picazo y ha venido corroborando la doctrina posterior. La buena fe implica un deber de comportamiento, que consiste en observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían preveer. Como dice una sentencia de 22 de abril de 1967 'la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general y la seriedad del procedimiento administrativo, imponen que la doctrina de los actos propios obliga al demandante a aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de sus propios actos voluntarios y perfectos jurídicamente hablando, ya que aquella declaración de voluntad contiene un designio de alcance jurídico indudable, manifestado explícitamente, tal como se desprende del texto literal de la declaración, por lo cual no es dable al actor desconocer, ahora, el efecto jurídico que se desprende de aquel acto; y que, conforme con la doctrina sentada en sentencia de esta Jurisdicción, como las del Tribunal Supremo de 5 de julio, 14 de noviembre y 27 de diciembre de 1963, no puede prosperar el recurso, cuando el recurrente se produce contra sus propios actos...' ". "Sentencia de 21 de abril de 1970 (ponente Suárez Manteola): '...se infringiría el principio de derecho que prohibe ir contra los actos propios al admitir que quien inicialmente se sometió sin protestar a todas y cada una de las condiciones del pliego, tomando parte en la subasta e incluso siendo adjudicatario provisional de uno de los almacenes subastados, pudiera después de estos actos propios impugnar parcialmente el pliego de condiciones puesto que esto llevaría a la consecuencia de que la ley de la subasta no sería el pliego, sino la conveniencia de las partes, rompiendo así toda confianza en la seguridad jurídica, sobre todo cuando ésta dimana del transcurso de unos plazos preclusivos —artículo 24 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales— que convierte en firme y consentido todo acto administrativo no recurrido en tiempo y forma' " (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Editorial Civitas, págs. 117, 118, 135).

Sólo en homenaje a la verdad se destaca que está debidamente probado, con el PLIEGO DE CONDICIONES rubro 1.4.2. PLAN DE UTILIZACION DE FUENTES Y ACARREOS DE MATERIALES, que el Consorcio Contratista supo desde un principio y lo aceptó, que las fuentes de materiales fueran las que se recogen en el gráfico que en el mismo aparece.

*Tercer período.* a) Está comprendido entre el 17 de diciembre de 1982, pues el día anterior venció el plazo del contrato, y el 31 de octu-

bre del año 1983, fecha en que se firma el Acta de Liquidación Final del contrato (cuaderno número 3, folio 16). El 17 de mayo de 1983, se suscribió, igualmente, el Acta de Entrega y Recibo (carpeta número 1, folios 235 y siguientes). En el numeral 7 de este documento se lee:

*"Valor de la obra ejecutada:*

"Valor de la obra básica ejecutada: .....$ 66.492.159.65
"Valor de los ajustes .....$ 47.059.211.16
"TOTAL: .....$ 113.551.370.81".

Esta situación se recoge en forma exacta en el Acta de Liquidación en la cual y bajo la referencia "BALANCE GENERAL", se indica:

| | | |
|---|---|---|
| "Valor total de obra ejecutada: | | $ 113.551.370.81 |
| "Valor total pagado al contratista: | $ 128.238.271.33 | |
| "Saldo a favor del Fondo Vial Nacional: | | 14.686.900.52 |
| "SUMAS IGUALES: ..... | $ 128.238.271.33 | $ 128.238.271.33". |

b) Esta realidad fáctica viene en apoyo de la sustentación que a lo largo de esta providencia ha hecho la Sala, pues es inexplicable que un contratista que alega en el debate procesal que la obra no tuvo fondos suficientes para ser atendida, termine con un saldo a su cargo como el que se registra en el Acta de Liquidación. Igualmente incomprensible que al término del plazo en diciembre 16 de 1982 sólo hubiese ejecutado un 47% de la inversión programada, o sea la mitad, como se lee en el Informe Trimestral rendido por la firma interventora, visible a folio 524 de la carpeta número 1. La Sala encuentra contradictorios en algunos aspectos los informes de ésta, pues al analizar las causas del incumplimiento habla de la insuficiencia de recursos financieros por parte del contratista, tanto de "...recursos propios como de recursos de financiamiento y de reservas presupuestales..." pero lo probado demuestra que el consorcio contratista dejaba por largos períodos de tiempo los anticipos inmovilizados en la cuenta corriente y nunca alcanzó a consumirlos, esto es, el ritmo de la obra no fue el mismo que el Ministerio de Obras Públicas —Fondo Vial Nacional— le dio a las entregas de dinero.

Que el demandante tuvo una conducta de incumplimiento no sólo a lo largo del plazo contractual sino después de agotado este, se desprende de la nota 041 de 1983 que el 16 de febrero de 1983 envió la firma interventora al Secretario Técnico del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, en la cual se lee:

> "El día 25 del mes de enero se celebró una reunión entre los ingenieros Augusto Ruiz Corredor y Ernesto Millán en representación de los contratistas, Jorge Alfaro Urueña y Jorge Castillo V.

en representación de la Interventoría y Euclides Becerra P. y Timoteo Otálora en representación del Jefe del Distrito número 4 del MOPT. En esta reunión se hizo un recorrido general, se anotaron el tipo de defectos que acusaban algunas obras, y se convino que de acuerdo con el procedimiento establecido por el MOPT se pasaría una comunicación al contratista en la cual se anotarían las obras defectuosas las cuales deberán ser corregidas por el contratista para su recibo definitivo, de lo contrario... (texto ilegible) el acta de recibo definitivo. El contratista solicitó un plazo hasta el 18 de febrero para adelantar tales labores.

"La Interventoría pasó a los contratistas en los primeros días del mes de febrero el memorando mencionado firmado por los representantes del MOPT y la Interventoría, en el cual se relacionan las obras defectuosas cuya reparación deberán hacerla al contratista dentro del plazo señalado por él.

"Debemos informar que hasta la fecha presente el contratista no ha adelantado las reparaciones de las obras mencionadas".

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. Deniéganse las súplicas de la demanda.

2. Se condena en costas a la parte actora. Tásense por la Secretaría.

3. Envíese copia de la presente providencia a la Procuraduría General de la Nación con los anexos correspondientes para los fines indicados en los considerandos de la misma.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CUMPLIMIENTO.*

*1. Si se demanda el cumplimiento no pueden pedirse sino perjuicios moratorios mientras que si opta por la resolución proceden los perjuicios compensatorios.*

*2. Cumplimiento, por parte de la administración en contratos de tracto sucesivo y de ejecución instantánea: ¿Procedencia? (Antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984).*

*3. Acción de cumplimiento (Decreto 01 de 1984 artículo 136).*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., ocho de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: 4653. Actor: Compañía Colombiana del Caribe S. A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de noviembre 22 de 1984, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso contractual administrativo adelantado por la sociedad Colombiana del Caribe S. A., "COLCARIBE", domiciliada en Bogotá, D. E., contra el Municipio de Yumbo.

*I. La sentencia apelada*

La sentencia impugnada, denegó todas las súplicas de la demanda con las siguientes consideraciones:

"La sociedad 'Colombiana del Caribe S. A.', 'COLCARIBE', constituida con domicilio en Bogotá, D. E., demandó ante el Tribunal se declare que el Municipio de Yumbo está obligado a cumplir el contrato suscrito con la sociedad actora, relativo al suministro de un tractor sobre orugas y, como consecuencia, que deba pagar a la sociedad contratante tanto el precio del tractor como los perjuicios sufridos por ella con ocasión al incumplimiento de lo pactado".

"No se demanda, concretamente, resolución alguna dictada por el Municipio concretamente por medio de la cual se hubiera dado por terminado unilateralmente (cláusula de caducidad), el contrato o impuesto multa o sanción alguna a la contratante y, así, tener en cuenta la fecha de la publicación, notificación o ejecución según el caso, para contar el término de 4 meses ante acción simple de Plena Jurisdicción.

Aquí se trata de una controversia relacionada con un contrato administrativo, controversia en la cual hace parte un Municipio; se trata del estudio y análisis de hechos, actos o situaciones realizadas, por las partes para deducir el cumplimiento del contrato y, así, reconocer o declararse lo que es debido; se trata de un proceso contractual administrativo, originado en acción declarativa y de condena, que obliga a los principios del derecho civil aplicándolo con criterio de derecho público, reglas que consagran el fenómeno de derecho sustancial de la prescripción de dicha acción, a falta de norma en el Código Contencioso Administrativo que contemple y regule este fenómeno jurídico. Se concluye, entonces, diciendo que la acción contractual contencioso administrativa no tiene caducidad y, en lo tocante a prescripción de los derechos y obligaciones, está sometida al Código Civil. Esto, por lo demás, está plenamente establecido por el honorable Consejo de Estado, tratándose claramente en salvamento de voto del consejero Jorge Valencia Arango, de fecha 26 de septiembre de 1979. *Anales del Consejo de Estado,* 2º Semestre de 1979, páginas 535 y siguientes".

"Se dirá, entonces, que la acción propuesta por 'COLCARIBE' no carece de oportunidad".

"Se pretende obligar al Municipio de Yumbo a ejecutar un contrato de suministro que no quiere cumplir".

"Sin embargo, si se tiene en cuenta que el interés social siempre ha de provocar frente al particular, al aceptarse la viabilidad jurídica del ejercicio de la acción de cumplimiento de contrato contra la administración, se llegaría a enfrentar el principio antes enunciado, razón ésta que respalda la afirmación de no poder ser obligada la administración —en este caso el Municipio de Yumbo— a cumplir coercitivamente un contrato".

"En aclaración de voto del Doctor Carlos Betancur Jaramillo a la sentencia de septiembre 15 de 1983, Consejero ponente. Doctor Jorge Valencia Arango, en 'Extractos de Jurisprudencia' (septiembre de 1983, pág. 672), se dijo:

" 'Reiteradamente ha sostenido la Sala que no puede obligarse a la administración a ejecutar un contrato que ella no ha querido cumplir, pues el juez devendría en administrador y se irrogaría facultades y derechos que la Constitución y la ley entregaron a la rama ejecutiva y que ante el incumplimiento de la administración en la ejecución del contrato, la acción procedente sería la resolución con indemnización de perjuicios' ".

"En el caso presente, se trata de un proceso originado en contrato cuyo término de vigencia estaba vencido a la presentación de la demanda, de donde, por reiteración jurisprudencial del honorable Consejo de Estado, no era indispensable pedir ni decretar la resolución del contrato para poder demandar, y obtener la correspondiente indemnización por su incumplimiento".

" 'Si es dable intentar la acción de resarcimiento sin invocarse la resolución, en atención a la índole del contrato, por una parte, y por otra, a la situación creada por las partes contratantes y, en especial, frente al plazo otorgado' (Sentencia del honorable Consejo de Estado, febrero 9 de 1984)".

"Se acusa al Municipio de Yumbo de haber incumplido el contrato suscrito con Colcaribe para el suministro de un tractor sobre orugas y se hacen resaltar los siguientes hechos:

"a) La empresa 'Colombiana del Caribe S. A.' intervino en la licitación pública abierta por el Municipio de Yumbo para la adquisición de un bulldózer, presentándose propuesta la cual fue escogida y adjudicado el contrato respectivo de éste fue firmado el 1º de abril de 1977".

"b) El precio del tractor sería pagado por el Municipio en un plazo de 24 meses, en 4 cuotas semestrales iguales y reconociéndose intereses, sobre saldos pendientes, del 24% anual".

"c) El pago lo garantizaría el Municipio constituyendo, a favor de 'Colcaribe', una carta de crédito en un banco colombiano, pagadera en Bogotá, cada 6 meses, comprendidos capital e intereses, carta de crédito que debería ser irrevocable, confirmada y que podría ser transferida".

"d) El equipo fue nacionalizado a nombre del Municipio de Yumbo y una vez recibido de la Aduana de Barranquilla el 5 de julio de 1977, se le exigió al Alcalde de Yumbo constituyera la carta de crédito para proceder a la entrega del tractor, con resultados negativos, sólo un oficio del 20 de marzo de 1978, en respuesta a nota de Colcaribe del 24 de enero del mismo año, en el cual se decía que el Municipio ya no estaba interesado en adquirir el tractor y que la administración no tenía inconvenientes en que la maquinaria fuera negociada por 'Colcaribe' con cualquier persona natural o jurídica".

"e) Que se llevaron a cabo conversaciones entre el Municipio y la cocontratante recibiendo esta manifestaciones ambiguas acerca del cabal cumplimiento del contrato".

"Lo anterior tiene el debido respaldo probatorio tanto con los testimonios del Doctor Humberto Jiménez Muñoz, ex-alcalde de Yumbo, y de José Antonio Bello Mesa, Gerente de 'Ascomex', quien colaboró en la tramitación de la nacionalización del bulldózer que 'Colcaribe' vendía al Municipio de Yumbo, como con abundante prueba documental, aún de las mismas manifestaciones contenidas en el memorial del apoderado del Municipio".

"¿Y cuál la situación jurídica de la sociedad 'Colombiana Caribe, Colcaribe S. A.' frente al mismo contrato?".

"La cláusula sexta del contrato, dice: 'Entrega del bien vendido. Colcaribe S. A. entregará al Municipio el equipo aludido, una vez haya finalizado totalmente el trámite de nacionalización y tomando en consideración solamente las distancias entre el puesto de Barranquilla y la localidad de Yumbo. La entrega se hará por cuenta de Colcaribe S. A., en las instalaciones que el Municipio señale, mediante acta que suscribirán las partes, por representantes debidamente autorizados' ".

"Existió un contrato en donde se estipularon las obligaciones de cada uno de los contratantes. Entre esas condiciones u obligaciones se observa que Colcaribe S. A. debía entregar el equipo negociado, una

vez nacionalizado, al municipio de Yumbo, tomando en consideración SOLAMENTE las distancias entre el puesto de Barranquilla y la localidad de Yumbo".

"Lo anterior es lo que dice la cláusula sexta del contrato, que se ha transcrito. No se estipuló en el ameritado contrato que la entrega estuviera a condición distinta a la señalada, menos a que la cláusula cuarta 'Garantía de Pago' estuviera satisfecha por el Municipio".

"Era deber de Colcaribe, en cumplimiento de las obligaciones a su cargo, entregar el tractor al Municipio de Yumbo, dentro de las instalaciones que éste señalara, suscribiéndose acta por los representantes autorizados con lo cual se fundamentaría el cumplimiento de lo estipulado en la cláusula octava que trata de la 'Determinación de los plazos para el pago', al leerse: *'La fecha del acta que se menciona en la cláusula anterior, se tendrá como punto de partida, para contar los plazos semestrales de amortización señalados en la cláusula anterior'* ".

"Si, entonces, Colcaribe S. A. no cumplió con su obligación de entrega de lo contratado y, así, determinarse la fecha inicial de los plazos semestrales de amortización señalados en la cláusula tercera, ¿cómo, se pregunta, puede afirmarse su exacto cumplimiento al contrato celebrado con el Municipio de Yumbo?. Porque, hay que anotar, en ninguna cláusula del contrato en mención se estipuló obligación alguna para el Municipio de constituir a favor de Colcaribe S. A. la carta de crédito dentro de las circunstancias requeridas por la parte actora".

"En sentencia de casación civil de la H. Corte Suprema de Justicia del 7 de diciembre de 1982, citada por el H. Consejo de Estado en fallo del 16 de febrero de 1984, consejero ponente Doctor José Alejandro Bonivento Fernández, Extractos de Jurisprudencia, página 92, se dice:

" '¿Qué es la mora?. Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales si ambos han incumplido de ninguno se podrán predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora?, a saber: 1) Permite cobrar perjuicios (arts. 1610 y 1615 del C. C.). 2) Hace exigible la cláusula penal (arts. 1594 y 1595 del C. C.), y 3) Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida (arts. 1731 y 1733). Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predican las circunstancias sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609...' "

"Analizadas las situaciones de las partes frente al contrato mencionado, observándose incumplimiento tanto del Municipio de Yumbo como de Colcaribe S. A. se concluye que ninguna de ellas puede esperar a que se imponga la sanción pecuniaria que surge de la indemnización de perjuicios" (fols. 8 a 14 C. 1).

*II. Los hechos de la controversia*

Aparecen expuestos en la demanda, así:

"1º El Municipio de Yumbo (Valle) por intermedio de su Secretaría de Obras Públicas abrió y tramitó la Licitación Pública número OOPP-002-77 para la adquisición de un buldózer (tractor) para obras públicas".

"2º La sociedad Colombiana del Caribe S. A., 'Colcaribe', presentó su correspondiente propuesta u oferta, y el señor Alcalde Municipal de Yumbo (Valle) le adjudicó el contrato mediante su Resolución número 0080 de 24 de marzo de 1977, con base en las autorizaciones otorgadas por el acuerdo número 009 de 7 de febrero de 1977 del Concejo Municipal de Yumbo y la Resolución número 0254 de 10 de febrero de 1977 de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca".

"3º Con apoyo en lo anterior se celebró el contrato (sin número) de marzo de 1977 entre Colombiana del Caribe S. A., 'Colcaribe', y el Municipio de Yumbo (Valle) 'Relativo a suministro de un tractor'; contrato que fue debidamente timbrado por la Sección de Liquidación de Impuestos Indirectos de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá el día primero (1º) de abril de 1977 (que debe tener como fecha cierta)".

"4º Posteriormente las partes introdujeron a dicho contrato una cláusula adicional —la cuarta bis— relacionada con la constitución y utilización de la Carta de Crédito".

"5º En dicho contrato se estipulaba, entre otras cosas, lo siguiente:

"*Cláusula primera.* 'Colcaribe se obliga para con el Municipio a suministrarle a título de venta un tractor sobre orugas marca Fiat Allis... etc.' ".

"*Cláusula segunda.* 'El valor del suministro es la suma de TRES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS ($ 3.390.940) Moneda corriente...' "

"*Parágrafo.* 'En consideración a la índole jurídica del Municipio, se solicitará... la exención de los correspondientes impuestos' ".

"*Cláusula tercera.* Forma de pago. El Municipio pagará a Colcaribe S. A. el valor del suministro dentro de un plazo de 24 meses en cuatro (4) cuotas semestrales iguales y reconociendo intereses sobre saldos pendientes, a razón del 24% anual. Estos intereses serán pagados anticipadamente por semestres".

"*Cláusula cuarta.* Garantía de pago. Para garantizar el pago del precio convenido y de los intereses de las cuotas semestrales de amortización, el Municipio constituirá a favor de Colcaribe S. A. una Carta de Crédito en un banco colombiano, pagadera en Bogotá. Esta Carta de Crédito deberá ser pagadera parcialmente cada seis meses por instalamentos que comprendan el capital y los intereses correspondientes, salvo el primer pago semestral que sólo se referirá al capital, ya que los intereses anticipados del primer semestre se pagarán directamente por el Municipio a Colcaribe S. A. Esta Carta de Crédito deberá ser irrevocable, confirmada y podrá ser transferida".

"*Cláusula cuarta bis* (adicional). '...la Carta de Crédito se constituirá inicialmente por 12 meses pero por su valor total, utilizable en un 25% con intereses...' etc.".

"*Cláusula quinta.* Nacionalización del equipo vendido. 'En razón de que el equipo vendido se halla en zona franca, Colcaribe S. A. adelantará en nombre del Municipio todas las gestiones a que haya lugar tendientes a la nacionalización del tractor. Por lo tanto todos los documentos necesarios para dicho fin se presentarán a nombre del Municipio, incluyendo las solicitudes de exención de derechos arancelarios, efectos para los cuales el Municipio prestará toda la colaboración requerida' ".

"*Cláusula sexta.* Entrega del bien vendido. Colcaribe S. A. entregará al Municipio el equipo vendido una vez haya finalizado totalmente el trámite de nacionalización y tomando en consideración solamente las distancias entre el Puerto de Barranquilla y la localidad de Yumbo. La entrega se hará por cuenta de Colcaribe S. A. en las instalaciones que el Municipio señale, mediante acta que suscribirán las partes, por representantes debidamente autorizados".

"*Cláusula séptima.* Determinación de los plazos para el pago. La fecha del acta que se menciona en la cláusula anterior, se tendrá como punto de partida para contar los plazos semestrales de amortización señalados en la cláusula tercera".

"*Cláusula octava.* Apropiación presupuestal de Imputación. El Municipio de Yumbo pagará este contrato con cargo al capítulo IV, programa..."

"*Cláusula novena.* Garantía del equipo. Colcaribe S. A. garantiza al Municipio el equipo vendido..."

"*Claásula novena.* (sic). Caducidad del contrato. Este contrato fue suscrito, a nombre del Municipio, por el Doctor Carlos Ariel Nieto Sánchez, y Colcaribe canceló el valor de su publicación en el Diario Oficial".

"6º Hecho. Colcaribe, en cumplimiento de sus obligaciones y con el ánimo de facilitar la operación contractual, procedió a elaborar el correspondiente Registro de Importación del tractor a nombre del Municipio de Yumbo, el cual fue suscrito por el señor Alcalde Doctor Carlos Ariel Nieto S.".

"7º Seguidamente Colcaribe, con la asesoría de la firma Ascomex Ltda. (Asesores de Comercio Exterior), preparó todos los documentos que debía suscribir el Municipio para la realización del contrato, y fue así como el señor Alcalde formuló al Banco de Occidente —Oficina Principal— Cali, la correspondiente solicitud de apertura de la Carta de Crédito; la solicitud de exención de pago del impuesto sobre las ventas; la solicitud de exención de derechos de aduana; la solicitud del concepto del Departamento Nacional de Planeación a que se refiere el artículo 3º del Decreto 2367/74; la solicitud de la certificación del Incomex acerca de que las máquinas como la negociada no se producían en el país, etc.".

"8º Para agilizar la nacionalización de la máquina y conforme al radiograma número 09776 de 20 de mayo de 1977 de la Dirección General de Aduanas, Ascomex Ltda. solicitó la entrega del aparato mediante nota número 0087 de julio 1º de 1977".

"9º La Administración de Aduana —Secretaría— de Barranquilla por auto 000351 de 5 de julio de 1977 accedió a lo solicitado y fue así como mediante acta de esta misma fecha se efectuó el reconocimiento y la entrega de tal mercancía en la Zona Franca de Barranquilla".

"10. Recibido el tractor, importado por el Municipio de Yumbo y a su nombre, Colcaribe le comunicó al señor Alcalde su deseo de entregárselo de inmediato a cambio de que constituyera a su favor la Carta de Crédito indicada en el contrato; pero como el señor Alcalde guardó silencio, Colcaribe le dirigió la nota número 0417 de 24 de enero de 1978, suscrita por el segundo suplente del Gerente, donde le recordaba sus obligaciones, y le ponía de presente los perjuicios que estaban sufriendo, y por último le pedía 'un claro y oportuno pronunciamiento sobre el particular' ".

"11. Como respuesta a la solicitud anterior, el señor Alcalde le dirige el oficio número 00335 de 20 de marzo de 1978 en el que le dice lo siguiente: 'De acuerdo a su solicitud y en razón de que el Municipio ya no está interesado en adquirir el tractor sobre orugas marca Fiat Allis modelo 11B, a que se refiere el contrato de suministro que tiene celebrado con ustedes, ésta Alcaldía se permite manifestarles que el Municipio de Yumbo no tiene inconveniente en que Colcaribe S. A. negocie la máquina de la referencia con cualquier persona natural o jurídica, privada o pública'. Este oficio está suscrito por el Doctor Humberto Jiménez Muñoz, Alcalde del Municipio de Yumbo, cuya firma autenticó ante el Juez Civil Municipal de dicho Municipio".

"12. Frente al hecho anterior, Colcaribe llamó al suscrito y con fecha 24 de abril de 1978 le otorgó poder para que legalizara la resolución del contrato".

"13. Recibido el poder, telefónicamente le solicité al señor Alcalde Doctor Jiménez Muñoz una entrevista y fue así como el día 17 de mayo de 1978 viajé a Yumbo. Allí tuvimos una larga conversación y entre otras cosas me dijo que él era prácticamente 'un liquidador de la quiebra en que estaba el Municipio', pues estaba embargado hasta por los bancos. Que le hiciera un planteamiento por escrito acerca de dos posibilidades: 1. El cumplimiento del contrato, y 2. La Resolución del mismo, porque tenía facultad para contratar hasta por CINCO MILLONES DE PESOS".

"14. En cumplimiento de lo anterior le envié mi carta fechada el día 18 de mayo de 1978, la cual fue recibida y sellada el día 22 siguiente. Esta contenía la siguiente alternativa: '1ª La resolución del contrato de compraventa del tractor por voluntad expresa de su parte' (páginas 1ª y 2ª), y '2ª Continuar dándole cumplimiento al referido contrato' (pág. 3ª)".

"15. Como la anterior comunicación no había merecido la respuesta que el señor Alcalde me había prometido en 24 horas, le envié con fecha 13 de junio del mismo año una nota recordatoria".

"16. El día 21 de junio siguiente recibí el Oficio número 00528 en el que me dice el señor Alcalde, Doctor Jiménez: 'Doy respuesta a su última comunicación y si no lo había hecho antes era por no haber podido clarificar una negociación con el Departamento del Valle. En el curso de la próxima semana estaré terminando esa gestión y podré anunciarle la fecha en que podamos pagarle".

"17. Como este oficio era ambiguo, pues no se sabía si acogía la resolución o el cumplimiento del contrato, lo llamé telefónicamente y me manifestó que había decidido quedarse con la máquina y que luego me avisaría".

"18. Como Colcaribe estaba soportando el pago de la financiación del tractor y el de bodegaje, y el señor Alcalde no se pronunciaba, con fecha 6 de julio le envié el télex número 105263/1 así: 'Sírvase concretar fecha pago e impartir instrucciones entrega máquina' ".

"19. Transcurridos 25 días sin que se manifestara el señor Alcalde, decidí viajar de nuevo a Yumbo el día 1º de agosto de 1978, y allí me recordó la difícil situación económica del Municipio y la dificultad para pagar la máquina, pero que había solicitado autorización al Concejo, y que tan pronto dictara el acuerdo lo sancionaría de inmediato y que el día 8 de agosto me avisaría".

"20. Transcurridos casi tres meses, durante los cuales hubo cambios de Gobierno nacional, departamental y municipal, decidí escribirle al nuevo Alcalde de Yumbo, Doctor Carvajal Velasco, recordándole nuestras gestiones tendientes a darle cumplimiento al contrato de marras; y en efecto el día 27 de noviembre de 1978 le dirigí mi comunicación pero hasta la fecha no he merecido respuesta alguna".

*"Conclusión"*

"Ante los hechos descritos, fácilmente debe advertirse que el Municipio de Yumbo (Valle) celebró legalmente un contrato con la firma Colcaribe S. A. para la adquisición de un bulldózer; que Colcaribe dio estricto cumplimiento a sus obligaciones, y que el Municipio, alegando falta de dinero (que no era disculpa porque la solicitud de apertura de la Carta de Crédito fue aprobada por el Banco de Occidente) ha dilatado su cumplimiento en forma tal que es ostensible el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y expresó su deseo de no cumplirlo 'ya que no está interesado en adquirir su tractor' " (fols. 24 a 30 C. 1).

Con base en los hechos anteriores, se formularon las siguientes pretensiones:

"Primera. Que el Municipio de Yumbo (Departamento del Valle del Cauca) está obligado a darle estricto cumplimiento al contrato administrativo sin número, suscrito en el mes de marzo de mil novecientos setenta y siete (1977) con la firma 'Colombiana del Caribe S. A.', 'Colcaribe', debidamente timbrado por la Sección de Liquidación de Impuestos Indirectos de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá el día primero de abril de mil novecientos setenta y siete (1977) 'Relativo a suministro de un tractor'; contrato que fue debidamente adicionado con la 'cláusula cuarta bis' ".

"Segunda. Que el Municipio de Yumbo (Valle) es directa, civil y administrativamente responsable de todos los perjuicios sufridos por la sociedad 'Colombiana del Caribe S. A.', 'Colcaribe', por causa del incumplimiento de aquel en sus obligaciones contractuales".

"Tercera. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones el Municipio de Yumbo (Valle) debe pagar a la sociedad 'Colombiana del Caribe S. A.', 'Colcaribe', a la ejecutoria del fallo que ponga fin a este juicio, las siguientes partidas por concepto de precio de indemnizaciones (daño emergente, lucro cesante, etc.):

"a) *El precio del tractor* conforme a las cláusulas primera y segunda del contrato cuyo cumplimiento se solicita, o sea la suma de TRES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS ($ 3.390.940) moneda corriente colombiana".

"b) El mayor valor que tenga el mismo tractor para la época de la entrega al Municipio de Yumbo (Valle), o sea la diferencia entre el precio pactado en el contrato ($ 3.390.940) y el precio que tenga la misma máquina para la fecha de la entrega al Municipio".

"c) Los intereses corrientes y los moratorios desde las fechas en que hacían exigibles los pagos de las cuotas semestrales de amortización del precio, conforme a las cláusulas tercera, cuarta, cuarta bis (adicional) y séptima del contrato antes mencionado".

"d) Los honorarios del suscrito abogado equivalente al diez por ciento (10%) de todas las cantidades y por todo concepto, que debe pagar el Municipio de Yumbo (Valle) a Colcaribe con ocasión de esta demanda".

"e) El valor del bodegaje que se haya causado o haya tenido que pagar 'Colombiana del Caribe S. A.' desde que recibió el tractor importado a nombre del Municipio".

"f) Los honorarios periciales, costas y demás gastos propios de este juicio" (fols. 22 a 24 C. 1).

### *III. La sustentación del recurso*

Aparece formulada en los siguientes términos:

"De conformidad con los artículos 181 y 212 del nuevo C.C.A. (Decreto 01/84) y reservándome el derecho de ampliar esta sustentación cuando se me dé traslado por los cinco (5) días que ordena el artículo 212 del mismo código, fundamento el recurso principalmente en lo siguiente:

"1º El argumento de que no puede obligarse a la administración a ejecutar un contrato que ella no ha querido cumplir (página 10 de la sentencia), se tiene que:

"Partiendo de la base, como luego lo demostraré, que el Municipio de Yumbo fue quien incumplió y buscando el equilibrio contractual y procesal entre las partes, es aplicable el artículo 1546 del Código Civil

que en su parte pertinente dice: 'en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado... podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios', y esto fue justamente lo que solicitó en la demanda al amparo de esta norma. De otro lado, el artículo 1609 *ibídem* enseña que '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', que es aplicable al hecho de que el Municipio de Yumbo no quiso constituir la carta de crédito para proceder Colcaribe a la entrega material del tractor (como sí rezaba en el contrato en la cláusula adicional —4ª bis— (ver 4º de los hechos) y además manifestó ya no estar interesado en adquirir el tractor (página 11 de la sentencia)".

"2º Al argumento de que era deber de Colcaribe entregar el tractor al Municipio de Yumbo etc. (página 13 de la sentencia), debo insistir en que de conformidad con las normas comerciales la entidad vendedora, al nacionalizar la máquina vendida y colocar todos los documentos de importación a nombre del Municipio de Yumbo no sólo entregó el bien vendido al comprador (artículo 923 del Código de Comercio) sino que se colocó en imposibilidad de disponer de dicho bien transfiriendo su dominio a otros posibles compradores. La negativa del Municipio de Yumbo a recibir materialmente el bien vendido y a garantizar su pago mediante los medios convenidos en el contrato son precisamente los hechos que constituyen el incumplimiento y generan los perjuicios alegados y demostrados por la parte actora en este proceso".

"3º A la aserción de que 'observándose incumplimiento tanto del Municipio de Yumbo como de Colcaribe S. A. se concluye que ninguna de ellas puede esperar a que se imponga sanción pecuniaria...' (página 14 de la sentencia) es preciso responder, como se ha alegado y aprobado en el proceso, que la sociedad Colcaribe S. A. no sólo cumplió su parte en el contrato y estuvo en todo momento dispuesta a completar lo pactado con el Municipio de Yumbo, mientras que el Municipio sí incumplió dando lugar a la demanda y a las peticiones de la misma ante la justicia contencioso administrativa. La forma como se ha desatado el litigio por ese Honorable Tribunal no sólo no resuelve el problema suscitado entre mi representado y la Administración Municipal de Yumbo sino que coloca a la parte actora en una situación irreversible de perjuicio para sus intereses, sin beneficio alguno para el Municipio de Yumbo".

"Por lo sumariamente expuesto, reitero mi petición respetuosa de que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda".

"Solicito además al Honorable Consejero de Estado o a quien corresponda este negocio que me dé el traslado de que trata el artículo 212 del C.C.A., como antes lo solicité".

*"Por último y en subsidio pido que, si es posible, se decrete la resolución del contrato con indemnización de perjuicios en lugar del cumplimiento pedido inicialmente, a la luz del mencionado artículo 1546 del Código Civil"* (fols. 15 a 17 C. 1).

*IV. El concepto fiscal*

La Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal 2ª de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"Revisado el material probatorio que obra en el expediente, se encuentra a los folios 9 y ss. del cuaderno principal, una copia del contrato celebrado entre el municipio de Yumbo y la firma Colombiana del Caribe S. A., Colcaribe, autorizado por la Resolución número 0080 de marzo 24 de 1977 proferida por la Alcaldía de Yumbo mediante la cual se resolvió adjudicar a la firma Colcaribe la compra de un tractor sobre orugas marca Fiat Allis modelo 11B por un valor de $ 3.390.940 (fol. 73 C. 1)".

"Celebrado el contrato en marzo de 1977 se pactó en él la obligación para Colcaribe de vender al municipio de Yumbo el tractor de las características anotadas, completamente nuevo y de entregarlo en las instalaciones determinadas por el municipio, tomando en consideración únicamente las distancias entre el puerto de Barranquilla y Yumbo, una vez finalizadas las diligencias de nacionalización".

"En la cláusula tercera se estipuló que el Municipio pagaría el valor de la compra dentro del plazo de 24 meses en cuotas semestrales iguales, contadas a partir de la fecha del acta de entrega".

"Como garantía del pago del Municipio se obligó a constituir a favor de la entidad vendedora una Carta de Crédito pagadera parcialmente cada seis meses por instalamentos que comprendan el capital y los intereses correspondientes salvo el primer pago semestral ya que los intereses anticipados del primer semestre los pagaría directamente el Municipio".

"De los documentos aportados al proceso tendientes a demostrar la importación y nacionalización del bulldózer objeto del contrato de compraventa, se encuentran a los folios 84 y ss. del cuaderno principal, copias sin la debida autenticación del Registro de Importación número 20328 en el cual figura como importador el Municipio de Yumbo y como representante del importador la Compañía Colombiana del Caribe S. A. por un valor de US$ 58.160 y con fecha de expiración del 30 de octubre de 1977".

"Al folio 44 del cuaderno número 2 obra copia auténtica del manifiesto de importación número 06843 en el cual se cita como importador al Municipio de Yumbo, país de procedencia de la mercancía Estados Unidos, fecha de llegada de la mercancía *diciembre 12 de 1974,* conocimiento de embarque ZF-6 de New Orleans de fecha *diciembre 20 de 1974,* sobordo 586 de Cartagena de fecha *diciembre 27 de 1974,* exenta de impuestos mediante Resolución número 0091 de enero 2 de 1979".

"Se encuentra además al folio 45 C-2, el acta de reconocimiento y entrega del bulldózer por parte de la Aduana de Barranquilla en la cual se fija como fecha de llegada de la mercancía importada el *27 de diciembre de 1974* y se dice que en Barranquilla a los 5 días del mes de julio de 1977 se procedió en la dependencia de la zona franca a dar cumplimiento al auto de la administración que ordena el reconoci-

miento y entrega de la mercancía por orden de la Dirección General de Aduanas".

"Al folio 46 del mismo cuaderno reposa la solicitud de retiro de la mercancía presentada por la firma Ascomex Ltda. a la Aduana de Barranquilla de fecha julio 1º de 1977 y en la cual se señalan las características del bulldózer importado por el Municipio de Yumbo y fecha de llegada el 27 de diciembre de 1974".

"Al folio 100 del C-1, reposa el comprobante número 073302 de exención de impuestos expedido por Proexpo en el cual figura como importador el Municipio de Yumbo, mercancía llegada a puerto colombiano el 27 de diciembre de 1974 por un valor de $ 2.327.974".

"Las pruebas anteriores permiten establecer que el bulldózer objeto del contrato de compraventa celebrado en el mes de marzo de 1977 entre el Municipio de Yumbo y la firma Colcaribe S. A. se importó y llegó a puerto colombiano en el mes de diciembre de 1974, o sea dos años y cuatro meses antes de la suscripción del contrato. Se observa además que el importador en el año 1974 fue el mismo Municipio de Yumbo el cual dos años y cuatro meses después firmó el contrato con la firma Colcaribe para comprar el mismo bulldózer que años atrás había importado".

"Resultan entonces un tanto confusas las circunstancias que rodearon la celebración del contrato de compraventa toda vez que en él se dice que el Municipio de Yumbo abrió y tramitó la licitación pública número OOPP-002-77 para el suministro del bulldózer y accesorios, la cual fue adjudicada a la firma Colcaribe S. A. conforme a la resolución número 0080 de marzo 24 de 1977 expedida por la Alcaldía de Yumbo".

"La firma Colcaribe S. A. se comprometió a vender al Municipio un tractor sobre orugas marca Fiat Allis modelo 11B equipado con cuchilla angulable de 140 H.P. de potencia neta al volante, motor modelo 11.000 tipo Diesel y peso aproximado de 15.897 kilogramos. Según los datos consignados en el manifiesto de importación la mercancía llegada al país en diciembre de 1974 siendo importador el Municipio de Yumbo, consistía en un bulldózer marca Fiat Allis modelo 11B cuchillas y uso parte del tractor accesorios para el tractor. De igual manera estos mismos datos aparecen en la solicitud de entrega de la mercancía y en el acta de entrega realizada el 5 de julio de 1977, demostrándose de esta manera que el equipo importado en el año de 1974 fue el mismo objeto de la compraventa en el año de 1977".

"No aparecen pruebas en el expediente que permitan establecer los hechos ocurridos entre la llegada de la mercancía al puerto colombiano y la fecha de la celebración del contrato, por lo tanto no puede llegarse a un pronunciamiento sobre la validez del mismo, razón por la cual se entrarán a analizar las causales de incumplimiento señaladas en la demanda".

"Resulta evidente que el Municipio a través del pacto manifestó su voluntad de obligarse a comprar el bulldózer señalado en la cláusula primera del convenio; se obligó de igual manera a prestar su colabo-

ración para su nacionalización y a efectuar el pago en la forma acordada. A su vez el vendedor se obligó a diligenciar la nacionalización y hacer la entrega del equipo en el sitio señalado por el comprador".

"Analizado el acervo probatorio se encuentran varios documentos que demuestran las diligencias realizadas por la firma Colcaribe S. A. tendientes a obtener la nacionalización de la máquina, entre ellas están la solicitud y acta de entrega de la mercancía (fols. 38 y 39 C-2), mediante las cuales se demuestra la realización del aforo en las dependencias de la Zona Franca de Barranquilla. Aparecen también las declaraciones rendidas por el señor José Antonio Bello Mesa en su calidad de Gerente de Asomex, sociedad a la cual Colcaribe solicitó su colaboración para la nacionalización en comento (fols. 16 y ss. C-2), en la cual da cuenta de la entrega de los documentos necesarios por parte de la firma Colcaribe S. A. con base en los cuales la División Legal de la Dirección General de Aduana autorizó la entrega de la máquina, a partir de la entrega señalada, afirma el declarante, que la entidad a su cargo efectuó toda la tramitación requerida hasta febrero 5 de 1979 cuando la Aduana de Barranquilla expide el comprobante de rentas número 198547 en el cual se ordena cobrar el manifiesto número 6843 impuesto de ventas por $ 139.678.44 o la exención de este impuesto por solicitud del Municipio, lo cual no se llevó a cabo por las negativas de las autoridades municipales".

"Los hechos declarados están corroborados por la certificación expedida por el cajero de la Aduana de Barranquilla visible al folio 97 vto. C-1, en la cual se dice que en la Sección de Caja de la Aduana, se encuentra el manifiesto de importación número 6843, los comprobantes de rentas por cobrar siendo exencionados los Derechos Arancelarios pero pagando el Impuesto a las Ventas, el manifiesto fue aceptado el 2 de marzo de 1978, amparado el bulldózer objeto de la negociación y además que dicho manifiesto se encuentra en esa sección desde febrero 9 de 1979 para su cancelación".

"Por otra parte aparecen en el proceso diferentes pruebas que demuestran la falta de interés y la negativa por su parte del Municipio de Yumbo para cumplir con sus obligaciones contractuales de prestar su colaboración para obtener la exención de impuestos, recibir el bulldózer y proceder al pago diligenciado en la Carta de Crédito; es así como al folio 14 del C-1 reposa un oficio suscrito por el Alcalde y dirigido a la firma Colcaribe en el cual le manifiesta que el Municipio no está interesado en adquirir el tractor y que no tiene inconveniente en que se negocie con cualquier persona natural o jurídica. Obran también diferentes comunicaciones enviadas por el apoderado de la firma vendedora al Alcalde en las cuales le solicita el cumplimiento del contrato, haciéndole ver los perjuicios que ocasionaría a su representada por la negativa a cumplir con lo pactado (fols. 16 y ss. C-1)".

"Resulta evidente al analizar el expediente que el Municipio no estuvo dispuesto a cumplir, no existe una sola prueba que demuestre lo contrario y hasta el apoderado en su defensa reconoce que el Municipio debido a los distintos compromisos adquiridos con particulares y con las entidades de crédito no podía cumplir con el compromiso

adquirido (fol. 44 C-1), razón por la cual se concluye que el Municipio de Yumbo en su calidad de comprador incurrió en incumplimiento del contrato de compraventa celebrado con la firma Colcaribe S. A.".

"Respecto de la firma vendedora no puede decirse lo mismo toda vez que como se vio, adelantó las diligencias de nacionalización hasta llegar a la liquidación del impuesto de ventas el cual debería ser cancelado por el Municipio, o en su defecto solicitar la exención del pago de dicho impuesto; el incumplimiento por parte del municipio colocó a la firma vendedora en imposibilidad de dar por terminadas las diligencias de nacionalización y de entrega del bien vendido".

"Este despacho no comparte lo dicho por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle en el sentido de atribuirle incumplimiento a la firma Colcaribe por el hecho de no haber transportado el bulldózer hasta Yumbo para efecto de hacer la entrega al Municipio por cuanto como ya se dijo las autoridades municipales no colaboraron para obtener la exención del impuesto de ventas, manifestando por el contrario su desinterés en comprar la maquinaria, así pues que menos irían a señalar el sitio de entrega del bien como se estipuló en el contrato. De esta forma no se podía exigir al vendedor que corriera con el pago del impuesto y de transporte hasta Yumbo si se tenía la certeza de la negativa del Municipio para recibir y efectuar el pago del bien".

"Por lo expuesto anteriormente, este despacho considera que hay lugar a declarar el incumplimiento del contrato y ordenar el pago de los perjuicios que realmente sufrió el contratista".

"En consecuencia esta Fiscalía solicita al Honorable Consejero de Estado, revoque la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar condene al Municipio de Yumbo a pagar los perjuicios ocasionados a la parte actora del proceso, siguiendo lo estipulado en el artículos 308 del C.P.C." (fols. 101 a 105 C. 1).

## *V. Consideraciones de la Sala*

a) El proceso recibió el trámite previsto por la ley y se encontraba en estado de recibir sentencia cuando se destruyó el seis de noviembre de 1985 en los dolorosos hechos del Palacio de Justicia.

b) Adelantado en su oportunidad legal, por la parte demandante, el procedimiento de reconstrucción del expediente, éste se declaró legalmente reconstruido por auto de 24 de junio de 1986 y entró nuevamente para sentencia el pasado 7 de julio.

c) La demanda, como lo anota el *a quo*, no es ningún modelo de técnica jurídica, pues impetra el cumplimiento del contrato de compraventa, con el pago del precio y los intereses moratorios y la actualización —a su manera— de dicho precio pactado, pero luego solicita "perjuicios" en forma de daño emergente y lucro cesante; olvidando que si se demanda el cumplimiento no pueden pedirse sino perjuicios moratorios mientras que si se opta por la resolución proceden los perjuicios compensatorios.

La crítica del fallador produjo otro desacierto jurídico de parte de la actora y es el de tratar de modificar el petitorio en el alegato de conclusión en la segunda instancia que, como se vio, termina con esta solicitud.

*"Por último y en subsidio pido que, si es posible, se decrete la resolución del contrato con indemnización de perjuicios en lugar del cumplimiento pedido inicialmente, a la luz del mencionado artículo 1546 del Código Civil"* (fols. 16 y 17 C. 1).

d) Antes de la vigencia del actual C.C.A., que regía cuando este proceso se inició, se dijo reiteradamente por ésta Corporación que la administración no podía ser condenada al cumplimiento de un contrato que ella había manifestado no querer ejecutar, pero, en todos los casos, la Sala se refirió a contratos de obras públicas, por su naturaleza, de *tracto sucesivo,* en los cuales si la administración se había negado a continuar su ejecución o lo había dado por terminado en uso de la cláusula de caducidad, no podía el juez sustituir esa decisión so pena de hacer imposible el cumplimiento de la misma, pues ante la necesidad de no paralizar la obra o demorar la prestación del servicio público, la administración siempre que termina un contrato de esta índole, formaliza uno nuevo con terceros.

Pero, tratándose de contratos de *ejecución instantánea* como el de compraventa, que llenados los requerimientos que la ley exige para los administrativos y convenidos en el objeto y el precio del negocio, se perfecciona y consuma, nunca se dijo que no pudiera obligarse a la administración a pagar el precio o a recibir la cosa, que son las obligaciones principales que surgen del contrato de compraventa.

Hoy, por lo demás, en forma expresa, el nuevo C.C.A. en su artículo 136 y en el *"rótulo"* del capítulo II, título 26, habla de la acción "de cumplimiento", sin que se sepa a ciencia cierta quién introdujo la citada expresión y con qué propósito, aunque dado que aparece unida a la "acción de reparación directa" y separada nítidamente de las acciones contractuales, no resulta, en principio, lógico pensar que se refiere a la pretensión de cumplimiento contractual, uno de los dos extremos fundamentales que surgen para el contratante cumplido frente al cocontratante remiso.

e) En el asunto *sub júdice,* realizada la licitación pública correspondiente, se celebró el contrato de compraventa, visible a folios 43 y 44, según el cual el Municipio de Yumbo adquirió, a título de compra, un tractor sobre orugas marca Fiat Allis por un precio de $ 3.390.940 moneda legal.

Como el tractor se encontraba, desde diciembre de 1974, en zona franca, se acordó por las partes, que la nacionalización se adelantaría a nombre del Municipio de Yumbo, el cual figuraría como importador y así se hizo, obligándose el comprador a facilitar *"todos los documentos necesarios para dicho fin... incluyendo las solicitudes de exoneración de derechos arancelarios..."*, pero no se dijo nada en relación con el impuesto de ventas, por lo que no se ve de dónde sale la base para la alegación, al respecto, por el Ministerio Público.

f) Sobre la entrega de la vendedora al comprador, dice la cláusula sexta:

"Colcaribe S. A. entregará al Municipio el equipo vendido una vez haya finalizado totalmente el trámite de nacionalización y tomando en consideración solamente las distancias entre el puerto de Barranquilla y la localización de Yumbo. La entrega se hará por cuenta de Colcaribe S. A., en las instalaciones que el Municipio señale, mediante acta que suscribirán las partes, por representantes debidamente autorizados".

Es decir, lograda la nacionalización, la firma vendedora quedaba obligada a entregar el bien vendido en el término de la distancia entre Barranquilla y Yumbo.

No cumplió, sin embargo, la sociedad demandante con tal obligación fundamental, sino que puso como condición para su cumplimiento, el otorgamiento por parte del comprador, de la Carta de Crédito que garantizara el pago.

Y no era eso lo convenido en el contrato.

En efecto, según la cláusula sexta transcrita, el vendedor, una vez obtenida la nacionalización del tractor, se obligaba en el término de la distancia, a entregarlo "mediante acta que suscribirán las partes, por representantes debidamente autorizados".

g) Y reza la cláusula séptima del contrato:

"*Cláusula séptima. Determinación de los plazos para el pago.* La fecha del acta que se menciona en la cláusula anterior se tendrá como punto de partida para contar los plazos semestrales de amortización señalados en la cláusula tercera".

Lo anterior quiere decir que el primer pago y los restantes instalamentos, sólo se hacían exigibles a partir de la fecha de entrega del tractor.

Es decir, por culpa del vendedor no llegó a hacerse exigible el pago o la garantía del mismo con la Carta de Crédito irrevocable.

El contrato de compraventa se perfeccionó, es indudable. Pero la primera obligación del vendedor, a tenor del artículo 1880 del C. C., la entrega de la cosa vendida, no se cumplió, pues no era solucionable como lo insinúa el demandante con la entrega simbólica, ante pacto expreso de entrega real o física.

Y la primera obligación del comprador en los términos del artículo 1929, el pago del precio convenido, no era, como ya se dijo, exigible, sino a partir de la entrega real de la cosa vendida y esta no tuvo realización.

h) No puede prohijarse la afirmación del Ministerio Público de que el Municipio comprador la habría hecho imposible al no señalar el lugar de la entrega, porque es apenas una posibilidad, una hipótesis, que el juzgador no puede dar por cierta.

Además, de los términos del contrato surge que habría bastado que el tractor se hubiera entregado en la Alcaldía Municipal.

1. Tampoco es aceptable la excusa afirmada por el Ministerio Público de que el Municipio no facilitó los documentos necesarios para obtener la exoneración del impuesto a las ventas, porque: a) el contrato habla únicamente de los impuestos arancelarios y no menciona el de ventas; b) porque este último impuesto corre a cargo del vendedor; y c) porque la entrega de la cosa vendida no estaba condicionada sino a la nacionalización.

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

*Falla:*

Primero. Confírmase, en todas sus partes, la sentencia apelada.

Segundo. Sin costas, porque no aparece que se hayan causado en el recurso.

Tercero. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD DESPUES DE LA TERMINACION DEL CONTRATO.*

*1. Resulta obvio que no puede ejercerse la facultad unilateral de dar por terminado un contrato que ya terminó por cualquier causa legal como es el cumplimiento de su objeto, el vencimiento del plazo pactado, el mutuo consenso, etc.*

*2. Concepto etimológico de "CADUCUS", CADUCAR.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., catorce de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: 4927. Actor: Cinducoll Ltda.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte apelante, dentro del proceso de la referencia, contra el auto de marzo 31 del año en curso, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia en el sentido de admitir la demanda y denegar la suspensión provisional de los actos impugnados.

*I. La providencia apelada*

Las razones expuestas por el *a quo,* son las siguientes:

"1. La acción propuesta tiene por objeto el lograr que se declare la nulidad de las Resoluciones números 033 de enero 30 de 1984, y 357 de agosto 30 de ese mismo año, ambas proferidas por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín (fols. 85 y ss.), por las cuales se dispuso declarar la caducidad del contrato número SCN-218-E celebrado con la firma 'Cinducoll Ltda.', y como consecuencia de ello que se disponga el restablecimiento del derecho de la contratista, condenando a la entidad pública a pagarle a título de perjuicios el 10% del valor del contrato, los intereses al 3% mensual hasta el día del pago y los reajustes monetarios conforme a las tasas de devaluación, y se declare resuelto el convenio, se proceda a su liquidación, etc., y también que se cancelen íntegramente las pólizas del seguro expedidas por Aseguradora del Valle S. A. en favor de las Empresas Públicas (fols. 89, 89 vto. 90)".

"2. Al solicitar la aplicación de la medida de la suspensión provisoria, en el libelo se dice:

" '1ª Es ostensible la violación de la norma superior y de la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto a la declaratoria proferida por las Empresas Públicas de Medellín mediante las resoluciones precitadas cuando se dictaron estando el contrato de suministro vencido con anterioridad a la declaratoria de caducidad, como quiera que la declaratoria de caducidad se profirió mediante Resolución 033 del 30 de enero de 1984 cuando el contrato había terminado, de acuerdo con sus prórrogas desde el día 7 de enero del mismo año, como se observa a folios 15 y 21, respectivamente'.

" '2ª Ha sido reiterativo el Consejo de Estado en su jurisprudencia que sólo procede la declaratoria de caducidad cuando los contratos están vigentes y que desaparecida ésta, por sustracción de materia, no es viable tal declaratoria, a tal punto que si llegare a declararse como en el caso presente, es ilegal por extemporáneo'.

" '3ª Es tan de bulto la violación que basta hacer un cotejo de las fechas de vencimiento del contrato (7 de enero de 1984, con la declaratoria de caducidad —30 de enero de 1984—, fol. 15), para establecer la ilegalidad de la caducidad, que la hace acreedora a la suspensión provisional'.

" '4ª La suspensión provisional demandada no está prohibida por la ley'.

" '5ª Estoy complementando expresamente la soiicitud manifiesta de suspensión'.

" '6ª No existe norma expresa que disponga que la caducidad debe declararse dentro de la vigencia del contrato, pero si subsiste la Jurisprudencia de Consejo de Estado que lógicamente interpreta que sólo dentro de la vigencia del contrato tiene viabilidad dicho fenómeno'.

" '7ª Además, las resoluciones que declararon la caducidad no la motivaron siendo requisito esencial, por lo cual también se violó la ley (Artículo 64 C.C.A. D. R. 222/83)'.

" '8ª Siendo los contratos una ley para los pactos celebrados entre el demandante y la empresa demandada no es una excepción, prevé (hoja 4 del contrato) que la declaratoria de caducidad debe ser motivada y las atacadas no lo están' (fols. 93 vto. y 94)".

"3. La medida cautelar denominada Suspensión Provisional, está prevista de modo expreso en la Carta Política respecto de los actos administrativos en el artículo 193 (AL. Nº 1 de 1945 art. 42), al disponer: 'La Jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos con los requisitos que establezca la ley'. El Decreto-ley número 1 de 1984 en los artículos 152 a 159, inclusive, la reglamenta y como lo reiteran la jurisprudencia y la doctrina, tiene por objeto el impedir que dado el carácter ejecutorio de las decisiones unilaterales de la administración, sus efectos vulneren el orden jurídico superior o los derechos subjetivos de terceros, hasta tanto se profiere la sentencia de fondo siendo procedente la aplicación en aquellos casos en los cuales se solicita y satisfacen las exigencias consagradas en la ley".

"El artículo 152 señala cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que sea posible disponer la medida, y que para el caso, cuando se ejercita una acción contractual de restablecimiento del derecho, resultan ser: que haya manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas; que se demuestre aunque sea sumariamente el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor; que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado antes de dictarse el auto admisorio de aquella, y la suspensión no esté prohibida por la ley".

"4. Si se analiza la solicitud formulada en el libelo demandatorio frente a las exigencias para la procedibilidad de la suspensión provisional, se advierte lo siguiente:

"No es materia de debate en el derecho administrativo colombiano, después de la aparición del Decreto 222 de 1983 y del nuevo C.C.A., el que las decisiones unilaterales que adopta la administración con causa en los contratos administrativos, o con cláusulas de caducidad y principios de derecho público, son verdaderos actos administrativos, y por lo tanto, en principio, susceptibles de ser suspendidos provisionalmente por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos legales".

"En consecuencia, cabe sostener que el acto que declara, como en el evento *sub júdice*, la caducidad de un contrato administrativo, puede ser objeto de la suspensión provisional".

"Sin embargo, en esta oportunidad no se accederá a la petición al no cumplirse la exigencia de la 'manifiesta violación de una norma superior que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas' por dos razones:

"Se afirma que la declaratoria de caducidad del contrato ocurrió una vez había vencido el plazo pactado, pero en la misma solicitud se ofrece el argumento para descartar la suspensión; al reconocerse que no existe norma expresa 'que disponga que la caducidad debe declararse dentro de la vigencia del contrato' y que es la jurisprudencia del H. Consejo de Estado la que ha expuesto el criterio según el cual, no ha sido erigida como tal por el legislador que, en cambio sí la contempla para la interposición del recurso extraordinario de súplica que consagró en la Ley 11 de 1975".

"5. Lo anterior es suficiente para desechar la medida bajo ese aspecto, pero aún si se acepta que la caducidad del contrato sólo puede disponerse dentro de su vigencia, tampoco es factible acceder a la petición: es verdad que en el contrato de suministro se fijó como plazo de entrega para el contratista, dos (2) meses a partir de la legalización del acuerdo, pero en la misma demanda se advierte que ocurrieron varias prórrogas, y por consiguiente, el saber si para la fecha en que las Empresas Públicas dispuso declarar su caducidad, el plazo en verdad estaba vencido, impondría un análisis probatorio de fondo, muy distinto al que autoriza el inciso 2º del artículo 152".

"Al referirse a la posibilidad de examinar pruebas al momento de definir sobre la suspensión provisional, el consejero y tratadista Doctor

Carlos Betancur Jaramillo, advierte: 'Esta innovación merece ser interpretada con un sentido marcadamente restrictivo y con referencia a los documentos que demuestran la existencia y el proceso de expedición del acto cuestionado, no sólo en cuanto a sus formalidades, sino también en lo que toca con los funcionarios o miembros de las corporaciones que figuran como sus autores'.

"'Se insiste en el alcance restrictivo porque el código no quiso dejar sin efectos los principios de derecho probatorio entre ellos de formalidad, legalidad, publicidad y contradicción, que permiten darle validez y efecto demostrativo a las pruebas que obran dentro de un proceso. Si el alcance fuere otro y se pudiera suspender con pruebas distintas al acto mismo y que tocaran su fondo, con su motivación, por ejemplo, o con los supuestos de hecho que dieron lugar a su expedición, no sólo se violaría el debido proceso sino que se produciría un prejuzgamiento sobre la legalidad de la decisión impugnada, la que no puede juzgarse sino en la sentencia' (Derecho Procesal Administrativo, 2ª Edición, Editorial Señal Editora, 1985, págs. 211-212)".

"6. Y obviamente, tales directirces doctrinarias también sirven para apoyar la negativa de suspender el acto por carecer según se afirma en la solicitud, de la correspondiente sustentación o motivación, lo cual implicaría el quebranto del artículo 64 del Decreto-ley 222. Basta leer el texto de las resoluciones acusadas (fols. 85 y ss.) para anotar que ellas sí ofrecen diversos motivos, y resolver si los mismos son suficientes o no jurídicamente, es materia que sólo debe examinarse al momento de la sentencia" (fols. 137 a 143 C. 1).

*II. Las razones del recurrente*

El recurrente sustenta la apelación ante el *a quo,* en memorial manuscrito —con ostensible falta de consideración con la Corporación— del cual, con gran trabajo parece que las razones de la alzada, según la traducción que se hace, son:

"1ª El Tribunal en su auto recurrido da dos consideraciones para negar la suspensión provisional, como son:

"a) No existe norma que determine que la caducidad declarada con posterioridad al vencimiento del contrato es base para la suspensión, y

"b) La imposibilidad para examinar pruebas en el momento de la consideración de la declaratoria de suspensión provisional, frente a las consideraciones anotadas en términos generales debo manifestar".

"2ª Ha sido reiterativo el Consejo de Estado, con suficiente razón, de que la caducidad de los contratos no puede operar con posterioridad a su vencimiento por sustracción de materia".

"Evidentemente, la caducidad es un fenómeno jurídico que puede operar *sólo* y *únicamente* si existe un contrato vigente que se está cumpliendo imperfectamente pero no para aquellos momentos en que no existe contrato por haber éste vencido en su término o cumplido por las partes (fols. 15 y 21)".

"En el caso que nos ocupa encontramos, obrando desprevenidamente, que la caducidad fue declarada veinte días después de vencido el contrato, o sea el 30 de enero de 1984, cuando el contrato había vencido desde el día 7 del mismo mes y año, como puede apreciarse con las fechas de declaratoria de caducidad y la vigencia prorrogada de la póliza de la compañía de seguros".

"Frente a tales situaciones debe aceptarse que aunque no exista norma expresa que implique prohibición de declarar la caducidad con posterioridad al vencimiento del contrato *sí existe* jurisprudencia del Consejo de Estado que suple la deficiencia observada, como es el de que la caducidad debe decretarse dentro de la vigencia del contrato ya que de hacerse posteriormente no sólo carece de base sino que se convierte en acto ilegal que degenera en otro fenómeno pero nunca la caducidad".

"Basta lo expresado para dar fundamento a la legalidad del reconocimiento de suspensión provisional, pues lo contrario haría descrestar la jurisprudencia del Consejo de Estado y ésta por ser coherente y lógica debe sostenerse y reconocerse dado venir a suplir una deficiencia de la ley".

"3ª En cuanto a la posibilidad de estudio probatorio de las piezas aportadas en el momento de definición de la suspensión provisional debe exponer que ello debe ser posible si se tiene en cuenta que la etapa de la suspensión provisional y del fallo son diferentes y debe separarse independientemente ya que cumplen objetivos diversos y aún discímiles (sic) no pudiendo llegar a desechar el análisis de la prueba para la declaratoria de suspensión, de la que exista en el expediente y que fue anexada a la demanda porque ella en tal momento sirvió de elemento de juicio para tal caso y no para otro".

"Ahora bien, cómo puede el Tribunal sopesar las pruebas que se acompañaron a la demanda y encontrarlas bondadosas para la aceptación de la demanda y desestimarlas para la suspensión provisional, éste es incongruente pues sirven o no sirven pero no darles un trato distinto en un mismo momento".

"Entonces, no es que pueda desecharse la prueba para la suspensión provisional y aceptarse para la aceptación de la demanda".

"Ante lo expuesto, que es la realidad, debe considerase la prueba y con base en ella decretarse la suspensión provisional mediante la revocatoria del acto recurrido parcialmente. Me reservo el derecho para ampliar mi argumento ante al superior" (fols. 145 a 151 C. 1).

*III. Consideraciones de la Sala*

a) Tanto el recurrente como el *a quo* dan por sentado que no hay norma legal que impida el uso de la cláusula de caducidad una vez terminado el contrato y simplemente afirman que esa es la jurisprudencia reiterada de ésta Sala.

Al respecto conviene aclarar que esa tesis no es afirmación pretoriana de ésta Corporación, sino la aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 60 a 64 y 287 ordinal 1º del Decreto-ley 222 de 1983.

"En sentido etimológico, llámase caducado del latín *'caducus'*, a lo decrépito o muy anciano, lo poco durable".

"Se dice que ha caducado, de lo que ha dejado de ser o perdido su efectividad".

"Caducidad es la acción y efecto de caducar, acabarse, extinguirse, perder su efecto o vigor, sea por falta de uso, por terminación del plazo u otro motivo, alguna ley, decreto, costumbre, instrumento público, etcétera".

"La caducidad pertenece al campo de dejar de ser" (Eduardo Cortés Jiménez, Enciclopedia Jurídica Ombea, Tomo II, pág. 481).

En efecto, si "CADUCAR" es "perder su fuerza una ley, testamento, contrato, etc." según el diccionario de la Real Academia o "terminar" según el uso jurídico, pues la "caducidad" no puede ser sino la terminación unilateral del contrato, según decisión de la administración. Y como no se puede terminar lo que ya terminó, resulta obvio que no puede ejercerse la facultad unilateral de dar por terminado un contrato que ya terminó por cualquier causa legal como es el cumplimiento de su objeto, el vencimiento del plazo pactado, el mutuo consenso, etc.

b) Hasta la expedición del nuevo C.C.A. y dentro de la regulación de la Ley 167 de 1941, la suspensión provisional de un acto administrativo no era posible sino por manifiesta violación directa de una norma jurídica de superior jerarquía, sin que fuera posible, para tales efectos, el examen de prueba alguna.

Empero, conforme a la nueva reglamentación de la suspensión provisional por el artículo 152 del nuevo C.C.A., la suspensión es posible no sólo cuando la violación de norma superior sea directa y ella aparezca, por lo mismo, de la sola comparación del acto impugnado con la norma jurídica cuya transgresión se afirma, sino cuando la violación de ley sea indirecta, pero "manifiesta" y resulte fácilmente determinable con base en las "pruebas aportadas" con la demanda.

La reforma no es ciertamente sabia ni aconsejable, pero como unas son las razones de "JURE CONDITO" y otras las de "JURE CONDENDO", al juez le resulta obligatorio el cumplimiento del nuevo mandato legal.

Cuando el legislador crea "acciones cautelares" o "medidas cautelares" en las distintas ramas del derecho, ellas, como su nombre, naturaleza y finalidad lo indican, tienden a precaver un daño mayor o a prevenir o asegurar un resultado jurisdiccional y, obviamente, se toman con base en pruebas sumarias, es decir, en pruebas plenas aunque no contradichas.

Un documento público, certificado oficial o escritura pública, presentado con la demanda, constituyen plena prueba pero por no haber surtido aún su contradicción, son pruebas sumarias.

De esa naturaleza han de ser las pruebas "aportadas con la demanda" para que proceda la "suspensión provisional" en forma que su examen superficial haga "manifiesta" la alegada violación de la

norma jurídica superior por el acto administrativo cuya suspensión se impetra.

c) Mas en el asunto *sub lite*, ni con las pruebas allegadas se hace por lo menos *"ab initio"*, patente la alegada ilegalidad del acto acusado, pues en la demanda se afirman varias prórrogas del contrato, sin que aparezcan documentalmente acreditadas y sin que pueda confundirse el término contractual con el término de vigencia de las garantías del contrato.

Y así las cosas, la fecha de terminación del contrato y la conclusión de si ella fue anterior o posterior a la caducidad decretada, sólo podrá establecerse en la sentencia.

Lo anterior es suficiente para confirmar la providencia apelada.

Por lo expuesto, SE CONFIRMA, en todas sus partes, la providencia apelada.

Sin costas porque no aparece que ellas se hayan causado.

Vuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

*Carlos Betancur Jaramillo*, Presidente de la Sala, con aclaración de voto; *Antonio J. de Irisarri Restrepo*, con aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

*SUSPENSION PROVISIONAL (artículo 152 del Decreto 01 de 1984).*

*La suspensión provisional es posible no sólo cuando la violación de norma superior sea directa y ella aparezca, por lo mismo, de la sola comparación del acto impugnado con la norma jurídica cuya transgresión se afirma, sino cuando la violación de la ley sea indirecta, pero "manifiesta" y resulte fácilmente determinable con base en las "pruebas aportadas" con la demanda.*

*SUSPENSION PROVISIONAL (Artículo 152 del Decreto 01 de 1984). Aclaración de voto.*

*Alcance de la expresión "o del examen de las pruebas aportadas". PRUEBA SUMARIA. Sólo por excepción la ley permite la prueba sumaria.*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD (Aclaración de voto).*

## *ACLARACION DE VOTO*

### *CARLOS BETANCUR JARAMILLO*

Referencia: Expediente Nº 4927. Actor: Cinducoll Ltda.

Ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Manifiesto, con todo respeto, que estoy de acuerdo con la decisión confirmatoria del auto dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Discrepo, sí, del alcance que se le da en la providencia a la expresión "o del examen de las pruebas aportadas".

Me reitero en lo que he venido sosteniendo en asuntos similares; puntos de vista que recojo sintéticamente en mis notas de Derecho Procesal Administrativo.

Considero que si tal es la interpretación (la expuesta en el auto) podría pensarse en su inconstitucionalidad por violación del debido proceso (artículo 26 de la Constitución Nacional).

Sólo por excepción la ley permite la prueba sumaria. Excepcionalidad que afecta, entre otros principios generales probatorios, los de publicidad y contradicción, sin los cuales un medio probatorio carece de validez.

La sumariedad tiene así alcances restringidos y no podría aceptarse como lo da entender la expresión cuestionada que se refiere en general a todas las pruebas susceptibles de presentación o adjudicación; porque en éstas se pueden incluir no sólo las propiamente documentales (documentos públicos y privados, auténticos o no) sino todas las documentadas como serían las anticipadas (peritación, inspección judicial, testimonios, interrogatorio de parte, etc., etc.).

No fue eso lo que quiso el legislador. Sólo pretendió permitir la prueba del acto mismo o de su proceso de expedición; con mayor razón al establecer la figura de la suspensión a prevención de actos preparatorios o de trámites o de actos aún no notificados.

Estimo que es discutible la jurisprudencia de esta Corporación en el sentido de que sólo puede caducarse un contrato de tracto sucesivo antes del vencimiento del plazo. Considero que es más pretoriana la afirmación que la consecuencia de una norma legal que así explícitamente lo disponga. Con todo, sigo aún pensando en la tesis mayoritaria y reiterada expuesta en el proveído que motiva esta aclaración.

Anoto que el auto del Tribunal está bastante bien estudiado y dejó poco para agregar.

Con todo respeto,

*Carlos Betancur Jaramillo.*

Bogotá, D. E., agosto 15 de 1986.

*SUSPENSION PROVISIONAL. Artículo 152 del Decreto 01 de 1984. (Aclaración de voto).*

*1º Constituye una excepción al principio básico del derecho procesal según el cual la contraparte ha de ser oída, antes de ser vencida.*

*2º Interpretación con carácter restrictivo. Pruebas; todo el instituto de esta medida cautelar "sui géneris" debe interpretarse con el mismo criterio restrictivo con que se interpretan las disposiciones que consagran excepciones.*

*3º En la providencia que resuelve la petición de suspensión provisional se pueden apreciar aspectos fácticos y algunas pruebas siempre que unas y otras aparezcan vinculadas de manera directa e inmediata con el acto mismo de cuya suspensión se trata.*

## *ACLARACION DE VOTO*

Expediente Nº 4927.

Comparto la parte motiva de la providencia que antecede, pero tengo reservas en relación con su motivación. Las expongo seguidamente en forma sucinta:

*Primero.* El instituto de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos reviste indudables características de excepcionalidad, toda vez que su aplicación enerva uno de los principios fundamentales del derecho público: el de la presunción de legalidad que ampara a la totalidad de la actividad administrativa. Al propio tiempo, la medida provisoria constituye una excepción al principio básico del derecho procesal según el cual la contraparte ha de ser oída antes de ser vencida.

*Segundo.* Idéntico carácter han de tener, en consecuencia, las diversas modalidades que, según el nuevo Código Contencioso Administrativo, puede revestir la institución en comentario, tales como la denominada "suspensión en prevención" y la novísima figura que autoriza la medida provisoria con fundamento en la violación flagrante de la ley que aparezca "del examen de las pruebas aportadas". Por consiguiente, todo el instituto de esta medida cautelar *"sui géneris"* debe interpretarse con el mismo criterio restrictivo con que se interpretan las disposiciones que consagran excepciones. De ahí que no pueda compartir la opinión según la cual como la parte final del segundo inciso del artículo 152 del nuevo C.C.A. no estableció diferencias en cuanto a las pruebas que pueden ser examinadas para efectos de la suspensión

provisional, ha de entenderse que toda y cualquier prueba ha de servir para ese propósito.

*Tercero.* A pesar de que en esta materia el Decreto-ley 01 de 1984 haya innovado en relación con la sabia Ley 167 de 1941, no puede dejarse de lado la muy importante circunstancia, puesta de presente por la jurisprudencia del Consejo en múltiples ocasiones, de que como el pronunciamiento sobre la medida provisoria se produce apenas en el umbral del proceso y únicamente sobre la base de los elementos de juicio y las alegaciones suministradas por el demandante y cuando sólo éste y el juzgador saben de la existencia del proceso y, por tanto, ningún eventual interesado ni el Ministerio Público han tenido oportunidad de conocer la probanza acompañada a la demanda o al escrito separado en que se solicita la suspensión provisional y, obviamente, han carecido de oportunidad para controvertirla, "la prueba en realidad se mantiene secreta para las otras partes y, por ende, no ofrece los mismos factores de certeza que arrojaría una vez que fuera publicada y contradicha. Hay, hasta ese momento, una situación de desequilibrio y desigualdad entre el demandante y los eventuales impugnadores, que obliga al juzgador a ser especialmente cauteloso y prudente en la apreciación de las pruebas y en la adopción de un criterio sobre la materia litigiosa. La sentencia definitiva es, pues, el lugar adecuado para fijar el pensamiento del fallador sobre aquellas situaciones de hecho y sobre las consideraciones de derecho en que se apoyan los actos enjuiciados y los ataques dirigidos contra ellos" (Auto de 21 de marzo de 1963, *"Anales"*, T. LXVI, Nos. 401-402, pág. 217).

*Cuarto.* Resulta, entonces, que no es descaminado considerar, como también lo ha hecho ya la jurisprudencia de la Corporación, que en la providencia que resuelve la petición de suspensión provisional se pueden apreciar aspectos fácticos y algunas pruebas, siempre que unos y otras aparezcan vinculadas de manera directa e inmediata con el acto mismo de cuya suspensión se trata, jurisprudencia que constituye, a mi juicio, una acertada pauta interpretativa del alcance de la frase "o del examen de las pruebas aportadas" que, en mal momento se agregó al final del inciso 2º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984. Considero, por consiguiente, acertada la siguiente postura adoptada por la Sección Primera de la Corporación respecto del punto en comentario: "Sobre este punto resulta pertinente citar, entre otras, las siguientes providencias, cuya validez no desaparece con la expedición del nuevo Código Contencioso Administrativo cuyo artículo 152 expresa que la suspensión provisional puede decretarse haciendo 'el examen de las pruebas aportadas'. *A esta frase no se le puede dar más alcance que el anteriormente indicado por esta Corporación, en el sentido de que se aprecian las pruebas derivadas del mismo acto cuya nulidad se persigue o aquellas que examinadas someramente tengan el mismo valor para los fines y alcance de la suspensión provisional"* (Auto de 19 de junio de 1984, ponencia del Doctor Jacobo Pérez Escobar).

(Auto del 31 de agosto de 1984, Sección Primera, Ponente: Doctor Simón Rodríguez, *"Anales"*, T. CVII, pág. 835).

*Quinto.* Las consideraciones precedentes se hacen más valederas, creo yo, si se tiene en cuenta que una interpretación tan amplia como la que pueda extraerse de las argumentaciones expuestas en la parte resolutiva de esta providencia, podría conducir a decisiones de suspensión provisional que festinen indebidamente aspectos de la controversia que sólo deben ser definidos en el fallo que ponga fin al litigio.

Respetuosamente,

*Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Bogotá, D. E., 16 de agosto de 1986.

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD. ACTO QUE LA DECLARA. IMPUGNACION.*

*Acto administrativo que declara la caducidad de un contrato (en el caso sub júdice, cuando se presentó la demanda, 2 de septiembre de 1974), podía ser impugnado jurisdiccionalmente en cualquier tiempo, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, por cuanto la ley no establecía término alguno de caducidad.*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONDENA POR CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO O POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR SU INCUMPLIMIENTO. VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO.*

*Frente a pretensiones de condena por cumplimiento o por perjuicios causados por su incumplimiento, no es necesario agotar el procedimiento gubernativo ante LA IMPOSIBIDAD LEGAL QUE LA ADMINISTRACION SE AUTOCONDENE.*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EQUILIBRIO FINANCIERO O ECUACION ECONOMICA. CONTRATISTA DE OBRAS PUBLICAS COMO COLABORADOR DE LA ADMINISTRACION.*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. RESOLUCION DE CADUCIDAD. MOTIVACION.*

*Si la ley exige que la resolución de caducidad sea motivada ha de entenderse por tal no la cita de las causales, sino la de los hechos concretos que las configuran y que permiten al contratista una defensa racional.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia 1677. Actor: Armando Díaz García.

El ingeniero Armando Díaz García, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda contra el Instituto de Fomento Municipal, para que previos los trámites de un juicio ordinario contencioso administrativo de naturaleza contractual, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"1º Que se revise el contrato número C-1485/70 celebrado entre Armando Díaz García y el Instituto Nacional de Fomento Municipal, para la construcción del Alcantarillado del Rodadero (Santa Marta,

Magdalena), con el fin de que previo el dictamen de peritos se determine la verdadera cantidad, calidad y especificaciones de las obras realizadas por Armando Díaz García en comparación a las inicialmente pactadas en el contrato antes mencionado".

"2º Como consecuencia de la declaración anterior se reconozca a Armando Díaz García el valor de la mayor obra realizada en lo que se refiere a la calidad y especificaciones, teniendo en cuenta los precios para esta clase de obras existentes a la fecha de cancelación de dichas cantidades. Esta determinación se hará mediante el trámite señalado por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil".

"3º Que se reajuste a Armando Díaz García el valor de las actas liquidadas y pagadas teniendo en cuenta los precios reales vigentes para esta clase de contratos a la fecha de la entrega correspondiente a las obras a que se refiere cada acta, teniendo en cuenta los factores determinantes de variación de los costos inicialmente previstos y la cantidad y calidad de la obra ejecutada. Este reajuste deberá determinarse por peritos, en el momento oportuno dentro del trámite del proceso o mediante el trámite señalado, al efecto, por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil".

"4º Que se liquide el contrato número C-1485/70, celebrado entre Armando Díaz García y el Instituto Nacional de Fomento Municipal, a fin de que se pague al primero, la obra por él ejecutada y aún no cancelada, a los precios vigentes al día de la cancelación. En caso de que estos precios no puedan ser determinados se fijarán por peritos, durante el transcurso del proceso o mediante el trámite señalado por los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil".

"5º Se declare la nulidad por ilegal e inconstitucional de la Resolución número 265 de 1971, proveniente del Gerente de 'Acueducto y Alcantarillado del Magdalena S. A. (Acuadelma)', por la cual se declara la caducidad administrativa de un contrato".

"6º Como consecuencia de la anterior declaración que se cancele a mi poderdante todos y cada uno de los perjuicios ocasionados con dicha resolución, los cuales deberán ser determinados mediante el trámite en los artículos 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil" (fol. 74 y vto. C. 1).

Expone el libelo, como hechos fundamentales los siguientes:

"*Primero.* Por Licitación Pública número 28-C-20 de 1970, el Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', adjudicó la construcción del Alcantarillado del Rodadero-Santa Marta (Magdalena), al ingeniero Armando Díaz García, según acta número 668 de sesión verificada el 16 de junio de 1970 por la Junta Directiva de dicho Instituto".

"*Segundo.* A la licitación de que trata el hecho anterior se presentaron ocho (8) proponentes siendo el que mejores condiciones reunía para el Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', el ingeniero Armando Díaz García".

"*Tercero.* En virtud de la licitación y posterior adjudicación de que trata el hecho primero, se celebró entre el Instituto Nacional de Fo-

mento Municipal, 'Insfopal', y el ingeniero Armando Díaz García, número C-1485-70, de fecha 25 de junio de 1970, para la construcción del Alcantarillado del Rodadero-Santa Marta (Magdalena)".

"*Cuarto.* El valor de las obras inicialmente contratadas, estipuladas en el contrato a que se hizo referencia en el hecho anterior fue de la suma de UN MILLON NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA CENTAVOS M/CTE. ($ 1.997.284.40)".

"*Quinto.* El plazo para la ejecución de las obras fue inicialmente de siete (7) meses, contados a partir de la iniciación de las mismas, el día 25 de julio de 1970. Es decir, que el vencimiento inicial del contrato era el día 25 de enero de 1971".

"*Sexto.* La cantidad, calidad y precios unitarios para el contrato de que tratan los hechos anteriores fue pactado entre el Insfopal y el ingeniero Armando Díaz García, según documento adicional que forma parte integrante del contrato, de acuerdo con las condiciones generales y especificaciones técnicas que formaron parte del pliego de cargos, para la Licitación número 28-C-20 de 1970, dicho documento debidamente autenticado se acompaña a la presente demanda".

"*Séptimo.* En desarrollo del contrato mi poderdante, ingeniero Armando Díaz García, encontró algunos cambios en lo que se refiere a especificaciones del mismo, especialmente en cuanto a la cantidad y calidad de las obras, así como algunos obstáculos no previstos en el pliego de condiciones para la Licitación número 28-C-20 de 1970, ni tampoco determinados en el contrato número C-1485-70, ni en documento de que trata el hecho anterior. Igualmente, durante la ejecución del contrato a que hemos hecho referencia, mi poderdante, Armando Díaz García, por orden del Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', se vio obligado a hacer cambios en cuanto a la cantidad, calidad y especificaciones de alguna de las obras inicialmente pactadas".

"*Octavo.* Como consecuencia de los cambios en las especificaciones del contrato en cuanto a la calidad y cantidad de obra, así como por los obstáculos que se encontraron no previstos inicialmente, mi poderdante sufrió un grave perjuicio en cuanto al valor mismo del contrato y al plazo de realización de él. Estos hechos fueron del conocimiento del Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', quien enterado de los mismos en varias ocasiones y como consecuencia de ellos concedió al ingeniero Armando Díaz García varias prórrogas para la entrega de las obras, sin que se llegara a algún arreglo en el aspecto económico de los perjuicios ocasionados a mi poderdante por los cambios a que hemos hecho referencia en el punto anterior".

"*Noveno.* En el contrato número C-1485-70, para la construcción del Alcantarillado del Rodadero-Santa Marta (Magdalena), en su cláusula cuarta se establece una fórmula de reajuste en caso de variación en los precios de los materiales y transporte de los mismos reconociendo únicamente una diferencia del cinco por ciento (5%), dicho valor sobre los precios unitarios inicialmente pactados. La anterior fórmula de reajuste constituye una clara y expresa violación del espíritu del artículo 11 de la Ley 4ª de 1964 y artículo 4º de la Ley 36 de 1966,

pues con estas normas se persigue que el reajuste de precios se determine de acuerdo con los factores que influyen en cualquier forma en la variación de los costos previstos y no de una forma vital. En el presente caso la fórmula pactada en el contrato ni siquiera se refiere a los precios unitarios sino al valor de materiales y su transporte, sin tener en cuenta ni siquiera circunstancias como variación del costo de mano de obra o fluctuación en los precios unitarios inicialmente pactados".

"*Décimo.* Al ingeniero Armando Díaz García, con relación a la fórmula de reajuste de que trata el hecho anterior, no se le hizo por parte del Instituto, ningún aumento, ni siquiera el pactado en dicha fórmula o el equitativo a que tenía derecho de acuerdo con la ley. Es decir, que para el desarrollo del contrato a que hemos hecho referencia, no tuvo el Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', con mi poderdante en cuenta las variaciones económicas de precios unitarios a que continuamente se haya sometido el país, lo cual constituye un abuso del derecho que le produjo al ingeniero Armando Díaz García una gran pérdida económica".

"*Décimoprimero.* Como hemos dicho anteriormente el valor del contrato inicial fue de Un Millón Novecientos Noventa y Siete Mil Doscientos Ochenta y Cuatro Pesos con Cuarenta Centavos ($ 1.997.284.40) M/Cte. Con los mismos precios unitarios del contrato el ingeniero Díaz García había entregado al Instituto Nacional de Fomento Municipal a través de su interventor obras por Dos Millones Ciento Cincuenta y Seis Mil Pesos M/Cte. ($ 2.156.000), sin que esto significara apartarse de los planos y especificaciones especiales ni los precios unitarios pactados desde un comienzo sin sufrir reajuste alguno".

"*Décimosegundo.* Si tomamos en cuenta otros contratos efectuados por el Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', para la misma época del contrato C-1485-70 y los precios unitarios en ellos pactados tendríamos una diferencia a favor de mi poderdante y a cargo del Insfopal por más de Tres Millones de Pesos M/Cte. ($ 3.000.000)".

"*Décimotercero.* Para confirmar lo afirmado en el hecho anterior, y a manera de ejemplo, ya que su concreción deberá ser a cargo de peritos técnicos en la materia, me permito citar la diferencia de precios unitarios existentes entre el contrato firmado por el Instituto con mi poderdante y el valor pagado por dicha entidad al contratista Alfonso Abeych: Excavaciones en seco, en tierra a mi poderdante a dieciocho pesos con ochenta y siete centavos m/cte. ($ 18.87) metro cúbico al señor Abeych ciento treinta y cinco pesos m/cte. ($ 135) metro cúbico, lo cual nos da una diferencia de ciento dieciséis pesos con trece centavos m/cte. ($ 116.13) por metro cúbico, si continuando el ejemplo le liquidaremos a mi poderdante el número de metros cúbicos al precio unitario que se le cancelaba al señor Abeych, resultaría un saldo a su favor de dos millones trescientos dieciocho mil trescientos cuarenta y ocho pesos con cuarenta y ocho centavos m/te. ($ 2.318.348.48) por la realización de excavaciones de este tipo de diecinueve mil novecientos sesenta y tres metros con treinta y nueve centímetros de metros cúbicos (19.963.39 M3)".

"*Décimocuarto.* Para citar otro caso en cuanto a la diferencia de precios aplicada por el Insfopal en el mismo terreno y por la misma época del desarrollo del contrato C-1485-70 vemos que según contrato 1484-11-71 celebrado por esa entidad con el señor Moisés Ponce, para la terminación de ciertas obras suprimidas a mi poderdante se encuentran las siguientes cifras: Al ingeniero Díaz García se le suprimieron obras por valor de cincuenta y cinco mil pesos m/cte. ($ 55.000) en desarrollo de éste mismo contrato por parte del Insfopal, posteriormente esta misma obra suprimida fue adjudicada y contratada en licitación privada al señor Moisés Ponce, según contrato antes citado por la suma de ciento sesenta mil tres pesos con veinte centavos m/cte. ($ 160.003.20) y al pagarle la liquidación final se le reconocieron por éste mismo concepto cuatrocientos ochenta y siete mil sesenta y dos pesos con un centavo m/cte. ($ 487.062.01)".

"Lo anterior nos demuestra claramente el comportamiento irregular del Insfopal con mi poderdante en relación con las prestaciones económicas a que legalmente tenía derecho. Los anteriores ejemplos se dejan de manera de constancia, ya que el valor de las obras construidas y entregadas por mi poderdante al Insfopal, deberán establecerlo peritos técnicos en la materia".

"*Décimoquinto.* El contenido de los hechos anteriores adquiere mayor importancia, si tenemos en cuenta que de acuerdo con el certificado 269, proveniente del Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura, los señores Moisés Ponce Avendaño y Alfonso Abeych de Andreis no aparecen matriculados como ingenieros o arquitectos ni en dicho Consejo ni en ninguna de sus seccionales, lo cual implica que el Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', reconoce mejores precios a quienes no son profesionales que a quienes sí tienen éste título".

"*Décimosexto.* Igualmente, es interesante citar el caso de los reajustes que el Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', efectuó para el contrato de construcción del Alcantarillado del Municipio de Santa Marta, a la firma Aguirre, Monroy, Reyes y Riveros, teniendo en cuenta que las características de los trabajos y del terreno son muy similares en Santa Marta y en el Rodadero. Esto nos indica claramente, el trato discriminativo que el Instituto tuvo para con mi poderdante".

"*Décimoséptimo.* El término del contrato 1484 de 1970 en cuanto al plazo para la ejecución de las obras, sufrió modificaciones por parte del Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', quien mediante varias resoluciones debidamente motivadas prorrogó la fecha de terminación hasta el 25 de octubre de 1971, como consta en la Resolución 1757 de 29 de septiembre de 1971 proveniente de dicho Instituto. Además mi poderdante Armando Díaz García, celebró con la misma entidad actas adicionales de obras hasta los últimos días del mes de noviembre de 1971".

"*Décimoctavo.* El contrato con fecha 7 de septiembre de 1971, por motivos de orden público y económico el Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', exigió a mi poderdante que aceptara la cesión del contrato C-1485-70 por parte de dicha entidad a la Sociedad

de Acueductos y Alcantarillados del Magdalena S. A., dichas cesiones parecen ser costumbre del Insfopal ya que ellas se efectúan en formato mimeografiado con anterioridad, pero lo anterior en ningún caso exime de responsabilidad al Instituto en cuanto a las relaciones propias del contrato".

"*Décimonoveno.* Con fecha 13 de diciembre de 1971 el Gerente de la Sociedad Acueductos y Alcantarillados del Magdalena S. A., expidió la Resolución número 265, por medio de la cual declara la caducidad del contrato C-1485-70 celebrado entre mi poderdante Armando Díaz García y el Instituto Nacional de Fomento Municipal. Nos permitimos transcribir el contenido de dicha resolución:

*"Considerando":*

"a) Que el Instituto Nacional de Fomento Municipal (Insfopal), celebró con el ingeniero Armando Díaz García, el contrato de fecha 25 de junio de 1970, con el objeto de construir el Alcantarillado de 'El Rodadero' (Gaira), en el Departamento del Magdalena";

"b) Que el Instituto Nacional de Fomento Municipal (Insfopal) mediante acta de cesión de fecha 7 de septiembre de 1971, debidamente aceptada por la Sociedad Acuadelma y el contratista, cedió a ésta el contrato para la construcción del Alcantarillado de 'El Rodadero' (Gaira)";

"c) Que 'Acuadelma' es una entidad de derecho público que goza de los privilegios propios de la administración pública, por mandato expreso de la Ley 151 de 1959 y los Decretos-leyes 0350 y 2908 de 1960";

"d) Que el contratista ha incurrido en violación de los literales e), f) e i), de la cláusula décimaquinta del contrato, que establece taxativamente las causas de caducidad; y

"e) Que en estas circunstancias, el mismo contratista se hace responsable a la multa de diez por ciento (10%) del valor del contrato, o sea, la cantidad de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 199.728.44) M/CTE.".

*"Resuelve":*

"Artículo Primero. Declárase caducado el contrato de fecha 25 de junio de 1970, celebrado entre el Instituto Nacional de Fomento Municipal y el ingeniero Armando Díaz García, el cual fue posteriormente cedido a 'Acuadelma' mediante Acta de Cesión de fecha 7 de septiembre de 1971, con el objeto de construir el Alcantarillado de 'El Rodadero' (Gaira) en el Departamento del Magdalena";

"Artículo Segundo. Impónese al mismo contratista una multa de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTIOCHO PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 199.728.44) M/CTE. y procédase a la liquidación del contrato en los términos de la cláusula décimaquinta";

"Artículo Tercero. Esta providencia será puesta en conocimiento de la Compañía de Seguros 'Colombie, S. A.', para los efectos legales consiguientes";

"Artículo Cuarto. Notifíquese personalmente al ingeniero Armando Díaz García, el contenido de la presente resolución, haciéndole saber que contra dicha providencia proceden los recursos de reposición ante la H. Junta Directiva de 'Acueductos y Alcantarillados del Magdalena, S. A.', los cuales deben interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a partir de la notificación personal o de la desfijación del Edicto, si a ello hubiere lugar".

"Si no pudiere hacerse la notificación personal, procédase de conformidad con el artículo undécimo del Decreto-ley 2733 de 1959".

*"Vigésimo.* Dicha resolución fue debidamente notificada a mi poderdante el día 22 de diciembre de 1971 y contra ella él interpuso en debida forma y dentro del término legal el recurso de reposición ante la Gerencia de la Sociedad Acueductos y Alcantarillados del Magdalena S. A., así como en subsidio el de apelación ante la Junta Directiva de dicha empresa, en los siguientes términos:

"Santa Marta, 26 de diciembre de 1971

Señor Ingeniero

JOSE GALO DIAZ GRANADOS A.

Gerente 'Acuadelma'

La ciudad.

Ref.: Contrato C-1485-70 Construcción

Alcantarillado 'EL RODADERO'

Respetado Doctor:

En relación al oficio de diciembre 7 del año en curso, enviado a usted por el interventor de la obra de la referencia, en el cual solicita la caducidad de dicho contrato y a la Resolución número 265 de 1971 emanada de la Gerencia a su cargo, en la cual resuelve caducar el mencionado contrato, basado en la petición del señor interventor, deseo hacer las siguientes aclaraciones, a la vez que apelo de dicha determinación.

Cita el interventor la cláusula décimaquinta, en sus apartes e), f), g) e i), como causales de caducidad. En relación a estos ítems aclaro lo siguiente:

1º Item e): 'Si el contratista no principia o no concluye las obras dentro de los plazos estipulados o al finalizar las prórrogas a que tenga derecho de acuerdo con el contrato'.

El contrato tenía fecha de vencimiento legal, el día 25 de octubre de 1971 y tenía un valor original de UN MILLON NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA CENTAVOS ($ 1.997.284.40); para esa fecha la In-

terventoría había recibido obra y pagado la misma por una suma superior a los DOS MILLONES CIENTO CINCUENTA MIL PESOS ($ 2.150.000), lo cual demuestra que había sido ejecutado el contrato en más del 100% el valor original contratado.

2º Item f): 'Si se apartare de los planos y especificaciones'.

Respecto a este punto debo hacer varios análisis:

a) En la ejecución de las obras del Alcantarillado de 'EL RODADERO', siempre nos basamos íntegramente en el diseño ejecutado por la firma HIDROPEC LTDA., haciendo las variaciones en las cuales falla el proyecto original, a los principios básicos del diseño de alcantarillado. Para no alargarnos, cito un caso: El Proyecto contemplaba algunos tramos de colector principal, con unas distancias superiores a los 100 metros, con una pendiente máxima del 10%. Por iniciativa y ya que la Interventoría no tenía un criterio al respecto, se cambió el diseño original, agregando pozos intermedios;

b) En la construcción de las obras sanitarias, tales como acueductos y alcantarillados, se presentan discrepancias entre el diseño original y el terreno real para el cual fueron diseñados. Es función del ingeniero contratista en colaboración con la Interventoría, ajustar este diseño al terreno. Como no existió esta colaboración: Contratista-Interventoría, hubo el contratista de ajustar el proyecto solo, contando con el visto bueno tácito del interventor, pues no hubo pronunciamiento instantáneo ni posterior, ni en pro ni en contra. Tales ajustes fueron en las distancias de los tramos o en la posición de los pozos de inspección, metro más o menos de la longitud original. Esto se hacía con el fin de darle mayor funcionabilidad al proyecto;

c) En la obra de 'EL RODADERO', el único topógrafo existente era el suministrado por el contratista. Su función era la de localización correcta de los tramos y su nivelación en el momento de ejecución de los mismos. Esta nivelación se realizó tubo por tubo y referenciada a BB.MM., preestablecidos en nivelaciones anteriores. Nunca el interventor recibió un tramo y ordenó tapar tuberías previa nivelación de la Interventoría. Los recibos de obra parciales o definitivos se hicieron sin este requisito, pero tampoco rechazó tramos por este motivo. Prueba de lo anterior es, que la Interventoría no tiene en sus archivos ninguna Cartera de Tránsito o Nivel llevada por empleado alguno de dicha dependencia, a no ser una fiel copia de la cartera de nivel del contratista;

d) En relación con las especificaciones de construcción, éstas estaban limitadas a las cantidades de obra de los Pliegos de Licitación y no a las necesidades de la obra. Esto se hacía, porque la oficina de Bogotá del Insfopal no autoriza al interventor a aprobar obras adicionales, sino con el visto bueno de la Sub-Dirección Técnica. Esta autorización no llegó nunca dentro de los términos legales del contrato, pues 'la obra estaba desfinanciada y no se podía someter a consideración de la Junta Directiva del Instituto, hasta tanto no llegara el préstamo de la Corporación Nacional de Turismo' (palabras del ingeniero Mauricio Rivera, Subdirector Técnico). Tales limitaciones inciden directamente en la calidad de la obra; por ejemplo:

1º En esta clase de terrenos (nivel freático alto y arena), la tubería necesita un filtro compuesto por lo siguiente: Una capa de piedra de 30 a 40 cms. de alto y una capa de triturado de 10 a 15 cms., esto con el fin de producir un buen drenaje y que la colocación se haga en seco totalmente. Además, para evitar asentamientos, debe tener una base de concreto de 15 a 20 cms. y un atraque hasta por lo menos la mitad de la tubería teniendo como formaleta al terreno o el estibado en su parte lateral, esto para evitar desplazamientos laterales. No fue autorizado porque se encarecía demasiado la obra.

2º Era necesario entibar 100% las paredes laterales de las zanjas. Lo lógico era que como las especificaciones anteriores no se cumplieron, el entibado debía dejarse en obra para evitar derrumbes que producirían desplazamientos laterales de la tubería. Tampoco fue posible que se dejara el entibado, dizque porque 'en Bogotá le jalaban las orejas al interventor si llegaba a dejar mucho entibado'.

En estas condiciones, es difícil trabajar y cumplir con especificaciones mínimas, que normalmente existen en esta clase de trabajos. Prueba de lo anterior es la normalidad con las cuales se están desarrollando mis obras del mismo tipo, con el Instituto y con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

3º Item g): 'En la mala organización de los trabajos, cuando a juicio del Instituto con el concepto favorable del interventor, tal desorganización afectare a las obras en su parte esencial'.

El día 7 de diciembre del año en curso, únicamente restaba por entregar, los acabados de la casa de bombas, ya que los 40 metros de colector faltante y 11 pozos de inspección fueron cedidos por mí, con anterioridad a 'Acuadelma', con el visto bueno de la Interventoría, para su ejecución por administración. En la casa de bombas era imposible trabajar en acabados en dicha fecha y semanas anteriores, puesto que se estaban instalando los equipos de bombeo simultáneamente. No creo pues, que la no terminación de los pisos de la casa de bombas y la pintura de las paredes, afectara en modo alguno parte 'esencial de la obra'.

Quiero además manifestarle, que la obra durante el tiempo de su ejecución me causó enormes pérdidas no compensadas ante la miopía de la Interventoría, la cual, según palabras textuales del interventor ante el Jefe de Visitadores, ingeniero Juvenal del Castillo, 'estaba únicamente para solicitar multas y caducidad de contratos a los contratistas incumplidos', olvidándose totalmente de la parte técnica, ética y moral de la misma. Tampoco era factible un reajuste de precios porque lo único que valía era lo que estaba en los Pliegos de Cargo, aún fuera por errores de interpretación fácilmente subsanables, 'es culpa del contratista haber licitado bajo'. Las pérdidas ascienden actualmente a la suma de $ 750.000 suma registrada en los libros de contabilidad de mi compañía, debidamente registrada en la Cámara de Comercio y llevados por contador público, debidamente matriculado para el desempeño de sus funciones.

Señor Gerente: Como usted mismo habrá podido comprobar, en la ejecución de los pozos y en la instalación de la tubería cedida por mí a 'Acuadelma', las condiciones y los precios pactados en el contrato

no eran remotamente aproximados a la realidad y que lo único que nos animaba a trabajar hasta la culminación, era la terquedad mía en terminar la obra para salvar mi prestigio personal y profesional, comprometiendo y perdiendo mi capital de trabajo. Usted también podrá valorar los perjuicios tanto económicos como profesionales que me sobrevendrán en caso de hacer efectiva dicha sanción, que considero desde todo punto de vista injusta.

Sin más motivos a la espera que usted sabrá comprender los análisis anteriores, no me queda más sino solicitarle de la manera más comedida la revocatoria de dicha resolución.

De usted, atentamente,

ARMANDO DIAZ GARCIA.

Ingeniero Civil".

"*Vigésimoprimero.* Como se nota en la parte resolutiva de la Resolución 265 lo mismo en los considerandos, a mi poderdante se le aplica una multa de ciento noventa y nueve mil setecientos veintiocho pesos con cuarenta y cuatro centavos m/cte. ($ 199.728.44) de acuerdo a lo dispuesto en la cláusula décimaquinta del contrato C-1485-70, sin tener en cuenta que lo que dispone dicha cláusula es que la multa será *hasta* del 10% del valor del contrato y no necesariamente del valor del mismo. En el presente caso la aplicación de una multa es desde todo punto de vista absurda si se tiene en cuenta que mi poderdante llegó a ejecutar más del 95% de la totalidad del contrato. La resolución de caducidad de que trata el hecho décimonoveno ocasionó innumerables perjuicios a mi poderdante Armando Díaz García, no sólo desde el punto de vista de lucro cesante sino también del daño emergente, además aún no se le han cancelado la última acta de trabajo".

"*Vigésimosegundo.* Es ilegal la posición asumida con la resolución de caducidad por el Gerente de la Sociedad Acueductos y Alcantarillados del Magdalena S. A., por cuanto las causas de la demora por parte de mi poderdante están plenamente justificadas, además que mal podía exigirse cumplimiento a mi poderdante cuando el Instituto inicialmente y después la Sociedad de Acueductos y Alcantarillado del Magdalena S. A. nunca cumplieron en el momento oportuno con el pago de las actas al contratista Armando Díaz García".

"*Vigésimotercero.* Es raro que en el presente caso el Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', no tuvo inconveniente durante el tiempo que manejó el contrato de prorrogarle el término del mismo a mi poderdante, por medio de resolución debidamente motivada y en cambio la Gerencia del Acueducto y Alcantarillado del Magdalena S. A., tan pronto recibió el manejo no dio oportunidad siquiera al contratista Armando Díaz García de solicitar una prórroga sino que de manera arbitraria e ilegal procedió caducarle contrato con el único ánimo de ganarse el valor de una multa".

"*Vigésimocuarto.* Teniendo en cuenta los hechos anteriores debemos llegar a la conclusión de que en desarrollo del contrato de construcción del Alcantarillado del Rodadero número C-1485-70 mi poderdante no sólo recibió el perjuicio de haber ejecutado obras cuyo valor

le representó más del doble de la cantidad de dinero recibida del Instituto Nacional de Fomento Municipal, 'Insfopal', sino que se vio privado también de los reajustes a que tenía derecho y finalmente perjudicado con una ilegal Resolución de Caducidad, falsamente motivada".

"*Vigésimoquinto.* En el contrato número C-1485-70 en su cláusula décimaquinta se prevé que el contratista en caso de una declaratoria de caducidad para el contrato renunciaba a reclamar indemnización de perjuicios por este concepto. Esta estipulación es absolutamente inválida sin discusión de ninguna especie".

"*Vigésimosexto.* Con las obras construidas del Alcantarillado en el Rodadero por mi poderdante se produjo un enriquecimiento sin causa o indebido e injusto de la administración, debido a que a pesar de tratarse de un contrato de carácter conmutativo mi poderdante realizó obras por un valor equivalente a más del doble de la contraprestación recibida por parte del Instituto. Basta a manera de ejemplo, ya que los peritos que en su oportunidad se designen deberán demostrar las cuantías, citar el caso de los 'entibados' colocados en la obra por mi poderdante que según el pliego de cargos se reconocían a razón de ciento treinta y siete pesos con cincuenta centavos m/cte. ($ 137.50) por metro cuadrado y que de los cuales seis mil (6.000 M2) metros cuadrados no le han sido cancelados a mi poderdante, lo que equivale a una pérdida de ochocientos dieciocho mil pesos m/cte. ($ 818.000)".

"*Vigésimoséptimo.* De los recursos interpuestos por mi poderdante en su oportunidad legal contra la Resolución número 265 de 1971, él no ha recibido solución ninguna, ya que no han sido resueltos ni favorable ni desfavorablemente por la Gerencia de Acueductos y Alcantarillados del Magdalena S. A., ni por la Junta Directiva de la misma empresa, lo cual constituye un típico caso de silencio administrativo y hace aplicable el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733 de 1959 y en consecuencia consideramos agotada la vía gubernativa en el presente caso y rechaza la revocatoria de la resolución reclamada".

"*Vigésimoctavo.* Debido a la situación en que colocó la resolución de caducidad a mi poderdante éste se ha visto en la imposibilidad de participar en licitaciones con entidades de derecho público de toda índole, lo cual, como es obvio, le ha ocasionado innumerables perjuicios".

"*Vigésimonoveno.* El ingeniero Armando Díaz García me ha conferido poder amplio y suficiente para incoar la presente acción" (fols. 68 a 74 C. 1).

En relación con los fundamentos de derecho dice la demanda:

"Para la revisión y reajuste que con la presente demanda se solicita, del contrato número C-1485-70 celebrado entre Armando Díaz García y el Instituto Nacional de Fomento Municipal, así como para la declaratoria de nulidad de los actos administrativos por ilegalidad e inconstitucional, son aplicables entre otras, las siguientes disposiciones legales: artículos 16 y 30 de la Constitución Nacional; artículo 8º de la Ley 153 de 1887; artículos 1498, 1602, 1609 y 1618 del Código Civil; artículo 11 de la Ley 4ª de 1964; artículo 17 del Decreto 1518 de 1966; artículo 4º de la Ley 36 de 1966; artículo 18 del Decreto 2733 de 1959; y artículos 831, 868, 871 y 872 del Código de Comercio" (fol. 74 vto. C. 1).

*I. El concepto fiscal*

La Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal Segunda de esta Corporación, expone en su concepto de fondo:

"Al entrar a estudiar el presente proceso, es necesario examinar si existe el presupuesto procesal, de demanda en forma; para ello es preciso tener en cuenta las peticiones de la demanda".

"Ellas son en su orden las siguientes:

"1. Que se revise el contrato C-1485-70 celebrado entre Armando Díaz García y el Instituto Nacional de Fomento Municipal, para la construcción del Alcantarillado en El Rodadero en Santa Marta, con el fin de determinar la verdadera cantidad, calidad y especificaciones de las obras realizadas por Armando Díaz en comparación a las inicialmente pactadas en el contrato antes mencionado; que como consecuencia de la declaración anterior, se reconozca al actor el valor de la mayor obra realizada en lo que se refiere a la calidad y especificaciones, teniendo en cuenta los precios para esta clase de obras existentes a la fecha de cancelación de dichas cantidades. Esta determinación se hará mediante el trámite señalado por los artículos 307 y 308 del C. de P. C.".

"La anterior solicitud sería procedente ante la administración que fue quien suscribió el contrato cuya revisión se solicita y no resulta viable hacerla ante la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto no corresponde al juez contencioso revisar un contrato válidamente celebrado entre las partes, sino decidir en caso que así lo solicite cualquiera de ellas sobre su validez. Solamente en el caso de que entre las partes contratantes surgiera una controversia, podría ser dirimida por esta jurisdicción".

"Por otra parte, como lo que se pretende con la revisión del contrato es determinar la verdadera cantidad, calidad y especificaciones de las obras realizadas, estos factores inciden en el acto de liquidación final del contrato y en caso de desacuerdo, cualquiera de las partes puede controvertir jurisdiccionalmente tal decisión. Esta petición de la demanda, en la forma en que está propuesta es improcedente".

"2. Se solicita también en la demanda, el reajuste del valor de las actas liquidadas y pagadas teniendo en cuenta los precios reales vigentes para esta clase de contratos a la fecha de la entrega correspondiente a las obras a que se refiere cada acta, teniendo en cuenta los factores determinantes de variación de los costos inicialmente previstos y la cantidad y calidad de la obra ejecutada".

"Como en el caso anterior, esta petición debió plantearse previamente a la administración, mediante el cumplimiento de los requisitos que al efecto se estipulan en el contrato. En caso de controversia sobre la decisión que se adopte, podrá resolver esta corporación".

"3. La siguiente solicitud consistente en la liquidación del contrato, también es improcedente y valen los mismos argumentos anteriores, adicionados con el hecho de que una vez terminado el contrato lo único que procede es su liquidación pero, como es obvio, esta sólo puede ha-

cerse por las partes contratantes, ya que esta es la ocasión de confrontar el estado de cuentas para saber quién le debe a quién y cuánto. No puede la jurisdicción contencioso administrativa, en sustitución de las partes contratantes, liquidar un contrato por no tener competencia para ello".

"4. Por último y en cuanto hace a la solicitud de nulidad de la Resolución número 265 de 1981, por medio de la cual se declaró la caducidad administrativa del contrato, que sería la única sobre la cual se puede pronunciar esta jurisdicción, se observa que no hay plena prueba de que se haya agotado la vía gubernativa que exige la ley para acudir a esta jurisdicción".

"En la demanda se afirma que se interpusieron los recursos y que estos no fueron resueltos, pero no hay constancia de su presentación oportuna. El documento visible a folio 56 del cuaderno número 1, es una copia simple del recurso de apelación sin ninguna constancia de recibo por parte de la administración".

"Además, si las demás peticiones resultan improcedentes, aún en el caso de que se hubiere agotado la vía gubernativa y presentado oportunamente la demanda, esta solicitud tampoco podría ser resuelta porque la demanda es un instrumento jurídico unitario y en relación con todas sus peticiones es indispensable que esté en forma, esto es que reúna todos los requisitos que permitan un pronunciamiento de fondo".

"Las consideraciones anteriores permiten concluir que falta el presupuesto procesal de demanda en forma para que el Consejo de Estado pueda resolver en el fondo las peticiones que se hacen en la demanda".

"Esto es suficiente para que el Ministerio Público solicite a la Honorable Sala se declare inhibida para entrar al fondo del asunto planteado, por falta del presupuesto procesal de demanda en forma" (fols. 145 a 147 C. 1).

*II. Consideraciones de la Sala*

a) El ingeniero Armando Díaz García, por conducto de apoderado judicial, demandó al Instituto de Fomento Municipal, para obtener la revisión del contrato de obra pública número C-1485-70 "con el fin de que previo el dictamen de peritos se determine la verdadera cantidad, calidad y especificaciones de las obras realizadas por Armando Díaz García, en comparación a (sic) las inicialmente pactadas" (fol. 74 C. 1); que se le reconozca "el valor de la mayor obra realizada en lo que se refiere a la calidad y especificaciones, teniendo en cuenta los precios para esta clase de obras existentes a la fecha de cancelación de dichas cantidades" (fol. 74 C. 1); que se le reajuste "el valor de las actas liquidadas y pagadas teniendo en cuenta los precios reales vigentes para esta clase de contratos a la fecha de la entrega" (fol. 74 C. 1) y que se liquide el contrato para que se la pague "la obra por él ejecutada y aún no cancelada, a los precios vigentes el día de la cancelación" (fol. 74 vto. C. 1). Además, solicitó la nulidad de la Resolución número 265 de 1971, expedida por el Gerente de "Acueducto y Alcantarillado del Magdalena S. A. (Acuadelma)", por medio de la

cual se declaró la caducidad administrativa del contrato número C-1485-70 y, como consecuencia de la anterior declaración, pide que se le paguen los perjuicios que se le hubieran causado en tal decisión.

b) Para la revisión del contrato invocó, como *causa petendi,* los hechos que ya se transcribieron integralmente, los cuales se refieren a la circunstancia de que durante la ejecución de la obra se hallaron unos obstáculos y se realizaron unos cambios, en cuanto a la cantidad, la calidad y las especificaciones inicialmente previstas en el contrato, que ocasionaron al ingeniero demandante un gravamen económico adicional que el Insfopal no ha querido reconocerle ni su cesionario tampoco. También invocó la circunstancia de que la fórmula convenida para reajuste de precios unitarios limitó la variación al cinco por ciento (5%), del valor inicialmente convenido lo cual desconoció la realidad contractual, haciendo más gravosa la situación para el ejecutor de la obra y, además, que ni siquiera se le pagó tal reajuste.

Finalmente, alegó que hubo un trato discriminatorio en materia de precios unitarios frente a otros contratistas de obras semejantes, pues al paso que al ingeniero Díaz se le reconocían precios de $ 18.87 por excavaciones en seco al contratista Alfonso Abeych de Andreis se le pagaba a $ 135; y mientras al demandante se le suprimió obra convenida por $ 55.000, esa misma obra fue adjudicada y contratada en licitación privada con el señor Moisés Ponce, por la suma de $ 160.003.20 pero que al pagarle la liquidación final se le reconoció por este mismo concepto $ 487.062.01.

c) Para sustentar la nulidad de la resolución que declaró la caducidad del contrato, invocó como soporte fáctico que el Insfopal "exigió" al contratista que aceptara la cesión del contrato que aquella entidad hizo en favor de Acuadelma, y que la cesionaria declaró la caducidad invocando causales no ciertas, oportunamente desvirtuadas por el contratista.

Más adelante se examinará tal motivación. El ingeniero expresó que impugnó mediante reposición y apelación la resolución de caducidad, pero que tales recursos no le habían sido resueltos cuando acudió a la vía contencioso administrativa.

Sobre los perjuicios que se le ocasionaron con la caducidad, el ingeniero dijo que "se ha visto en la imposibilidad de participar en licitaciones con entidades de derecho público" (fol. 74 C. 1).

d) En el concepto fiscal se expresó que no se podía dictar sentencia de mérito porque faltaba el presupuesto procesal denominado "demanda en forma" fundado en la circunstancia de que la revisión del contrato sólo es viable pedirla "ante la administración que fue quien suscribió el contrato, ...por cuanto no corresponde al juez contencioso revisar el contrato" y agregó "solamente en el caso de que entre las partes contratantes surgiera una controversia, podría ser dirimida por esta jurisdicción" (fol. 146 C. 1).

Las críticas anteriores significan que la Fiscalía tomó literalmente las pretensiones del libelo, sin el menor esfuerzo interpretativo.

La demanda indudablemente se resiente de técnica jurídica, pues ni guarda el orden lógico de las peticiones, ni usa los términos precisos que exigía su formulación.

e) Pero mediante un esfuerzo interpretativo del libelo, con miras a determinar lo que realmente se quiso demandar, se encuentra que las pretensiones, en realidad, son las siguientes:

1. Que se declare la nulidad, por ilegal e inconstitucional, de la resolución que decretó la caducidad del contrato;

2. Que se reconozca el valor de la obra adicional ejecutada, en cumplimiento del contrato;

3. Que la obra ejecutada y cancelada, sea revisada a efecto de que su precio se reajuste en la forma prevista por el contrato y la ley;

4. Que se le reconozca el valor, legalmente reajustado, de la obra ejecutada, recibida y no pagada;

5. Que se rehaga el trabajo de liquidación del contrato, para incluir en ella los valores resultantes de las anteriores peticiones; y

6. Que se le reconozcan los perjuícios causados con la caducidad del contrato, ilegalmente decretada.

f) Como fácilmente se observa, todas ellas son posibles en un proceso contractual administrativo y, en el fondo, corresponden a la declaratoria de violación del contrato por la terminación unilateral e ilegal y al cumplimiento del contrato en su forma de pago legal de la obra realizada. No puede darse tanta trascendencia al término "revisan" utilizado infortunadamente en el libelo, como para sacrificar el derecho sustancial para salvar las formas.

6. En cuanto a la objeción de la Fiscalía de que no se agotó la vía gubernativa, se observa:

1. La resolución de caducidad habla de que sólo procede contra ella el recurso de reposición y este, como es sabido, no es necesario utilizarlo para que se entienda agotado el procedimiento gubernativo;

2. No obstante lo anterior, a folios 180 a 182, cuaderno número 1 y 57 y 58 cuaderno número 3, aparece la prueba de que dicho acto administrativo contractual fue impugnado con los recursos de reposición y apelación, nunca decididos.

3. Ha dicho, por lo demás, la jurisprudencia de esta Sala, que frente a las pretensiones de condena por cumplimiento de un contrato o por los perjuicios causados por su incumplimiento, no es necesario agotar el procedimiento gubernativo ante la imposibilidad legal de que la administración se autocondene.

h) *Las excepciones.* El apoderado del Insfopal propuso expresamente las excepciones de "inepta demanda" y de "prescripción". Fundamentó la primera en que el Insfopal, por haber cedido el contrato, con aceptación del contratista, ha dejado de responder por las obligaciones que de él emanan. La otra la apoyó en la circunstancia de que cuando se presentó la demanda ya habían transcurrido más de 4 meses para ejecutar las acciones de nulidad encaminadas a obtener el

restablecimiento de un derecho, "término que se cuenta a partir de la notificación del acto administrativo, el que se notificó el día 22 de diciembre de 1971" (fol. 16 C. 3); y respecto de los reajustes, dijo, "aparece formulada una petición en ese sentido, con fecha 15 de febrero de 1971, la que se rechazó", luego, concluyó, "se operó ya el fenómeno de la prescripción" (fol. 16 C. 3).

La Sala declarará no probada la excepción de "inepta demanda" por el motivo alegado, en consideración a que la aptitud formal y sustancial de ella no la determina el hecho de que persona demandada resulte finalmente obligada frente al derecho reclamado por el actor, porque frente a ella era ante quien debía formularse la pretensión (legitimación en la causa por pasiva), sino por el hecho de que el libelo reuna externamente las formalidades legales y de que la *causa petendi* y el *petitum* sean congruentes y compatibles entre sí. En el asunto *sub lite,* obligado o no el Insfopal frente al actor, los hechos y las pretensiones que estructuran la demanda no acusan contradicción ni incongruencia ninguna; y por lo demás no se observa informalidad de ninguna índole. Además, Acuadelma fue legalmente vinculada al proceso, lo cual posibilita una decisión de mérito sobre todas las pretensiones formuladas por el actor.

Respecto de la mal denominada por el opositor, excepción de "prescripción", que realmente, es *caducidad,* porque está orientada es a atacar a la acción, cuestión procesal, y no a la pretensión, cuestión sustantiva, tampoco prosperará, porque el acto administrativo que declara la caducidad de un contrato conforme a la legislación vigente cuando se presentó la demanda (2 de septiembre de 1974), podía ser impugnado jurisdiccionalmente en cualquier tiempo, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, por cuanto la ley no establecía término alguno de caducidad. Además, esa decisión fue objeto de impugnación (fols. 180 a 182 C. 1 y 57 y 58 C. 3) la cual no resolvió la administración; y como el término de caducidad se empieza a contar, cuando se interponen recursos, es a partir de la notificación sobre la decisión tomada sobre estos, en el caso *sub lite* no hubo iniciación de tal término y, por lo tanto, no puede llegar a su culminación. Además, las razones expuestas en el literal c) anterior, son igualmente pertinentes para desechar esta excepción.

i) *Lo aprobado:*

1. Dentro del plenario aparece el contrato número C-1485 de 1970 (fols. 4 a 10 C. 1) suscrito entre el Instituto Nacional de Fomento Municipal, ahora demandado, y el ingeniero Armando Díaz García, demandante, documento auténtico, sobre cuyo texto no hay controversia ninguna entre las partes.

2. En el aludido convenio se expresó que su objeto era la "construcción del alcantarillado El Rodadero-Santa Marta (Magdalena)" cuya obra quedaba determinada por los planos y especificaciones técnicas elaboradas por la firma Hidrotec Limitada, en armonía con el pliego de cargos correspondiente a la licitación.

j) El contratista de obras públicas es un colaborador de la administración en la medida en que le ayuda al Estado a cumplir sus cometidos mediante la construcción de las obras necesarias para atender a

la comunidad. Por esta razón, el régimen de contratación está inspirado en unos principios que, a veces, son diferentes a los que informan el régimen contractual privado. Uno de ellos es el del equilibrio financiero o ecuación económica, consistente en que debe existir relativa equivalencia entre lo que el Estado recibe y lo que paga por las obras que contrata.

No sólo en el estatuto vigente (Decreto 222 de 1983) sino en las normas anteriores (Decreto 150 de 1976, Ley 4ª de 1964, etc.) ese principio tuvo consagración positiva.

Cuando se celebró el contrato cuya revisión se pretende (junio de 1970) regía el artículo 11 de la Ley 4ª de 1964 que dijo, imperativamente, que en los contratos de construcción "se pactarán revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos". La legislación posterior y, particularmente el Decreto 222 de 1983 (art. 86) abrogó la obligación y estableció la facultad de pactar las mencionadas revisiones periódicas; pero de la existencia de esa revisión, como mera posibilidad, no se deduce la abolición del principio de la equivalencia patrimonial en los contratos de obras públicas sino que se reafirma, pues pactada o no la revisión, ella siempre es posible, si se dan los supuestos de hecho que la justifican. El convenio en este punto, lo único que hace es darle mayor precisión a la forma de desarrollar el principio mencionado, el cual está implícito en el contrato, por ser una de aquellas cosas que aunque no se expresen se entienden pertenecerle, ya que el equilibrio patrimonial es de la naturaleza de los contratos administrativos de obras públicas.

k) En el asunto *sub júdice* se produjo un dictamen pericial (cuaderno 5), no objetado por ninguna de las partes y que la Sala acoge en este punto, en el cual se estableció que el valor invertido por el contratista en la ejecución de la obra contratada fue de $ 3.568.136.16 de lo cual se le han pagado $ 2.249.687.23; luego existe un valor insoluto de $ 1.318.448.93. La administración reconoce deberle, en el acta de liquidación final (fol. 87 a 89 C. 3), la suma de $ 54.410.39, entonces la cantidad en la que resulta concretada la controversia es de $ 1.264.038.54.

En relación con esta cantidad, se observa:

1. Los peritos determinaron que la totalidad de la obra ejecutada fue considerada contractualmente, pues aunque es cierto que hubo variación de lo inicialmente contratado, eso fue tenido en cuenta en el "acta adicional número 1 del contrato sobre supresión y adición de obra" (fols. 212 a 215 C. 4).

Sin embargo, el documento modificatorio al que hacen referencia los peritos no tiene la firma del contratista, ni del Director General del Insfopal, razón por la cual ha de entenderse que las obras allí contempladas no tienen el carácter que entendieron los peritos. Pero, como quiera que el "acta adicional" fue suscrita por el Director Técnico del Insfopal y del Ingeniero Jefe de la División de Construcciones; de que la parte suprimida tuvo el asentimiento de la administración (fol. 14 C. 3 y fols. 262 a 264 C. 4) y del contratista (fol. 22 C. 3) y la parte adicionada, fue construida por el contratista y según los peritos, era necesaria para el cabal desarrollo del contrato, fue recibida por la ad-

ministración y algunas veces tenida en cuenta por ella en las liquidaciones parciales, según las actas 3, 6, 10, 12, 13, 14, 16, 19 y 20 (fols. 15, 16, 19, 23 a 25, 27 a 33, 34, 35 y 37 a 40 C. 1), se concluye que su cantidad, calidad, especificaciones y valor según la verificación pericial, debe tenerse en cuenta para cancelársela al contratista.

Dentro de esta comprobación técnica, los auxiliares de la justicia establecieron que la clasificación que hizo la administración sobre excavaciones fue equivocada, porque "las condiciones del suelo en que se llevaron a efecto dichas excavaciones, por estar muy cerca del mar son de un máximo nivel freático y por lo tanto debieron clasificarse y pagarse de acuerdo con el ítem contemplado en las estipulaciones del contrato cuyo código es el representado por 1.2.2.5 o sea el correspondiente a excavaciones húmedas en tierra hasta 3.00 metros de profundidad y cuyo precio unitario es de $ 39.89 M3..." (fol. 72 C. 5). Hechas las correcciones del caso, los peritos dictaminaron que por este concepto se le debió liquidar al contratista $ 1.169.698.80, pero como sólo se le liquidaron $ 714.509.54, se le deben entonces $ 445.189.36, valor que esta Sala tendrá en cuenta por este concepto, en la liquidación de la condena.

2. Según el mismo experticio, al contratista se le adeudan $ 375.168.56 por concepto de reajuste de precios, liquidado con la fórmula prevista en la cláusula cuarta del contrato (fol. 195 C. 4), aunque por un procedimiento consistente en comparar "los precios básicos consignados en la memoria de Diseño" con los que efectivamente pagó el contratista, según la contabilidad llevada en libros debidamente registrados, cuyos asientos contables constituyen un principio de prueba en favor del contratista, no impugnada por la parte demandada. No se utilizó el procedimiento pactado en el contrato, cláusula cuarta, porque en el acta de iniciación de los trabajos (fol. 90 C. 3) no se consignaron los precios básicos de los materiales y transportes vigentes en ese momento, pieza fundamental para cumplir el procedimiento convenido para el reajuste. Como tal omisión es imputable a ambas partes, porque los dos suscribieron el acta, ninguna pueda alegar en su favor el no cumplimiento de un procedimiento que se hizo imposible por su propia conducta. En consecuencia, este valor de reajuste será reconocido en favor del contratista, en desarrollo del principio de la equivalencia patrimonial de las prestaciones, teniendo en cuenta la diferencia entre los precios que sirvieron de base al contrato y los efectivamente pagados por el contratista, según su contabilidad.

3. "En relación con las especificaciones de construcción, estas estaban limitadas a las cantidades de obra de los Pliegos de Licitación y no a las necesidades de la obra", afirmó el demandante (fol. 76 C. 1) y agregó que "en esta clase de terrenos (nivel freático alto y arena), la tubería necesita un filtro... además, para evitar asentamientos, debe tener una base de concreto de 15 a 20 cms. y un atraque hasta por lo menos la mitad de la tubería y teniendo como formaleta al terreno o el entibado en su parte lateral, esto para evitar desplazamientos laterales. No fue autorizado porque se encarecía la otra... Era necesario entibar 100% las paredes laterales de las zanjas". Y continuó el demandante: "Con las obras construidas del Alcantarillado en El Rodadero por mi mandante, se produjo un enriquecimiento sin causa o indebido e injusto de la administración, debido a que a pesar

de tratarse de un contrato de carácter conmutativo mi mandante realizó obras por un valor equivalente a más del doble de la contraprestación recibida por parte del Instituto. Basta a manera de ejemplo, ya que los peritos que en su oportunidad se designen deberán demostrar las cuantías, citar el caso de los "entibados" colocados en la obra por mi poderdante que según el pliego de cargos se reconocían a razón de ciento treinta y siete pesos con cincuenta centavos m/cte. ($ 137.50) por metro cuadrado y que de los cuales seis mil (6.000 M2) metros cuadrados no le han sido cancelados a mi poderdante, lo que le equivale a una pérdida de ochocientos dieciocho mil pesos ($ 818.000)". (fol. 77 vto. C. 1).

En concordancia con lo que se acaba de transcribir, los peritos expresaron que "de acuerdo con las actas que aparecen en el expediente, dentro del desarrollo del contrato, hubo cambio de especificaciones del mismo y como consecuencia de ello el ingeniero Díaz García tuvo que realizar mayor cantidad de obra y de diferente calidad. Sin embargo aclaramos que dicho cambio y la mayor cantidad de obra está pactada en el "acta adicional número 1 del contrato, sobre supresión y adición de obra" (fol. 66 C. 5). Pero, recuerda la Sala que, como se dijo anteriormente, esa acta no está suscrita por las partes, aunque de hecho el contratista y la administración la tuvieron en cuenta en la realidad, porque aquel la construyó parcialmente, y esta la recibió y la pagó en parte, según se deduce de las actas parciales de recibo de obra y del dictamen pericial.

La Sala acoge el experticio en cuanto concluyó que la obra adicional ejecutada por el contratista y recibida por la administración tiene un valor de $ 676.857.94 (fols. 66 a 72 C. 5), pero como al contratista se le canceló, en las actas parciales, obra adicional por $ 342.089.73 queda un saldo insoluto de $ 334.768.21 en favor del contratista, que debe reconocérsele, como en efecto se ordenará.

4. Entonces, la administración, en este caso Acuadelma como cesionaria de Insfopal, debe reconocerle al ingeniero contratista Armando Díaz García, los valores que se expresan en seguida, por los conceptos que en cada caso se indican:

| | |
|---|---|
| Por excavaciones en tierra | $ 455.189.36 |
| Por reajuste de precios, pactado | 375.168.56 |
| Por obra adicional | 334.768.21 |
| Por obra recibida pendiente de pago según la última acta (fols. 265 a 269 C. 4) | 167.168.24 |
| | $ 1.332.294.37 |

5. De los descuentos que figuran en el acta de recibo final de obra (fols. 265 a 269 C. 4) por error en mediciones ($ 46.199.49) o defectos ($ 66.558.36) para un total de $ 112.757.85 no hay reclamación en la demanda, por lo tanto deben mantenerse tales decisiones.

Lo mismo puede decirse de los descuentos que figuran en el acta de liquidación final (fols. 270 a 272 C. 4) por reparación de daños,

según cuenta de junio 16 de 1971, por $ 2.887.85 y por la multa impuesta según Resolución número 1834 de diciembre 10 de 1970, expedida por la Dirección General de Insfopal, cuyo monto es de $ 8.000.

De lo anterior se deduce que al valor de las obras por pagar de $ 1.332.294.37 se le deben descontar $ 123.645.70 (por errores en mediciones $ 46.199.49; por obra defectuosa $ 66.558.36; por daños $ 2.887.85 y por multa $ 8.000), lo cual arroja un saldo insoluto de $ 1.208.648.67 en favor del contratista.

6. El demandante solicitó que el valor de la mayor obra realizada se le pague "teniendo en cuenta los precios para esta clase de obras existentes a la fecha de cancelación de dichas cantidades"; que "se reajuste a Armando Díaz García el valor de las actas liquidadas y pagadas teniendo en cuenta los precios reales vigentes para esta clase de contratos a la fecha de la entrega correspondiente a las obras a que se refiere cada acta, teniendo en cuenta los factores determinantes de variación" y, finalmnte, que se pague al contratista "la obra por él ejecutada y aún no cancelada", o sea el total pendiente de reconocimiento, establecido en $ 1.208.648.67, "a los precios vigentes al día de cancelación". Para deducir tales factores, los peritos utilizaron dos procedimientos:

a) El primero consistió en tomar el precio en pesos del certificado de cambio, de diciembre de 1971 para conocer cuántos dólares americanos podrían comprarse entonces con la suma debida al contratista y, conocido el nuevo valor del dólar en septiembre 8 de 1981, deducir cuántos pesos se necesitarían en esta nueva fecha para adquirir los mismos dólares.

La Sala no considera de recibo este procedimiento, porque el dólar americano no es el patrón monetario de Colombia, aunque apenas sí uno de los múltiples factores que determinan su verdadero poder de compra; y, además, porque actualmente rige el artículo 178 del C.C.A. que obliga a hacer los ajustes de valor "tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor" y este será el sistema que tendrá en cuenta la parte resolutiva, según la certificación que expida el DANE, en el sentido de expresar cuántos pesos se requieren en la fecha de ejecutoria de esta sentencia para que un consumidor pueda adquirir lo mismo que compraba en agosto 25 de 1972 (fecha del acta de liquidación final), con $ 1.208.648.67, pues así se paga el mismo valor debido.

b) El segundo procedimiento consistió en liquidarle los intereses causados a la tasa que certificó la Superintendencia Bancaria, pero este concepto no fue pedido en la demanda, razón por la cual no habrá tal reconocimiento oficioso.

1) En cuanto a la pretensión consistente en que se declare la nulidad, por ilegalidad e inconstitucionalidad, de la Resolución 265 de 1971 expedida por Acuadelma, mediante la cual se declaró la caducidad del contrato C-1485 de 1970, habrá de accederse a ella, por las siguientes razones:

1. La única motivación del acto impugnado, en relación con las causales invocadas para decretar la caducidad es del siguiente tenor:

"Que el contratista ha incurrido en violación de los literales e), f), g) e i) de la cláusula décimaquinta del contrato, que establece taxativamente las causales de caducidad" (fol. 74 vto. C. 4).

Las causales consagradas en los literales citados consideran diversas hipótesis, luego las circunstancias de que en la resolución cuestionada no se hayan expresado los fundamentos de hecho, en concreto, que la administración consideró que se adecuaban a las hipótesis fácticas previstas en las normas aplicadas, dejan al contratista en la posibilidad legal de darle a la motivación cualquier interpretación verosímil y ejercer su derecho de defensa frente a ella.

Por lo demás, si la ley exige que la resolución de caducidad sea motivada, ha de entenderse por tal no la cita de las causales, sino la de los hechos concretos que las configuran y que permiten al contratista una defensa racional. Esto sólo justificaría la anulación del acto impugnado.

2. El escrito de impugnación transcrito en el hecho vigésimo de la demanda (fols. 71 a 73 C. 1) y al cual hacen referencia los documentos de folios 3, 56 a 59, 62, 70, 71, 181 y 182 del cuaderno número 1, contiene unas explicaciones del contratista en relación con las circunstancias que él supuso que eran las causales de la caducidad. La Sala encuentra de recibo esas explicaciones y, además, ellas están corroboradas con otras pruebas, como el dictamen pericial, en cuanto al hecho de que el contratista tuvo que ejecutar una mayor cantidad de obra de la prevista, con especificaciones y calidades diferentes a las pactadas, financiándola parcialmente con sus propios recursos, sin estar obligado a ello; todo lo cual justifica su conducta como contratista e implica la anulación de la decisión de caducidad y de la sanción pecuniaria de $ 199.728.44, contenidas en los artículos primero y segundo de la Resolución número 265 expedidas el 13 de diciembre de 1971 por la Gerencia de "Acueductos y Alcantarillados del Magdalena, Acuadelma", como se ordenará más adelante.

El suscrito consejero sustanciador practicó en unión de varios de los integrantes de la Sala inspección judicial en Santa Marta, no sólo sobre la obra realizada y la documentación relacionada con el respectivo contrato, sino que recibió valiosos testimonios sobre la ejecución de dicho contrato.

Así, vale la pena transcribir:

1. José Norberto Méndez Manchola, ingeniero, con Insfopal, Inscredial, FF. CC. Nacionales e ICA, quien depone:

*"Preguntado:* Que diga el testigo si tuvo conocimiento de la celebración de un contrato de construcción de obra celebrado entre el Instituto de Fomento Municipal y el ingeniero Armando Díaz García, cuyo objeto lo constituía el llamado comúnmente 'Alcantarillado de El Rodadero'. En caso positivo le ruego se sirva decirnos todo lo que usted sabe al respecto. *Contestó:* 'Sí tuve conocimiento de la celebración del contrato en referencia, y respecto al mismo le puedo contar. Por la misma época en que se iniciaron las obras aquí en El Rodadero fui nombrado Ingeniero Residente de un hermano de Armando Díaz García en un contrato celebrado entre éste y el Instituto Nacional de Fo-

mento Municipal para la construcción del alcantarillado en el Municipio de Soledad, en el Departamento del Atlántico, esto fue a mediados de 1970, motivo por el cual en varias ocasiones estuve visitando las obras de aquí en El Rodadero, en las cuales encontré problemas de construcción como fueron el nivel freático a unos cincuenta centímetros por debajo del nivel del piso, lo cual hacía necesario un bombeo permanente para la instalación de la tubería. Además la consistencia del suelo era muy mala debido a su calidad de suelo arenoso. En cuanto al suministro de la tubería hubo problemas de entrega por parte del Instituto Nacional de Fomento Municipal debido según recuerdo a un cambio de especificaciones, pues inicialmente, según los pliegos de cargo el Instituto se había comprometido a suministrar tubería de Eternit y fue sustituida por tubería Preco de concreto centrifugado, motivo éste que dificultaba aún más la instalación de la tubería, debido al peso del tubo y su fragilidad, como también al mal estado en que se entregó esta tubería al contratista'. *Preguntado:* Que diga el testigo si además del cambio de especificaciones de que nos ha hablado, supo que el 'Insfopal' no cumplía estrictamente con los suministros de materiales a que estaba obligado, trayendo como consecuencia la demora en el cumplimiento del contrato. *Contestó:* 'Creo recordar que los únicos materiales suministrados por el Instituto de Fomento eran los tubos mencionados anteriormente'. *Preguntado:* Díganos si el cambio de especificaciones en la tubería anteriormente señalada y los defectos que presentaba la nueva, fueron motivos definitivos para que el contrato no pudiera cumplirse en el tiempo inicialmente previsto. *Contestó:* 'Sí fueron motivos para que se demorara la entrega de las obras, debido a que gran parte de esta tubería estaba averiada debido al transporte, cargue y descargue, por lo cual fue necesario que la fábrica de tubos Preco enviara un técnico aquí a la ciudad de Santa Marta para reparar dicha tubería entregada en fábrica y construida mecánicamente por el método de centrifugación y vibración. Me consta porque en las visitas que hacía a la obra encontré al técnico de dicha compañía haciendo las reparaciones, lo cual demoró la entrega definitiva de los materiales'. *Preguntado:* Que diga el testigo si Armando Díaz entregó la obra terminada y en qué época. *Contestó:* 'La obra consta de la instalación de once kilómetros de tubería impulsión que partía de El Rodadero pasaba por Gaira y desembocaba en la Casa de Bombas de Santa Marta, como también de dos kilómetros de colector en El Rodadero, lo anterior fue entregado en noviembre o diciembre de 1971, faltando únicamente por entregar 40 metros de tubería frente al Hotel Tamacá' " (fol. 21 fte. y vto. C. 2).

2. Armando Fuentes Santander, arquitecto al servicio del Municipio de Santa Marta por la época de la ejecución del controvertido contrato:

"*Preguntado:* Sírvase decirnos si usted tuvo conocimiento de la celebración y desarrollo de un contrato de construcción de obra entre el ingeniero Armando Díaz García y el Instituto de Fomento Municipal, cuyo objeto era la construcción del alcantarillado de El Rodadero de Gaira. En caso positivo díganos cómo se desarrolló dicho contrato. *Contestó:* 'Cito información bastante completa sobre el desarrollo de dicha obra por lo que en esa época yo era el Director del Plan Regulador de la ciudad de Santa Marta y tenía que estar informado de toda

la actividad de construcción en el Municipio. Esta obra se ejecutó en los años de 1970 y 1971, personalmente pude constatar las dificultades que encontraron los contratistas debido al nivel freático en los sectores de excavaciones y era casi imposible desalojar el agua con 10 o más bombas de succión'. *Preguntado:* Que diga el testigo si el contratista Armando Díaz, además de las dificultades que usted nos ha narrado, encontró otras consistentes en el cambio de especificaciones de conformidad a lo que se había señalado en los pliegos de cargos. *Contestó:* 'Las especificaciones de los pliegos de cargo no las conocía exactamente, pero la tubería que se utilizó en la obra fue centrifugada y en la traída a Santa Marta sufrió bastantes daños que también retardaron la ejecución de los trabajos'. *Preguntado:* Díganos si el contratista Armando Díaz entregó en su totalidad la obra y en qué época. *Contestó:* 'La entrega de la obra no puedo precisar exactamente'. *Preguntado:* Que diga el testigo quién dirigía las obras, por cuenta de quién se efectuaban y si lo sabe quién pagaba las cuentas formuladas por el ingeniero Armando Díaz. *Contestó:* 'La supervisión de la obra me consta que se hizo personalmente por el doctor Armando Díaz García. En cuanto a las cuentas que él formulaba se las pagaba el Instituto de Fomento Municipal'. *Preguntado:* Díganos si usted tuvo conocimiento que la sociedad 'Acuadelma S. A.', declaró la caducidad del contrato a que nos venimos refiriendo y por qué. *Contestó:* 'Respecto de ésto no tengo información, no sé si realmente pasó'. *Preguntado:* Que diga el testigo si el Doctor Armando Díaz García se quejaba frecuentemente porque el Insfopal no le hacía los suministros de materiales requeridos para la obra, en tiempo oportuno. *Contestó:* 'Sí, en muchas ocasiones se quejó el Doctor Armando Díaz a este aspecto, y además el Instituto hizo entrega del lote para la casa de bombas, siete u ocho meses después de iniciada la obra, esto retardó los trabajos' " (fol. 22 fte. y vto. C. 2).

3. Gabriel Gómez Zapata.

"*Preguntado:* Sírvase decirnos si usted tuvo conocimiento que entre el Instituto de Fomento Municipal y el ingeniero Armando Díaz García se celebró un contrato de construcción de obra tendiente a efectuar el alcantarillado de El Rodadero-La Gaira. En caso positivo díganos qué vicisitudes o tropiezos encontró el contratista para la ejecución de la obra. *Contestó:* 'Tuve conocimiento de que el Doctor Armando Díaz García firmó un contrato para la construcción del alcantarillado de El Rodadero y esto me fue notificado en la oficina en donde prestaba mis servicios. Posteriormente fui destinado por el ingeniero residente de la oficina Insfopal a recibir la tubería de asbesto, cemento Eternit que procedente de Bogotá llegó en camiones. Esta tubería transportada en carretera es apenas lógico que tuviera pequeños desperfectos, anomalía que se hizo saber al ingeniero residente con el fin de que los propietarios de ellos o la fábrica procediera a su arreglo. Prueba de ello es que toda la tubería que vino averiada en las planillas se dejaba constancia de los tubos que por mí eran recibidos para que Eternit procediera a su arreglo y a fe que lo cumplieron, puesto que Eternit mandó a Santa Marta a uno de sus técnicos de apellido Galindo, que en paz descanse'. *Preguntado:* Sírvase decirnos si los hechos que usted ha narrado traían como consecuencia paralización, o por lo menos demora en la ejecución de las obras. *Contestó:* 'Es muy posible

que eso conlleve a atrasos por la razón apenas lógica que la tubería no estaba en condiciones para ser utilizada sin antes proceder a su reparación'. *Preguntado:* Díganos si la tubería de Eternit prevista para la evacuación de la obra, fue en gran parte sustituida por la llamada tubería Preco y qué consecuencias traía para el contratista el cambio de estos materiales. *Contestó:* 'Me consta que hubo una gran cantidad de tubería Eternit que fue cambiada por tubería Preco porque también me tocó recibir esa tubería que llegó casi que en peores condiciones que las de hace la Eternit (sic). Lógicamente eso demoró por algún tiempo la instalación de la tubería, primero por el mal estado de algunos tubos, segundo por su manejo ser más trabajoso que la de Eternit, tercero, la longitud es mucho menor ya que los de Eternit tienen cuatro metros y los de Preco, no alcanzaban a uno con cincuenta y por último la instalación es más difícil'. *Preguntado:* Díganos quién hizo los suministros de los elementos necesarios para la construcción de la obra y qué entidad llevaba la dirección del contrato. *Contestó:* 'Según contrato Insfopal debería suministrar los materiales tales como tubería con sus respectivas uniones y cauchos y accesorios de hierro fundido para la casa de bombas. La dirección de la obra en cuanto a la parte técnica se refiere su responsable es el Instituto de Fomento Municipal y la financiera la Sociedad de Acueductos y Alcantarillado del Magdalena, «Acuadelma S. A.»'. *Preguntado:* Díganos si usted tuvo conocimiento de que se decretara la caducidad del contrato que veníamos comentando y las razones que se esgrimieron para ello. *Contestó:* 'Tuve conocimiento que al ingeniero Díaz García se le pidió la caducidad del contrato por haberse agotado todos los plazos para la entrega de la obra y no haber sido entregada por parte de él. Si mal no recuerdo faltaban por instalar unos metros de tubería precisamente frente al Hotel Tamacá. Tuve conocimiento por haber estado al cuidado de la obra y las condiciones del terreno por estar bastante cerca al mar en nivel freático que es muy superior que en cualquier otro sitio de la ciudad, amén que la arena por estar cerca a la playa también se derrumbaba más que en cualquier otro lugar. Dos o tres motobombas de cuatro pulgadas con bombeo constante eran insuficientes para achicar la cantidad de agua que manaba y poder dejar la excavación apta para la instalación de la tubería. Creo que eso y el poco filtro de piedra utilizado para el asentamiento de los tubos en algo contribuyó a que una vez la tubería instalada y tapada en algunos sectores haya bajado la tubería del nivel pedido para quedar en contrapendiente. La obra faltante cuando se decretó la caducidad era de aproximadamente de cuarenta o cincuenta metros pero las excavaciones estaban completas al igual que la casa de bombas'. En este estado de la diligencia el señor fiscal doctor Gilberto Gartner interroga de la siguiente manera al testigo: *Preguntado:* Sírvase precisar y ampliar la afirmación que usted hace de que 'Acuadelma S. A.' era la financiera de la obra y el Insfopal era la directora de ella. *Contestó:* 'Con fondos provenientes de Insfopal que son situados a los fondos de «Acuadelma S. A.» para la finalización de la obra la sociedad mediante actas de recibo parcial de obra que hace el Insfopal como ya dije que es la parte técnica cancelaba al contratista el valor de la obra que la Interventoría da por recibida, previamente valorizada con los precios del contrato mediante una cuenta de cobro que formula el contratista a la sociedad con el respectivo visto bueno del ingeniero residente. Posteriormente la cuen-

ta corre su trámite para finalizar en un cheque girado por Acuadelma S. A. pero con dineros situados por Insfopal. Aclaro que en cuanto a la caducidad se refiere las dos entidades Insfopal y Acuadelma S. A., tuvieron que ponerse de acuerdo y de todo ésto es sabedor el Gerente General de Insfopal, quien en última instancia es quien decide sobre si declara la caducidad o no' " (fols. 23 fte. y vto. y 24 fte.).

Corrobora todo lo anterior que cuando la caducidad se decretó el contratista había ejecutado obra por más del ciento por ciento de la contratada y que de esta última, sólo faltaba colocar 40 metros de tubería y la pintura de la caseta de la motobomba, sin que pueda imputársele mora, pues los desperfectos de la tubería, como lo dicen los testigos citados, implicaban responsabilidad del organismo oficial contratante y no del contratista.

ll) Respecto de los perjuicios causados al ingeniero demandante, como consecuencia de la caducidad, él señaló la imposibilidad legal en que lo colocó tal decisión para licitar nuevamente con entidades de derecho público.

Pero tal pretensión no puede prosperar, porque la prohibición legal para licitar, como consecuencia de la caducidad de un contrato, se inicia cuando esa decisión queda ejecutoriada; y en el asunto *sub júdice* la Resolución número 265 nunca estuvo en firme, porque los recursos interpuestos por la vía gubernativa contra ella lo impidieron siempre, ya que jamás fueron decididos por la administración. Ahora, cuando se agota la vía jurisdiccional, quedan anulados los efectos propios de la caducidad declarada, luego no hay perjuicios indemnizables, derivados de esta circunstancia. Además no se probaron y esto era absolutamente mínimo para que procediera su estimación mediante el procedimiento del 308 del C. de P. C., citado por el demandante.

m) Como la demanda ha prosperado casi en su totalidad, no habrá condenación en costas.

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

*Falla:*

Primero: Anúlanse los artículos primero y segundo de la Resolución número 265 expedida el 13 de diciembre de 1971 por la Gerencia de "Acueductos y Alcantarillados del Magdalena S. A., —Acuadelma—, por medio de la cual se declaró la caducidad del contrato a que se ha hecho referencia en esta sentencia y se impuso una multa al contratista.

Segundo: Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el Instituto Nacional de Fomento Municipal —Insfopal.

Tercero: Declárase que Acuadelma incumplió el contrato administrativo celebrado con Armando Díaz García, a que se ha hecho referencia en esta sentencia.

Cuarto: Como consecuencia de la anterior decisión, ordénase a la sociedad Acueductos y Alcantarillados del Magdalena S. A. —Acuadel-

ma—, como cesionaria del Instituto Nacional de Fomento Municipal —Insfopal—, que reconozca y pague al ingeniero Armando Díaz García, identificado con la cédula de ciudadanía número 17.062.057 de Bogotá, el valor de $ 1.208.648.67 de agosto de 1972, actualizados a la fecha de ejecutoria de esta sentencia de acuerdo con el índice de precios al consumidor que certifique el DANE, conforme a lo expresado en la parte considerativa de este fallo.

La suma actualizada ganará intereses comerciales corrientes por los seis meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, en caso de no pago, y comerciales moratorios del vencimiento del plazo anterior hasta su cancelación.

Quinto: Désele cumplimiento al presente fallo en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

*Carlos Betancur Jaramillo*, Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EJECUCION Y PERFECCIONAMIENTO.*

*Si la ley en forma clara prohibe que se inicie la ejecución de un contrato antes de su perfeccionamiento (art. 202, Decreto-ley 150/76) resulta obvio que el proceder ilegal del contratista no puede generar derecho en su beneficio, en sentido contrario, obligación a cargo de la administración.*

*ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. Actio in rem verso.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº 3785. Actor: Fernando Cuervo Rodríguez.

El ciudadano Eduardo Fonseca Prada, obrando como apoderado especial del señor Fernando Cuervo Rodríguez, demandó a la Promotora de Vacaciones y Recreación Social —PROSOCIAL— para que previos los trámites de un proceso ordinario contencioso contractual, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera:* Que se declare que la Promotora de Vacaciones y Recreación Social, PROSOCIAL, incumplió el contrato celebrado con el señor Fernando Cuervo Rodríguez para la construcción de una piscina en el Centro Vacacional 'La Esperanza', contrato que se formó mediante la oferta contenida en los pliegos de condiciones de la licitación privada número 01-79, la propuesta del ingeniero Cuervo Rodríguez y la Resolución número 000894 del 31 de agosto de 1979, por la cual se adjudicó el contrato".

"*Segunda:* Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a PROSOCIAL a pagar a mi poderdante o a quien represente sus derechos:

"a) La suma que le adeuda por concepto de trabajos ejecutados de conformidad con el acta de recibo de obra y liquidación suscrita el 7 de mayo de 1980".

"b) Los honorarios o utilidades dejados de percibir, correspondientes a la completa y debida ejecución del contrato, cuya legitimidad expectativa se frustró".

"c) El lucro cesante de las sumas dejadas de pagar, correspondiente al período comprendido entre las fechas en que los respectivos pagos han debido hacerse y la fecha en que se efectúen".

"d) El daño moral.

"Si no se pudiere establecer el monto de los daños, ellos se liquidarán por el procedimiento de que tratan los artículos 307 y 308 del C.P.C.".

"*Tercera:* Que las sumas que se determinen como valor básico de las condenas contra PROSOCIAL, se actualicen mediante la aplicación de criterios técnicos de corrección monetaria, con el objeto de compensar la pérdida del valor adquisitivo del peso colombiano durante el período comprendido entre la causación del daño y su indemnización efectiva, tal como el Consejo de Estado, Sección Tercera, lo ha establecido en varias providencias, entre ellas en la sentencia del 16 de octubre de 1981, con ponencia del Doctor Carlos Betancur J., actor: La Garantía A. DISHINGTON S. A.".

"*Cuarta:* Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en el artículo 121 del C.C.A., y que en caso de mora se condene a PROSOCIAL a pagar a mi poderdante o a quien represente sus derechos, intereses moratorios a la tasa doblada del interés corriente".

Como *causa petendi* invocó los siguientes hechos:

"1. Mediante comunicación del 30 de julio de 1979, la Promotora de Vacaciones y Recreación Social —PROSOCIAL—, manifestó al ingeniero Fernando Cuervo Rodríguez su interés de recibir propuestas para la construcción de una piscina con su correspondiente planta de tratamiento en el Centro Vacacional 'La Esperanza', Municipio de 'La Mesa' (Cundinamarca), dejando a disposición del citado ingeniero y a partir de esa fecha, los pliegos de cargos, en la División de Diseño y Construcción de la misma entidad, hasta el 17 de agosto del mismo año. Quedó abierta en esta forma, la licitación privada número 01-79".

"2. Correspondiendo a tal invitación de PROSOCIAL, el ingeniero Cuervo concurrió a la licitación privada número 01-79, mediante presentación de su propuesta el 14 de agosto del mismo año de 1979. Tal propuesta incluia un costo directo total de $ 3.609.400.48 y una cantidad de $ 902.350.12 por concepto de administración, imprevistos y utilidades, equivalente al 25% del costo directo".

"3. Mediante Resolución número 000894 del 31 de agosto de 1979, PROSOCIAL adjudicó el contrato al proponente Fernando Cuervo Rodríguez en consideración al estudio realizado por la División de Diseño y Construcción de dicha entidad y por la Junta de Licitaciones y Contratos, sobre las propuestas presentadas por los contratistas a participar en la licitación legalmente registrados en el libro que para tal fin se lleva en la entidad".

"4. Con fecha 4 de septiembre de 1979 el ingeniero Fernando Cuervo Rodríguez fue notificado del contenido de la Resolución número 000894 de 1979".

"5. El día 7 de septiembre de 1979 PROSOCIAL y Fernando Cuervo Rodríguez suscribieron el documento en que se hacía constar el contrato celebrado. El texto de este documento, que fue puesto por PROSOCIAL a la firma de Cuervo Rodríguez, se aprobó sustancialmente de la minuta en el pliego de condiciones, hasta el punto de que en él se incluyó una cláusula según la cual el contrato requería, como condición para su perfeccionamiento, la aprobación del Consejo Directivo de PROSOCIAL. La cláusula en mención expresa textualmente: *'Diecinueve.* Para la legalización de este contrato, será sometido a la aprobación del Honorable Consejo Directivo, luego de publicarse en el Diario Oficial y posteriormente, en cumplimiento del Decreto 2062 del 27 de agosto de 1979, deberá rehabilitarse el papel común utilizado, y cancelar el impuesto de timbre dentro del término fijado, todo por cuenta del contratista' ".

"6. Suscrito el contrato y otorgadas las pólizas de garantía respectivas, el contratista Cuervo Rodríguez, con el consentimiento de PROSOCIAL, dio iniciación a las obras, adquirió los elementos básicos de planta de tratamiento de la piscina y celebró diversos contratos que le permitieran entregar las obras oportunamente (dentro del plazo contractual de 90 días)".

"7. El 12 de septiembre de 1979, el contratista presentó a PROSOCIAL la cuenta correspondiente al anticipo contractual".

"8. En razón de que a 29 de noviembre de 1979 PROSOCIAL todavía no había pagado el valor del anticipo, el ingeniero Cuervo Rodríguez envió en tal fecha una solicitud, requiriendo el pronto pago del mismo y poniendo en conocimiento de PROSOCIAL, los grandes perjuicios que le irrogaban con tal incumplimiento".

"9. En diciembre 9 de 1979, dando respuesta a la comunicación antes referida, el Director Ejecutivo de PROSOCIAL expresó al ingeniero Cuervo que sólo después de la última sesión del Consejo Directivo en el año 1979 se daría curso a la petición del contratista".

"10. Mediante comunicación fechada el 22 de febrero de 1980, el secretario del Consejo Directivo de PROSOCIAL hizo conocer al ingeniero Cuervo Rodríguez que el Consejo, en sesión del 9 de enero de 1980 había determinado no impartir aprobación al contrato para la construcción de la piscina en el Centro Vacacional 'La Esperanza', agregando que el Consejo había dispuesto igualmente reconocerle el valor de los gastos hechos hasta la firma del contrato, previo avalúo de la División de Diseño y Construcción de la empresa y que 'el reconocimiento concedido fue condicionado a su solicitud comunicando que desiste del cumplimiento del contrato y de sus acciones posteriores' ".

"11. En comunicación del 28 de febrero de 1980, el secretario del Consejo Directivo de PROSOCIAL expresó al contratista Fernando Cuervo Rodríguez que el Consejo, en sesión del 26 de febrero del mismo año 'determinó confirmar, por inconveniente, lo resuelto en su sesión del 9 de enero' ".

"12. Dados los términos de las comunicaciones recibidas, el contratista (en carta del 27 de marzo de 1980) aceptó la decisión de PROSOCIAL, en espera de que le fueran reconocidos los costos que le había deparado la contratación".

"13. En cumplimiento de lo resuelto por el Consejo Directivo, el jefe de la División de Diseño y Construcción de PROSOCIAL y un funcionario arquitecto de la oficina de Inspección y Vigilancia de la entidad, acompañados del contratista, practicaron el día 7 de mayo de 1980 la diligencia de recibo de las obras ejecutadas por Cuervo Rodríguez, anotando en el acta respectiva que se recibieron únicamente aquellos ítems que el contratista había ejecutado y que se podían detectar actualmente, para lo cual se hicieron las observaciones y mediciones del caso, que se hallan consignadas en la respectiva acta de recibo y liquidación de la obra".

"La liquidación de obra estableció los siguientes valores del contratista:

| | | |
|---|---|---|
| "Obras civiles (preliminares, cimientos y mampostería) | $ | 83.922.13 |
| Planta de tratamiento (costo de elementos básicos, sin instalación) | | 225.949.98 |
| Gastos varios (almacenista, herramienta especial, impuestos, pólizas) | | 66.500.00 |
| Sub-Total | $ | 376.372.11 |
| Reajuste (21%) | | 79.038.14 |
| Suma | $ | 455.410.25 |
| Honorarios (A.I.U. 25%) | | 113.852.62 |
| Total a favor del contratista | $ | 569.263.12". |

"El reajuste mediante el cual se afectaron los precios básicos, 21%, resultó de la aplicación de la fórmula contractual, con índices de precios correspondientes a abril de 1980. Por su parte, los honorarios se calcularon con base en la propuesta del contratista (A.I.U.=25%), que debía aplicarse al valor de los costos directos establecidos en la misma propuesta".

"14. PROSOCIAL se abstuvo de pagar al contratista el valor de la liquidación referida y tiempo después ordenó un nuevo estudio al respecto. La decisión unilateral en tal sentido y la ejecución del estudio correspondiente, carecía de base jurídica, puesto que, tal como se dijo en el hecho 13, el 7 de mayo de 1980 PROSOCIAL había realizado la liquidación del contrato y reconocido unos valores que debía pagar el ingeniero Cuervo Rodríguez; no tenía pues, respaldo legal alguno en su pretensión de modificarlos unilateral y extemporáneamente".

"Esta nueva determinación de valores se efectuó con base en la visita practicada al sitio de las obras por un funcionario de PROSOCIAL el 12 de diciembre de 1981. Los resultados de esta visita están afectados indudablemente por el demérito del largo tiempo transcurrido desde que se ejecutaron las obras. Después de dos años es apenas lógico que el deterioro natural de una obra inconclusa y abandonada, impida una confiable medición de los trabajos ejecutados por el contratista".

"15. Como consecuencia del incumplimiento de PROSOCIAL, Fernando Cuervo Rodríguez, recibió perjuicios de diversa índole, tales como:

"a) El no haber recibido el pago de sumas adeudadas por concepto de trabajos ejecutados, de conformidad con el acta de recibo de obra y liquidación, suscrita el 7 de mayo de 1980".

"b) El no haber pericibido los honorarios y utilidades correspondientes a la cumplida y completa ejecución del contrato cuya legítima expectativa tenía, en razón del acto de adjudicación".

"c) El lucro cesante de las sumas dejadas de percibir oportunamente".

"d) El daño moral consistente en los sufrimientos padecidos por el señor Fernando Cuervo Rodríguez en razón de no haber podido ejecutar un contrato que consideró importante dentro del giro ordinario de sus negocios, en no haber obtenido en la oportunidad esperada el reembolso de los gastos efectuados y las utilidades propias del contrato; no haber podido acreditar su hoja de vida profesional con la experiencia propia de las obras que programó y tenía derecho a ejecutar, etc." (fols. 2 a 7 C. 1).

Consideró como violadas las siguientes normas: artículos 2, 16 y 30 de la C. N., 1602, 1608, 1613, 1614, 1615 y 1617 del C. C., artículo 197 del Decreto 150 de 1976; los pliegos de condiciones en cuanto se modificó la minuta en ellos contenida; el contrato como ley de las partes.

*I. El concepto fiscal*

La Doctora Edne Cohen Daza, Fiscal Segunda de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"La demanda parte de la base de que existió un contrato, el cual la administración incumplió. Para sostener lo anterior, el actor considera que el contrato en el presente caso se formó mediante la presentación de la oferta contenida en los pliegos de condiciones de la licitación privada número 01-79 y la Resolución 000894-79 por la cual se adjudicó el contrato. Cita en su apoyo el artículo 860 del Código de Comercio el cual establece que 'en todo género de licitaciones públicas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya una postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás'. Para el demandante el acuerdo de voluntades está expresado en el pliego de condiciones".

"La anterior afirmación es relativamente cierta, pues en verdad el contenido del pliego de licitación o más exactamente la propuesta que resulte escogida, forma parte del contrato. Lo que no quiere decir que se confunda con él. El contrato requiere además una serie de estipulaciones y en su redacción deben intervenir las partes contratantes. Algunas de sus cláusulas deben contener las estipulaciones ordenadas en leyes y estatutos y tratándose de contratos administra-

tivos, en ocasiones deben sujetarse a diferentes trámites y cumplir algunos requisitos antes de convertirse en contratos y producir sus consecuentes efectos".

"En el presente caso el texto mismo del contrato que suscribió el contratista ingeniero Fernando Cuervo Rodríguez estableció en la cláusula 19: 'Para la legalización de este contrato será sometido a la aprobación del H. Consejo Directivo, luego publicarse en el Diario Oficial y posteriormente en cumplimiento del Decreto 2062 de agosto 27 de 1979, deberá habilitarse el papel común utilizado y cancelar el impuesto de timbre dentro del término en él fijado, todo por cuenta del contratista' ".

"Tenemos pues que el contrato requería la aprobación de la Junta Directiva de PROSOCIAL y así lo aceptó el contratista".

"Por otra parte la iniciación de las obras estaba condicionada a la entrega del anticipo y según la cláusula tercera, el anticipo se pagaba después de la publicación del contrato en el Diario Oficial y del otorgamiento de todas las garantías".

"Tenemos pues que todo estaba lógicamente concatenado. Lo primero que se requería para que se legalizara el convenio era la aprobación de la Junta Directiva. Antes de esta aprobación el contrato no podía ponerse en ejecución, pues un contrato que no ha quedado perfeccionado no puede ser ejecutado. Así lo dispone el artículo 202 del Decreto 150 de 1976. En el presente caso el contratista se precipitó a comenzar las obras, pues inmediatamente que firmó el contrato se puso a trabajar sin esperar el perfeccionamiento del contrato, requisito este que se exigía en el mismo contrato y que conoció y aceptó el contratista".

"En relación con las razones que tuvo la Junta para no impartirle aprobación al contrato, fue el hecho de que el contratista no estaba inscrito en el correspondiente registro, lo anterior inhabilitaba al ingeniero Cuervo Rodríguez para celebrar contratos con la administración. El requisito anterior fue expresamente señalado en el pliego de licitación, véase folio 39 del cuaderno número 2".

"El artículo 7º literal d) del Decreto 151 de 1976 establece:

" 'De las inhabilitadas. No podrán celebrar por sí o por interpuesta persona los contratos a que se refiere el presente estatuto:

" 'a) ... b) ... c) ... d) Quienes no se hallaren inscritos, clasificados y calificados en el registro correspondiente, cuando los respectivos reglamentos así lo exigieren' ".

"El artículo 11 del Decreto 150 de 1976 establece que un contrato celebrado con expresa prohibición da lugar a que el representante legal de la respectiva entidad dé por terminado el contrato y proceda a su liquidación en el estado en que se encuentre, sin que haya lugar a reconocimiento o pago de indemnización alguna".

"Por su parte el artículo 27 del Decreto 150/76 establece: '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".

"Si el organismo o autoridad superior improbaren el contrato por encontrarlo ilegal, deberán adoptarse las reformas ordenadas, y si ello no fuere posible, iniciarse la tramitación para celebrar uno nuevo, si para esto último hubiere autorización legal. Si lo negare por considerarlo inconveniente, podrá iniciarse la tramitación para celebrar un nuevo contrato pero dentro de las condiciones que con dicho fin señale quien lo negó".

"En el presente caso existió una doble razón para no ejecutar el contrato. En primer lugar, el contrato no quedó perfeccionado porque no se cumplió con el requisito de aprobación por parte de la Junta Directiva. En segundo lugar el contratista estaba inhabilitado para contratar por no estar inscrito, calificado y clasificado en el registro correspondiente. Esta última causal de inhabilidad fue justamente la que llevó a la Junta a no impartir su aprobación. Así pues que en cualquier etapa en que se encontrara la tramitación, lo procedente era suspenderla".

"En el presente caso, de haberse cumplido extrictamente los pasos en la tramitación, el contratista no había salido tan afectado pues una vez firmado el contrato y sometido a aprobación de la Junta, se hubiere anotado la inhabilidad, sin que el contrato estuviera aún en ejecución. Sin embargo, como ya se dijo, el contratista procedió por su cuenta y riesgo a realizar la obra, cuando el contrato aún no está perfeccionado".

"La sola firma del contrato, en este caso no era suficiente para que el convenio produjera los efectos jurídicos que pretende el actor. Para que el contrato quedara perfeccionado se requería aprobación de la Junta Directiva de PROSOCIAL y antes de quedar perfeccionado no podía ponerse en ejecución".

"La presente acción está basada en el supuesto de la existencia de un contrato legalmente celebrado entre las partes, lo que como ya se explicó no es verdadero".

"Un contrato imperfecto con una clara causal de inhabilidad del contratista resultaba contrario a la ley y en consecuencia acarreaba la nulidad absoluta del mismo (ver artículo 189 literal a) Decreto 150 de 1976)".

"Tenemos pues que la demanda en la forma como está formulada y teniendo como fundamento el supuesto contrato, no está llamada a prosperar. Por otra parte, debe anotarse, que siendo la decisión del Consejo Directivo de PROSOCIAL, que no aprobó el contrato, un acto final el que decidió la suerte de la contratación y el hecho de que se encuentre contenido en el acta de sesión del día 9 de enero de 1980, no le quita su carácter de decisión administrativa".

"Por lo expuesto esta Fiscalía se permite solicitar a la Honorable Sala, se nieguen las súplicas de la demanda" (fols. 51 a 53 C. 1).

*II. Consideraciones de la Sala*

a) Para la Sala el concepto fiscal merece ser prohijado por encontrarse ceñido a la realidad procesal y a la ley.

b) En efecto, no puede hablarse de contrato administrativo perfeccionado, cuando, como en el asunto *sub júdice,* la misma minuta, en su cláusula 19, tenía previsto que "para la legalización de este contrato será sometido a la aprobación del honorable Consejo Directivo, luego publicarse en el Diario Oficial y posteriormente en cumplimiento del Decreto 2062 de agosto 27 de 1979, deberá habilitarse el papel común utilizado y cancelar el impuesto de timbre dentro del término fijado, todo por cuenta del contratista".

c) Lo anterior indica claramente que después de la firma del contrato, por ambas partes, quedaban pendientes varios trámites y muy especialmente la aprobación del Consejo Directivo, la que, en definitiva no se obtuvo, por razones tan respetables como la de la inhabilidad del contratista para contratar, por falta de inscripción en el respectivo registro de proponentes.

d) El contratista inició la ejecución del contrato antes de la legalización del mismo y esa es, exclusivamente, la causa de los perjuicios que alega.

e) Empero, si la ley en forma clara y perentoria prohibe que se inicie la ejecución de un contrato antes de su perfeccionamiento, como efectivamente lo disponía para la época de los hechos en litigio el artículo 202 del Decreto-ley 150 de 1976, resulta obvio que el proceder ilegal del contratista no puede generar derecho en su beneficio, ni, en sentido contrario, obligación a cargo de la administración.

f) Sin contrato, mal puede hablarse de responsabilidad contractual por incumplimiento o, por otra parte, demandarse el cumplimiento de un contrato no perfeccionado. Es posible que pudiera demandarse, con base en el enriquecimiento sin causa, por todo aquello en que la administración se haya enriquecido con las inversiones que el contratista dice haber hecho.

g) No está planteada así la litis y, lógicamente, ella sería de naturaleza extracontractual y como último recurso, a falta de toda otra acción, como sería la que pudiera resultar de la decisión administrativa de reconocer los gastos hechos hasta la firma del contrato y en firme la respectiva liquidación, creadores de una situación jurídica concreta no modificable por decisión unilateral de la administración.

Lo anterior es suficiente para que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, obrando en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

Primero: DENIEGANSE todas las súplicas de la demanda.

Segundo: SIN COSTAS porque no aparece que se hayan causado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en sesión de la fecha.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. EMPRESAS DEPARTAMENTALES O MUNICIPALES. SURGIMIENTO A LA VIDA JURIDICA.*

*1. No pueden surgir a la vida jurídica como corporaciones de hecho (artículo 76 ordinales 9º y 10º C. N. 187 y 197 ibídem).*
*2. Creación. Doctrina.*

*LEGITIMACION EN CAUSA PASIVA.*
*Concepto. Ausencia, Consecuencias. Doctrina.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación Nº 3352. Ordinario Contratos. Actor: Darco, Manjarrés, D'Amato y Cía. y otro. Demandados: Sociedad de hecho denominada "Sociedad Constructora Hospital Erasmo Meoz".

I

En demanda presentada el día 28 de julio de mil novecientos ochenta ante esta corporación, las sociedades "Darco, Manjarrés, D'Amato Ltda. y Cía. S.C.A." y "Gustavo Vela Q. y Cía. Ltda.", demandaron, por conducto de apoderado legalmente constituido, al Fondo Nacional Hospitalario; al Departamento de Norte de Santander y a la Junta Departamental de la Beneficencia del Norte de Santander, "...presentada también como Beneficencia de Norte de Santander y Lotería de Cúcuta..." solidariamente entre sí las entidades demandadas, como integrantes de la sociedad de hecho denominada "Sociedad Constructora Hospital Erasmo Meoz" o "Sociedad para la Construcción del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta".

Posteriormente, con fecha once de julio de 1981, el actor corrigió la demanda, lo cual hizo en los siguientes términos:

"...hago uso, en cumplimiento de la providencia dictada por ese H. Tribunal, de la facultad de enmendar la demanda, en el sentido de sustituir el Fondo Nacional Hospitalario como codemandado, por la Nación, Ministerio de Salud Pública, representada por el señor Ministro del ramo, que lo es en la actualidad el Doctor Alfonso Jaramillo Salazar, o quien haga sus veces, desde luego conjuntamente con los demás entes públicos diferentes del Fondo Nacional Hospitalario señalados en la demanda como sujetos pasivos. *En todo lo demás la ratifico*" (Cuaderno número 1, folio 201. Subrayado de la Sala).

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe lo pertinente de la *causa petendi* y del *petitum.*

*Petitum*

El apoderado de la parte actora la estructuró así:

"*Primero.* Que las entidades demandadas, al haber concurrido a formar una sociedad de hecho, son solidariamente obligadas en sus relaciones contractuales con los demandantes, que a la vez, por el consorcio entre sí formado para la relación con aquellas de que trata la demanda, son solidarias.

"*Segundo.* Que se declare que el complejo contractual de obra pública celebrado para la construcción del Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta por los demandados asociados de hecho bajo la denominación y la organización de la llamada 'Sociedad Constructora del Hospital Erasmo Meoz', de Cúcuta, con las sociedades demandantes ligadas en consorcio constituido para el efecto, en contrato inicial fechado el 3 de mayo de 1973 en la ciudad de Cúcuta y varias veces adicionado, fue proyectado, preparado, licitado, adjudicado, formalizado, programado, adicionado y ejecutado para una unidad de obra, consistente en la construcción a precios unitarios fijos con ajustes en los términos del complejo contractual, de todas las edificaciones, instalaciones y suministros necesarios para la estructura física del Hospital referido, conforme a los planos y especificaciones determinados por el Fondo Nacional Hospitalario, contenidos en los pliegos de condiciones y formalizados en el complejo de contratos suscrito entre las partes.

"*Tercero.* Que se declara que el contrato en cuestión con sus adiciones, fue incumplido por los entes demandados, a través de la sociedad de hecho por ellos compartida, por los actos, hechos y omisiones de que da cuenta la demanda, que culminaron con la ruptura unilateral por ellos cometida cuando aún estaba pendiente la ejecución de parte considerable de la obra consignada en su objeto.

"*Cuarto.* Que por ende, las entidades administrativas codemandadas son solidariamente responsables de los perjuicios causados a los codemandantes por el incumplimiento en que aquellas incurrieron, comprendidos el daño emergente y el lucro cesante.

"*Quinto.* Que por concepto de ejecución del contrato antes de su ruptura unilateral definitiva por las entidades demandadas, se condena a estas solidariamente a pagar a los codemandantes, por gastos de administración, imprevistos y utilidades (A.I.U.) pendientes en la liquidación del contrato, lo que resulte probado por los siguientes *ítems:*

"V. 1. a) Por el período comprendido entre la iniciación del contrato y el vencimiento del plazo inicial de treinta y seis (36) meses, el valor que por cada mes corresponda, actualizado con los índices respectivos, deducido el valor pagado como abono y ajustado por la tasa de incremento de las unidades de valor constante o, subsidiariamente, con intereses sobre los valores saldados mes a mes, que compensen la pérdida del valor monetario ocurrida con el paso del tiempo;

"b) Por el período comprendido entre la fecha de vencimiento del primer plazo y la fecha de vencimiento del segundo plazo, que se declara que por haberse visto obligado el consorcio contratista a mantener la disponibilidad operativa durante el mismo lapso, los codemandados han de pagarles el porcentaje que resulte por concepto de gastos de administración, imprevistos y utilidades (A.I.U.), liquidado sobre el valor programado para la ejecución regular del contrato en el tiempo referido y no sobre el valor neto de las cuentas formalizadas efectivamente, con base en el porcentaje previsto en los pliegos de condiciones y en el contrato para ese ítem y ajustado en la misma forma solicitada en este numeral para la liquidación del literal a);

"c) Por el período posterior a la fecha de vencimiento del segundo plazo; el valor de los costos en que haya incurrido el consorcio contratista, demostrado en el juicio adicionado con los porcentajes de administración, imprevistos y utilidad (A.I.U.) contemplados en el contrato y adecuados con los índices y tasas solicitadas para los otros dos períodos.

"V. 2. El valor de las obras ejecutadas totales definido en cada una de las actas, reliquidado por los precios ajustados al momento de pago de cada una de las cuentas de amortización parcial, a partir de la vigencia y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 808 de 1979, reglamentario del Decreto-ley 150 de 1976, en la cuantía que no haya sido abonada en el pago de las actas en la forma que venía y siguió siendo hecha la liquidación unilateralmente por los demandados.

"V. 3. Que se declare, para todos los efectos de liquidación parcial y total del contrato, que el factor fijo del doce por ciento (12%) excluido de reajuste en el contrato, dejó de tener vigencia a partir del mes de octubre de 1974, por agotamiento de los efectos del anticipo que lo originó ocasionado por el incumplimiento recurrente de 'La Sociedad' instrumentada por los demandados para el contrato en los pagos; y que, en consecuencia, las cuentas afectadas con posterioridad a esa fecha por el mencionado factor fijo, sean reliquidadas con omisión de ese factor y los demandados sean condenados a pagar a los demandantes la diferencia que a su favor resulte en la reliquidación.

"V. 4. Que son de cargo de los demandados, siempre en forma solidaria, los costos de formalización de la prórroga del contrato (cauciones, impuestos de timbre, pólizas, etc.); y que es igualmente de su cargo el costo de la póliza de garantía de estabilidad de la obra a partir de la terminación unilateral del contrato, por quedar exonerado el consorcio contratista de la responsabilidad correspondiente, debido a la inclusión de la obra por actos, hecho y omisiones imputables a los demandados.

"V. 5. Que la denominada 'Liquidación Final de Oficio' efectuada unilateralmente por los demandados a través de 'La Sociedad' y que aparece como acta número 62 de 25 de abril de 1979, carece de validez; y que se condena a los demandados, siempre en forma solidaria, a liquidar y pagar al consorcio contratista, el valor de la obra ejecutada y omitida en dicha acta, con el reajuste que en virtud del contrato y en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables, corresponde.

"V. 6. Que se condene a los demandados, en igual forma solidaria, a pagar al consorcio contratista la suma que resulte de aplicar intereses bancarios corrientes para operaciones de tesorería, sobre el valor de cada una de las cuentas de amortización parcial, anteriores a la vigencia y aplicación del Decreto 808 de 1979, liquidado entre la fecha correspondiente a la respectiva obra ejecutada en la que fue efectivamente hecho el pago.

"V. 7. Que se condene a los demandados, solidariamente, a pagar a los demandantes el valor de los intereses moratorios de carácter bancario reconocidos en la plaza de Cúcuta, sobre todas y cada una de las obligaciones originadas en el contrato pagadas con retardo, desde la fecha de la iniciación de la mora hasta la del pago total correspondiente, con deducción del valor que por intereses corrientes o por ajuste monetario fuere reconocido con base en peticiones precedentes.

"*Sexto.* Que por causa del incumplimiento del contrato a partir de su ruptura unilateral por parte de los demandados, se condena a éstos a indemnizar solidariamente a los demandantes, los perjuicios ocasionados por concepto de daño emergente y lucro cesante, consistentes los primeros en la pérdida y deterioro de materiales de construcción, costos de operación y administración posteriores a dicha ruptura, detrimento del prestigio de las firmas en consorcio por la forma como fueron expulsadas policivamente de la obra como supuestos ocupantes de hecho por órdenes impartidas por los demandados, costo de servicios profesionales para la defensa en la diligencia policiva, etc., y consistente en el lucro cesante en el valor de la utilidad que la ejecución del contrato y sus ampliaciones hasta su realización total, tomando en consideración el nuevo contrato celebrado por administración delegada para la conclusión, así como los que para ese mismo efecto queden faltando, habría generado para los referidos codemandantes, cuantificados de conformidad con lo que en juicio sea aprobado, para lo cual se partirá de la base de que el lucro cesante será el valor de la utilidad que el contrato hubiera podido conferir a los demandantes en el porcentaje aplicable a la cuantía actualizada de la parte del contrato que quedó pendiente de ejecución.

"*Séptimo.* Que los demandados pagarán a los demandantes intereses moratorios, liquidados en la forma prevista por el Código de Comercio para obligaciones comerciales, sobre el valor total de la condenación efectuada en números absolutos, desde la fecha de su exigibilidad hasta aquella en la que efectúen realmente el pago".

*Causa petendi*

Los hechos de la demanda se presentaron dentro del siguiente marco:

"1º Por medio de la escritura número 2869 de 5 de septiembre de 1969 de la Notaría Cuarta de Medellín, fue constituida como comanditaria simple la sociedad 'Darco, Manjarrés, D'Amato y Cía.', que en la escritura número 4950 de 14 de septiembre de 1973 de la Notaría Cuarta de Medellín fue transformada y comanditaria simple a co-

manditaria por acciones bajo la denominación de 'Darco, Manjarrés, D'Amato Ltda. y Cía. S.C.A.', con la que actualmente gira, bajo la representación legal del Doctor Hugo D'Amato Bassi, en su carácter de Gerente; y por escritura número 409 de 5 de marzo de 1968 de la Notaría Primera de Cúcuta fue constituida la sociedad 'Gustavo Vela Q. y Cía. Ltda.', reconstituida mediante la escritura número 876 de 27 de abril de 1973 de la misma notaría, sociedad de la que es representante legal su Gerente, Doctor Gustavo Vela Q. Acompaño las certificaciones de Cámara de Comercio que acreditan la existencia, la reforma y la representación legal de cada una de dichas compañías.

"2º El 19 de noviembre de 1971 concurrieron, previos los trámites preparatorios correspondientes, el señor Ministro de Salud Pública, en su carácter de Presidente de la Junta Administradora y representante legal del Fondo Nacional Hospitalario, establecimiento público descentralizado, dotado por ello de personería jurídica propia, autonomía de administración y patrimonio de su pertenencia, instituto adscrito, al Ministerio de Salud Pública; el señor Gobernador del Departamento de Norte de Santander, en representación legal de ese Departamento; y el señor Gerente de la Beneficencia de Norte de Santander y Lotería de Cúcuta, entidad oficial autónoma del referido Departamento, a 'celebrar el contrato para la construcción, dotación y organización del «Hospital Departamental Erasmo Meoz» de Cúcuta', para lo cual dijeron en el documento que para el efecto fue redactado y por ellos suscrito, constituirse 'en sociedad, con el objeto de construir, dotar y organizar el Hospital Departamental «Erasmo Meoz» de Cúcuta, de acuerdo con la forma y características generales contenidas' en ese contrato y a las especificaciones que se determinan en los estatutos y reglamentos que expidiera la Junta Directiva de la sociedad (Cláusula Primera). Para lo cual se pactó que una vez constituido y dotado el Hospital en cuestión, con los aportes descritos en la cláusula tercera, éste 'funcionará de conformidad con lo establecido en los artículos 4º y 7º del Decreto 2130 de 1968' y las partes se comprometen a organizarlo y ponerlo en funcionamiento como 'una unidad técnico-administrativa' regida por las normas estatutarias y reglamentarias que para el efecto deberá producir la Junta Directiva de la sociedad (Cláusula 4ª). Allí mismo fueron dispuestos los siguientes aportes: a) La Beneficencia y Lotería de Cúcuta, $ 4.000.000; b) El Departamento, el producto del 4% de las regalías petrolíferas de la Chevron, estimado para 1972 en $ 1.058.097; y c) El Fondo Nacional Hospitalario 'gestionará anualmente la inclusión en el presupuesto nacional de las partidas necesarias para construcción y dotación' del mencionado Hospital, además de que aportaría el lote de su propiedad en el que habría de ser levantada la edificación. Se integró una Junta representativa de los partícipes y en la cláusula sexta se declaró que 'El Administrador' será el representante legal de la entidad mientras dure la ejecución de la obra y a nombre de ella podrá celebrar contratos en la cuantía que fuere necesaria, previa aprobación de la Junta Directiva y con el lleno de los requisitos exigidos por la Contraloría General de la República. Allí mismo se dispuso lo concerniente a la interventoría de la obra y al control fiscal de los fondos de 'la entidad'.

"3º Sin fecha, pero obviamente antes de su aprobación, el señor Ministro de Salud Pública, el señor Gobernador del Departamento de

Norte de Santander y el señor 'representante legal de la Junta Departamental de la Beneficencia del Norte de Santander', suscribieron un documento que consigna los 'estatutos del Hospital Erasmo Meoz para su etapa de construcción y dotación'. En su artículo 2º se lee que 'el Hospital «Erasmo Meoz» es una asociación creada por el Ministerio de Salud Pública, el Departamento y la Beneficencia del Norte de Santander, para adelantar acciones de promoción, protección y recuperación de la salud en el territorio del Norte de Santander, y se regirá por las normas propias de tales entidades y por las contempladas en los estatutos'. En el artículo 3º se indica que 'la asociación se denominará Hospital «Erasmo Meoz» y su domicilio será la ciudad de Cúcuta...'; en su artículo 4º declara que la compañía, en este punto llamada 'El Hospital', servirá de instrumento administrativo para la realización de programas de integración y regionalización y construir y dotar el Hospital mencionado; y en el artículo 5º se señala que la duración de la asociación será indefinida. En el artículo 6º se consagran los órganos de dirección y administración del Hospital, entre ellos una Junta durante la etapa de construcción del edificio y dotación de sus instalaciones y un administrador. A la primera se atribuyen, entre otras funciones, las de obtener la personería jurídica de la entidad, expedir los reglamentos y nombrar un administrador 'encargado de ejecutar sus decisiones'. Mediante la Resolución número 005318 de 26 de noviembre de 1973, el señor Ministro de Salud Pública impartió su aprobación a los estatutos citados, 'expedidos por las partes que crearon la Asociación Hospital «Erasmo Meoz», con la anotación de que una vez concluida la etapa de construcción y dotación del Hospital se integraría al Servicio de Salud del Norte de Santander, de acuerdo con la política del Ministerio de Salud'.

"4º Previstos los trámites de licitación pública propios del contrato administrativo de obra, la asociación de hecho referida en los numerales anteriores, apersonada por el Doctor Jorge Cristo Sahium en su calidad de administrador de la sociedad para la construcción del Hospital 'Erasmo Meoz' de la ciudad de Cúcuta y obrando en su nombre, debidamente autorizado por su Junta Directiva, según consta en el Acta número 11 del 17 de enero de 1973, y quien desde entonces se llamó 'La Sociedad', como en el cuerpo de esta demanda se la invoca toda vez que de facto operó como tal, celebró con las firmas 'Darco, Manjarrés, D'Amato y Cía. C.S.' y 'Gustavo Vela y Cía. Ltda.', representadas por sus respectivos gerentes y obrando solidaria e ilimitadamente para ese efecto en virtud del consorcio que constituyeron como requisito de adjudicación, el contrato de construcción del Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta. La adjudicación había sido hecha por la Junta Directiva de la referida sociedad de hecho, en sesión del 16 de enero de 1973, ratificada en la sesión siguiente del 6 de febrero del mismo año, según acta de adjudicación número 12 'sobre la construcción del Hospital Meoz de Cúcuta, previo concepto de la Comisión de Asesoría Técnica designada por la sociedad para el estudio de las propuestas y en virtud de haber sido incluido el Hospital en el Plan Hospitalario Nacional por el Fondo Nacional Hospitalario, que delegó en «La Sociedad» la dirección de esa construcción'. El contrato fue adjudicado y autorizado por Resolución número 002 de 8 de febrero de 1973 de 'la Presidencia de la sociedad', que era ejercida por el señor Gobernador y posteriormente aprobado por Resolución Mi-

nisterial número 000826 de 30 de marzo de 1973, firmada por el Ministerio de Salud.

"4.1. En dicho contrato se estipula como 'Objeto. El contratista se obliga a ejecutar para la sociedad, a precios unitarios fijos, en los términos que señale este convenio, todas las obras y suministros necesarios para la construcción general del edificio para el Hospital Erasmo Meoz en la ciudad de Cúcuta' (Cláusula 1ª), conforme a los pliegos y reglamentos de la licitación, los planos y detalles del proyecto que la sociedad suministraría al contratista, las normas de construcción y las especificaciones del proyecto contenidas en los pliegos de licitación, las actas o convenios acordados con la Interventoría durante la vigencia del contrato y los formularios de la propuesta (Cláusula 2ª). La obra inicialmente contratada fue pormenorizada en la cláusula tercera con los respectivos precios.

"4.2. El valor total del contrato inicial fue señalado en la suma de $ 55.983.429.63, que incluia los honorarios pactados en el 8.4% y los imprevistos tasados en el 3.0%, así como el porcentaje para gastos administrativos. Se previó para el caso de necesidad de aumento de las cantidades de obra, la modificación del valor total y del plazo, mediante contratos adicionales cuyo valor no excedería del 50% del valor atrás pactado. Esta cláusula fue adaptada a las modificaciones de la Ley 4ª de 1964 por entonces vigentes, mediante modificaciones y adiciones que serán más adelante puntualizadas.

"4.3. En la cláusula quinta se pactó que la sociedad se obliga a reservar con destino al contrato la suma de $ 20.000.000 tomada de la vigencia entonces actual 'y las demás sumas de que pueda disponer en la presente y próximas vigencias hasta la terminación del contrato'. Y se añadió que 'los pagos quedan sujetos a las apropiaciones presupuestales para la construcción que vaya aprobando La Sociedad'.

"4.4. El plazo originalmente acordado fueron treinta y seis (36) meses contados desde los quince (15) días siguientes a la fecha en la que se comunicara al contratista por escrito que el valor del anticipo estaba a su disposición. Ese plazo se estipuló que sería ampliado si la sociedad no hacía oportunamente las apropiaciones y reservas de fondos para el contrato, si el interventor no entregaba oportunamente los documentos de proyecto y localización de la obra, si los cambios en los planos y especificaciones o las obras complementarias los justificaban y si los pagos al contratista se demorasen más de 45 días contados desde la fecha de presentación de la cuenta respectiva, o si ocurrían demoras en la adquisición de zonas y servidumbres o surgían obstáculos imprevistos fuera del control del contratista (Cláusula 7ª). Y se añadió en el parágrafo que 'en el caso de suspensión transitoria de los trabajos de construcción por no haber sido apropiada la nueva partida presupuestal por parte de la sociedad, el contratista recibiría la suma diaria correspondiente a 9 celadores por concepto de la vigilancia de la construcción suspendida'.

"4.5. El contratista se obligó a otorgar sendas garantías de cumplimiento del contrato, por un equivalente al 8% del valor total del mismo, con vigencia durante el plazo del contrato y 90 días más; de manejo de anticipo, de prestaciones sociales a la liquidación del contrato y de estabilidad de las obras, equivalente ésta al 10% del valor

del contrato por el término de dos (2) años contados desde la liquidación del mismo (Cláusula 8ª). En la cláusula novena se estipularon, como es usual, para el caso de incumplimiento del contrato por parte del contratista, multas y sanciones.

"4.6. La cláusula 11ª estableció la obligación para el contratista de someterse en la ejecución de la obra al programa de trabajo y de inversiones aprobado por el interventor y por el Fondo (se refiere al Fondo Nacional Hospitalario del Ministerio de Salud Pública).

"4.7. Como forma de pago se dispuso que durante los primeros diez (10) días de cada mes el interventor elaboraría actas de recibo de obra para el pago de los trabajos ejecutados en el mes anterior, valorando las cantidades de obra a los precios del contrato y con el ajuste correspondiente, conforme a lo previsto en el contrato y en los Pliegos de Condiciones y el reglamento de la sociedad. Y se añadió que las cuentas de obra debían ser visadas por el Fondo (esto es por el Ministerio de Salud) para su pago (Cláusula 12ª).

"4.8. En la cláusula décimatercera se estipuló que la vigilancia y el control de las obras sería ejercido por el interventor que designara la sociedad con la asesoría del Fondo. Y se previó que las divergencias que surgieran entre el interventor y el contratista serían dirimidas por la sociedad con asesoría del Fondo. Allí mismo fueron definidas las funciones del interventor en relación con el contrato.

"4.9. La necesidad de incorporar al contrato ítems no contemplados en la relación de la cláusula inicial fue cubierta con la previsión de un acuerdo de precios entre las partes.

"4.10. En la cláusula 19ª se pactó que la sociedad reajustaría los precios unitarios en más o menos, a petición de una de las partes cuando en el curso de la ejecución de la obra sobrevinieren oscilaciones en los factores de costos no tenidos en cuenta y los contenidos en los análisis de precios unitarios en los cuales se elaboró el contrato, conforme a la frecuencia, las condiciones y las fórmulas redactados en sus parágrafos en forma bastante imprecisa y ambigua.

"4.11. El contrato previó la terminación o reducción del contrato por decisión unilateral, siguiendo la rutina de redacción de estos documentos y sin considerar el objeto del contrato, pero estableció que se haría por 'La Sociedad de acuerdo con El Fondo mediante resolución motivada' y por aviso anticipado al contratista con 60 días.

"4.12. Dada la forma de contrato administrativo de obra adoptada, fue incluida la cláusula de caducidad de rigor (21ª).

"4.13. En la cláusula 22ª se estipuló que cuando el contrato terminara por cualquier causa, la sociedad de acuerdo con el Fondo haría la liquidación del mismo, con un balance final de la cuenta del contrato y los documentos allí previstos. Y previó que si el contratista no entregare los documentos exigidos en el término de 60 días 'contados desde la terminación del plazo del contrato' la sociedad procedería a hacer la liquidación de oficio y mediante resolución motivada imponer multas sucesivas.

"4.14. Cláusula Compromisoria. En el texto de la cláusula 23ª muy deficientemente redactada por las entidades oficiales concurrentes como el resto del contrato, se lee: 'Las partes acuerdan que las diferencias de orden exclusivamente técnico que tengan origen en éste contrato y sobre las cuales no puedan llegar a un arreglo o transacción serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento, de conformidad con la Ley 2ª de 1938 para lo cual cada una de ellas nombrará el árbitro respectivo...'

"4.15. Finalmente se sometió el contrato para su validez a la aprobación del Fondo Nacional Hospitalario del Ministerio de Salud Pública".

"5º Redactado el contrato con visibles fallas, imprecisiones y errores jurídicos tales como los contenidos en la cláusula 23ª el consorcio contratista procuró por todos los medios persuasivos a su alcance una reforma del texto en orden a precaver el sinnúmero de dificultades de ejecución y desacuerdo de interpretación que podían esperarse, pero todos sus esfuerzos chocaron con la actitud dogmática y suficiente de los representantes de las entidades oficiales asociadas y de su asesor jurídico, que dieron en imponer e impusieron el texto anotado, a pesar de soluciones jurídicas presentadas, incluso, por la Contraloría General de la República y por los interventores.

"6º Obstinado en su previsión, el consorcio insistió algunos meses después de iniciada la ejecución del contrato, en una modificación de la cláusula veintitrés, no solamente para corregir el abultado yerro de la referencia del arbitramento a la Ley 2ª de 1983 expresamente derogada por el Código de Procedimiento Civil que ya llevaba varios años de vigencia, sino para definir que, tal como estaba autorizado por la Ley 4ª de 1964 entonces vigente, el arbitramento debía quedar previsto en el contrato para la solución de los diferendos jurídicos susceptibles de transacción que por este medio no pudieran ser salvados, ocurridos en el desarrollo del contrato o a su terminación y liquidación, omitiendo la restricción de su alcance que aparecía en su texto a las diferencias de orden técnico que no eran pertinentes para el caso. Posteriormente insistió el mismo consorcio en sus apreciaciones, pero en todo caso el administrador de la sociedad respondió negativamente esa razonable solicitud, con fundamento en el concepto de su asesor jurídico oficial de aquella época y de ahora, que por ese tiempo opinaba que no era necesaria la enmienda porque se entendía que la referencia a la ley derogada lo era implícitamente a la legislación vigente y que cuando se mencionaba la restricción para los diferendos de orden técnico se entendía que eran ellos técnico-jurídicos. Pero en últimas, el administrador de la sociedad y el señor asesor jurídico de la misma, cambiaron su criterio para eludir la convocatoria del tribunal de arbitramento, como más adelante se dirá.

"7º En desarrollo del contrato, el consorcio contratista tropezó con un sinnúmero de problemas y dificultades que entorpecieron sensiblemente la ejecución de la obra, la frenaron decididamente y por último la cortaron, entre ellas las siguientes:

"a) Aunque los pliegos de condiciones hablaban del anticipo del 20% que para esta clase de obras es indispensable por los elevadísimos costos de instalación (campamentos, transporte de equipos y su instalación, limpieza, drenaje, fundación, etc.) y de acopio de materiales para la oportuna ejecución del programa, resultó que no existían fondos para ese porcentaje y los contratistas hubieron de plegarse al doce por ciento (12%) del valor inicial del contrato por concepto de dicho anticipo. La fijación de ese porcentaje supuso, de suyo, prolongadas conversaciones; y la reducción del anticipo a tan reducido porcentaje mermó considerablemente el ritmo de la obra, desde su comienzo.

"b) El contrato de interventoría fue adjudicado, a su vez, a un consorcio formado por la compañía Idesco Ltda. y el ingeniero Hugo Alfonso Ríos, la primera domiciliada en Bogotá y El Espinal, el segundo en Cúcuta. El Director de Interventoría fue el Doctor Francisco Escobar, radicado en Bogotá y El Espinal y el Doctor Ríos apenas actuó esporádicamente. Pero Idesco Ltda. resultó ser una firma perseguida judicialmente por la Caja de Crédito Agrario, afectada por la caducidad de un contrato de obra pública en El Espinal y en tal situación financiera que a poco de iniciada esta interventoría entró en concordato formal. Entonces cerró u ocultó las oficinas de Bogotá y el Director de Interventoría, Escobar, se fue a una finca en El Espinal, donde había que buscarlo para la firma de las actas. Y aunque es verdad que la sociedad del Hospital recibió circular del Ministerio de Salud para que excluyera a Idesco Ltda. del contrato de Interventoría, esa exclusión no fue hecha y el contrato hubo de continuar hasta su conclusión con la misma sociedad como interventora. Sobra enfatizar los graves, permanentes y dañinos trastornos que esta situación generó a todo lo largo del contrato. Toda vez que, montada la obra sobre un trípode funcional de: 1) Contratista, 2) Recursos de la Sociedad, 3) Interventoría, de entrada falló esta tercera base y por ende obstruyó la segunda, que también por su lado fue irregular, tardía e insuficiente, para dejar, así, la suerte de la obra sobre los hombros del consorcio contratista.

"c) Desde la primera acta hubo notable retardo en su pago y por ella no fue liquidado ni cubierto reajuste, pese a su dilación. Y con la segunda acta mensual de obra empezó el viacrucis que éste contrato supuso para los contratistas. Fue así como los reajustes correspondientes a esa segunda acta que fue formalizada el 30 de junio de 1973, solamente fueron pagados el 24 de junio de 1975, vale decir dos años después.

"d) Habiendo sido redactada la cláusula de reajuste del contrato en forma ambigua y antitécnica, la Interventoría dio en tramitar y estudiar modificaciones de las fórmulas, debido a lo cual fue suspendida la tramitación de las fórmulas que con sujeción al contrato iban estando en curso, hasta el extremo de que las entidades demandadas y la Interventoría acumularon veinte (20) actas mensuales, por problema de falta de comunicación y entendimiento entre sí. Y es que una vez elaborada el acta y firmada por el interventor residente en Cúcuta, era necesario enviarla al Director de Interventoría en Bogotá o en El Espinal o en una finca —donde fuese posible hallarlo, lo que resultaba cada vez sumamente difícil—; y cuando por fin quedaba aprobada el

acta por el Director de Interventoría —más dado a obstaculizarla que a evacuarla con agilidad, al parecer para justificar su contrato—, pasaba el acta al Fondo Nacional Hospitalario donde sufría las consecuencias de la anotada falta de comunicación y de las diferentes interpretaciones del contrato; el Fondo adoptaba, por lo común, la actitud de silencio y quietud como su mejor posición, bien fuera por motivo de diferencias con el interventor, ya por carencia de recursos financieros y presupuestales, y así era sometido el contrato en sus actas mensuales al sistema de inmovilidad. Y cuando por fin se lograba mediante múltiples y costosas gestiones de los contratistas remover esa pasividad y concretar todas las manos que del otro lado operaban en las actas, éstas volvían a Cúcuta, donde eran sometidas a nuevas dificultades, trabas y dilaciones antes de la ejecución de su pago.

"e) Cuando apenas se iniciaban las obras del Hospital, fue suspendido el suministro de agua para el lote de terreno en el que se asentaba, por las Empresas Municipales de Cúcuta, debido a diferencias o enfrentamiento lugareños del Gerente de esa entidad con el administrador de la sociedad del Hospital. Esa suspensión llevó más de dos meses.

"f) También desde el comienzo se hizo evidente que 'La Sociedad' carecía de los recursos necesarios para atender a la totalidad de la obra, pero ni siquiera para cubrir oportunamente el valor de las actas levantadas en desarrollo del programa de obra por ella misma aprobado y del plazo previsto en el contrato. Esto obligó a los contratistas a arbitrar cuantiosos préstamos bancarios y extrabancarios, por largos períodos, entre ellos costosos sobregiros, cartas de crédito, etc., para financiar los pagos de salarios y demás obligaciones laborales, la cancelación de facturas a proveedores, la compra de nuevos materiales, etc., comoquiera que sus obligaciones contractuales y su responsabilidad les imponían la continuación de los trabajos, que no podían quedar expuestos a la irregularidad del flujo de fondos de las entidades demandadas.

"g) El pago de las cuentas era, además de moroso, desordenado y arbitrario o acomodado a las menguadas disponibilidades del Fondo Nacional Hospitalario. Era así como la sociedad las fraccionaba, seleccionaban las cuentas más pequeñas, algunas veces ulteriores a las de obra pendiente varios meses de pago. Sobra decir que ese desorden causaba severos trastornos a los contratistas y se reflejaba, inevitablemente, en la ejecución de la obra. Si a ello se añade que cuando las actas llegaban de nuevo a la sociedad para su pago, había que esperar a que se reuniera la Junta y aprobara un contrato o presupuesto adicional para autorizar los pagos de las actas acumuladas y que esa reunión a menudo se obstaculizaba por causa de los múltiples y constantes problemas políticos del lugar, se confirma que éste fue un contrato concebido con obligaciones para los contratistas pero llevado con la más impresionante ligereza y falta de responsabilidad por las entidades asociadas de la otra parte.

"h) En el mes de julio de 1975 la Interventoría dio orden de paralizar sustancialmente las obras por motivo del cambio en los planos generales y específicos. Así fue determinado un receso a los contratistas, para los que, por su parte, no cesaban sus obligaciones para con

su personal y para con los proveedores, y en esa situación de semiparálisis llegó el mes de mayo de 1976, cuando se venció el plazo inicialmente pactado en el contrato. Y concluyó la que me permito denominar 'primera etapa' de este problema.

"8º Debido a esa misma situación, las entidades demandadas, a través de la 'Sociedad', determinaron la prórroga del contrato por veinticuatro (24) meses. Y los contratistas se vieron obligados —no sin protestar— a sufragar todos los gastos legales y administrativos requeridos para esta prórroga que, insisto, no era motivada por necesidades intrínsecas del contrato o de la obra sino exclusivamente por la indolencia, el desorden y el incumplimiento del contrato por parte de la referida 'Sociedad'. Así se inició la *'segunda etapa'* del contrato. Y en ella cabe destacar las siguientes fallas imputables en su totalidad a la sociedad:

"a) Todavía hubo de continuar la parálisis de la obra durante un año aproximadamente, por falta de los nuevos planos, que solamente fueron entregados el 7 de marzo de 1977. Pero los nuevos planos suponían no solamente cambios en las obras pendientes de ejecución, sino también modificaciones en la obra ya ejecutada, que en varias partes hubo de ser demolida, no por defectos de construcción —como que ya había sido recibida a satisfacción— sino para adecuarla a los nuevos diseños arquitectónicos. Los gastos de esa demolición no fueron en oportunidad reconocidos y pagados y solamente en la denominada 'acta final' vinieron a quedar incluidos, varios años después de cuando fueron causados.

"b) Durante esta segunda etapa fue dispuesta a mano fuerte una retención del anticipo extraña al contrato, en realidad como una forma de apresurar su devolución para aliviar las estrechas disponibilidades financieras de 'La Sociedad' y de disminuir de facto los pagos de las actas al consorcio.

"c) Pero durante todo el tiempo de la segunda etapa se alentaba por parte de la sociedad la expectativa de la pronta resolución del problema de los planos, que finalmente se entregaron —como se anotó— en marzo de 1977; o de la resolución del problema financiero, para lo cual la sociedad se comprometía al pago de las cuentas adeudadas, en tanto que exigía al contratista la reanudación de los trabajos con base en nuevos presupuestos programas de inversiones en los cuales se incluían imaginarias partidas fijas mensuales y de inversiones con abonos periódicos de todas las cuentas retrasadas y de las nuevas, que finalmente no se cumplían por la sociedad y dejaban, en cambio, cada vez más endeudado al consorcio contratista, con los trabajadores, los proveedores, los bancos y hasta los acreedores extrabancarios a los que tuvo que acudir. Pero eso sí, mientras eso ocurría los miembros de la sociedad y sus dirigentes entretenían a la opinión pública con la difusión de nuevas promesas de apropiaciones y mostraban los nuevos avances obtenidos por los trabajos del contratista, sin tomar en cuenta que en esa forma colocaban a éste en mayores aprietos con sus acreedores que apremiaban el pago de sus créditos creyendo la palabra de las entidades públicas tan ligera como reñida con la realidad. Y se exigió así una permanente y total disponibilidad del consorcio y de cada uno de sus miembros con su personal de administración, técnicos de base,

equipos, etc., para la reiniciación de la obra de acuerdo con ese generoso nuevo impulso profusamente anunciado, como que las entidades demandadas encontraban que era ese el camino fácil para hacer creer a la opinión pública que el Hospital sería prontamente terminado.

"Más aún: En vista de tan tremenda situación de parálisis de sus actividades, los contratistas trataron en esta segunda etapa de poner a funcionar los equipos que en el Hospital estaban inmovilizados, en el transporte de material para su uso en otras obras, en orden a aliviar los efectos negativos del ocio forzado al que estaban sometidos, pero este intento les fue de inmediato frustrado por la sociedad que impidió la utilización supletoria de los equipos. Y no obstante, redujo las actas mensuales al mínimo, mientras los contratistas conservaban la plenitud de los gastos de sostenimiento de sus empresas para la pronta reanudación de trabajos anunciada.

"d) Por supuesto, durante esta nueva etapa continuaron las irregularidades en los trámites de las actas que, incluso, se agravaron por problemas de organización de la sociedad que tenía a su cargo la interventoría que clausuró sus oficinas en Bogotá por causa de sus deudas y embargos, y por la multiplicidad de querellas burocráticas en la administración del Departamento de Norte de Santander, que de inmediato se traducían en nuevos retardos e ineficiencia de la sociedad para atender lo de su resorte. El administrador era de tiempo ocasional y sus funciones eran asignadas por funcionario público de otro cargo o el administrador era llevado a otras funciones, etc.

"e) En el mes de marzo de 1978 dio orden la Interventoría de suspender totalmente las obras y declaró la sociedad que en ese momento se daba por terminado el contrato, lo que hizo antes del vencimiento del plazo prorrogado. Y así concluyó la *segunda etapa* en un creciente marasmo por parte de las entidades demandadas y en un ambiente de órdenes y criterios contradictorios, cambiantes y más caracterizados por su ligereza e irresponsabilidad que por su seriedad. La orden de suspensión correspondió a decisión unánime de la Junta Directiva de la sociedad, reunida el 10 de marzo, de proceder a la liquidación total de la obra, como consta en el acta respectiva.

"9º Se inició en esa forma la *tercera etapa* del contrato, denominada de liquidación final. En ella debo subrayar los siguientes hechos:

"a) Pese a la solicitud persistente de los contratistas a la Interventoría para que midiera la obra total pendiente, ésta la omitió hasta el mes de diciembre de 1978, cuando por fin atendió a esa su obligación.

"b) El 12 de julio de 1978 el señor administrador de la sociedad requirió a los contratistas para que concurrieran a la liquidación conjunta o bilateral del contrato. Y les advirtió que de no hacerlo procedería a la liquidación oficiosa, todo ello desestimando los planteamientos de los contratistas que impedían esa liquidación. Los contratistas le respondieron recordando que el contrato administrativo puede terminar: a) Ordinariamente y regularmente por agotamiento de su objeto y vencimiento de su plazo; b) Ordinaria e irregularmente, por vencimiento de su plazo sin agotamiento de su objeto; y c) Extraordinariamente, en cuyo caso caben estas distinciones: 1) Por determinación unilateral, adoptada con el lleno cabal de la totalidad de las formas

previstas en el contrato (Cláusula 20ª); 2) Por declaratoria de caducidad en cualquiera de los eventos señalados en el mismo contrato y en la ley; 3) Por convención de las partes; 4) Por ruptura unilateral e incumplimiento de la parte estatal.

"c) Al promediar la tercera etapa, se acordó entre las partes la adopción de un mecanismo ágil para ventilar en forma práctica las diferencias que entre ellas habían surgido o pudieran ocurrir, presentada por la sociedad como de liquidación del contrato, fórmula consistente en la designación de una 'comisión negociadora' dotada de amplias facultades para transigir esas diferencias, fueran ellas de orden técnico por medidas de obra, etc., ya de carácter financiero. Sin dilación procedió el consorcio contratista a nombrar sus personeros en la comisión y le atribuyó irrestrictas facultades. La sociedad también hizo la designación de su parte y la comisión empezó a operar, pero cuando apenas daba los primeros pasos se desintegró por los cambios acaecidos por aquel tiempo en la administración de la sociedad y del Departamento de Norte de Santander. Fue reintegrada posteriormente la comisión por las entidades oficiales, pero esta vez no se reunió, por cuanto sorpresivamente el Departamento y la sociedad abandonaron el mecanismo de la comisión negociadora y decidieron dar por finiquitado el contrato sin intervención del consorcio, mediante la elaboración por parte de aquella de un acta que dio en llamar 'liquidación oficiosa'. De ese acto del señor administrador le notificó al consorcio que podía interponer recursos administrativos, y aunque aquello no llenaba los requisitos formales del acto administrativo, hecha la salvedad de parte de mis poderdantes sobre esta nueva forma irregular de tratamiento de lo jurídico por parte de la sociedad, interpusieron los recursos de reposición y apelación subsidiaria, el segundo de los cuales apareció desatado mediante resolución sin número que negó la solución por acuerdo y concluyó confirmando la liquidación oficial y declarando agotada la vía gubernativa, 'dejando la viabilidad a las partes de acudir a la jurisdicción arbitral para dirimir sus diferencias, como ya lo invocó el representante legal (sic) del consorcio contratista, Doctor Gustavo Vela Q. en comunicación del 19 de abril de 1979 mencionada en esta misma providencia', según reza su texto.

"d) Convencidos mis representados de que el arbitramento que en el contrato inicial fue pactado era y es apropiado legalmente para dirimir las discrepancias de terminación y liquidación del mismo contrato, se aprestaron para entregar a esa solución arbitral sus disensiones, una vez cerradas por las entidades demandadas las puertas del arreglo transaccional.

"e) Concretadas las partes sobre la interpretación de la cláusula arbitral o compromisoria y convocadas al arbitramento por resolución de la Junta Directiva de la sociedad, ésta postuló al Doctor Luis Roberto Parra Delgado como árbitro y los contratistas acogieron su nombre sin reserva ni demora, a la vez que postularon para el mismo efecto al Doctor Jorge Fernández Santamaría y recibieron de la sociedad varias notas de acuerdo también sobre este nombramiento, lo que suponía que esos dos árbitros habían sido designados por avenimiento de las partes. Poco después fueron los contratistas citados por el señor Gobernador a reunión para poner en marcha el arbitramento, pero esa reunión no pudo ser hecha por problemas de la Gobernación, como

tampoco otra citada en día posterior. Así las cosas y cuando aumentaba la preocupación de los contratistas por el paso del tiempo y la sucesión de trabas y dificultades nacidas de problemas ajenos al contrato y principal o exclusivamente determinados por los múltiples cambios administrativos del Departamento de Norte de Santander y de 'La Sociedad', que impedían concretar cualquier reunión para presentar y concretar los asuntos que habrían de ser sometidos a arbitramento, recibieron el 20 de noviembre de 1979 un cablegrama suscrito por el señor secretario de la Junta Directiva de la sociedad, que notificaba la convocatoria de una nueva reunión para el 27 de noviembre siguiente, 'fin redactar acta concrete diferendo con sociedad constructora Erasmo Meoz e instalar Tribunal de Arbitramento', según reza su texto, cable que fue respondido confirmando la reunión para 'redactar acta concrete diferendo', toda vez que sin ella no habría bases para la instalación del Tribunal. Esa reunión fue efectuada. Pero ninguno de los múltiples representantes de las entidades demandadas que concurrieron, llevó proyecto pero siquiera ideas de concreción del diferendo y el señor asesor jurídico de la sociedad explicó que dicho diferendo se encontraba en toda la correspondencia cruzada entre las partes durante los varios años del desenvolvimiento del contrato y que el motivo de la citación era la instalación del Tribunal de Arbitramento. En cambio, los demandantes presentaron por escrito los puntos que por su parte habrían de ser sometidos a la decisión de los árbitros. Pero los personeros y voceros de los demandados se abstuvieron de considerar el escrito de aquellos, y apenas se allanaron a la firma de un cablegrama dirigido a los señores árbitros en el que se les encarecía su pronta reunión. En esa forma los asistentes por parte de los demandados eludieron la concreción del diferendo.

"f) Con estupor recibieron luego los contratistas un cable fechado el 6 de diciembre de 1979, enviado por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, en el que, transcribiendo un mensaje del Fondo Nacional Hospitalario, ordenaba suspender la instalación del Tribunal de Arbitramento, como si ese procedimiento estuviese a merced de las decisiones unilaterales y cambiantes de la sociedad.

"g) Por último el 12 de enero del año en curso fue enviada por el nuevo administrador de 'La Sociedad' una comunicación en la que expresa que la Junta Directiva de la sociedad determinó unánimemente, que es inconveniente e ilegal la convocatoria del Tribunal de Arbitramento en este caso, por cuanto la cláusula compromisoria está contraída a 'los diferendos de orden exclusivamente técnico'; que hacer extensivo el arbitramento 'a cuestiones administrativas', implica una modificación del contrato inicial, que la sociedad no acepta; que el Tribunal Superior de Bogotá tiene por nulo el nombramiento de árbitros en la forma como en este caso se ha hecho; y que los contratistas han de estarse a lo dispuesto en el acta de liquidación oficiosa, como única posición jurídica de 'La Sociedad'. En esta forma quedó sin piso el arbitramento, si se considera que por la ambigüedad y la deficiencia de la cláusula compromisoria contenida en el contrato, solamente el acuerdo de las partes podía despejar equívocos y dar solidez suficiente a la competencia de los árbitros para decidir los asuntos sometidos a controversia.

"h) Simultáneamente fueron notificados los contratistas de que serían tenidos como ocupantes de hecho de la obra en construcción y que como tales serían arrojados de ella. Efectivamente, con la intervención de un inspector de Policía que atendía las órdenes del señor Gobernador, fueron lanzados los contratistas de la obra, sin que ésta les hubiese sido formalmente recibida y pagada, todo lo cual fue hecho con gran despliegue de publicidad y ostentación de poder y con grave perjuicio para las sociedades del consorcio, pero como la forma de consumar por vía de facto el manejo del contrato así acostumbrado por las entidades demandadas.

"10 Pero todo fue haber salido los contratistas de la obra, para que aparecieran los recursos por aportes abundantes de los codemandados para la reanudación de la misma, que de inmediato fue sacada a licitación por el sistema de administración delegada y adjudicada a la firma 'Alfredo Vargas Ramírez', que fue encargada de la conclusión del edificio y de sus instalaciones, esto es de la parte del contrato que por la ruptura unilateral estaba pendiente y que había sido impedida a los demandantes por la colusión de los recursos necesarios a la que fueron sometidos.

"11 Cerrada la solución arbitral por la excluyente interpretación que en últimas vino a primar en 'La Sociedad' y en los demandados, los contratistas acuden a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en juicio de responsabilidad contractual contra las entidades codemandadas, que por su asociación de hecho para la constitución de una sociedad que nunca formalizaron de descentralizarla e integrarla como persona jurídica con existencia propia, se hicieron solidariamente responsables frente a terceros".

## II

### *Alegato presentado por el apoderado de la parte actora*

En veintisiete páginas visibles a folios 259 y siguientes del cuaderno número 1, el apoderado de la parte actora hace una presentación del *petitum* y de la *causa petendi* y bajo el rubro "LA PRUEBA", afirma: "Me haría innecesariamente extenso si entrara al análisis de la prueba testimonial lograda en el proceso, que confirma a cabalidad los hechos de la demanda, pero especialmente de la documental allegada. Impresionantes de suyo, porque parecen esos elementos, compendio de todas las fallas e irregularidades en las que suele incurrir la administración pública. La prueba demuestra que todos a una, como en Fuenteovejuna, pero procurando cada uno de los muchos y más funcionarios que en el asunto quisieron, poner mano negativa, hicieron lo que su imaginación o la de sus asesores les indicaba para entrabar el contrato y entorpecere la obra, incumplir lo pactado y crear situaciones rayanas con el Código Penal, para dejar el paso al nuevo contratista, Doctor Vargas Ramírez".

Hace luego consideraciones de orden jurídico sobre la bilateralidad del contrato y las consecuencias jurídicas que de ello se desprenden; respecto del contrato de empresa y la presentación que a éste le da el

profesor Alessandri Rodríguez, prosigue haciendo consideraciones respecto de las denominadas obligaciones de esfuerzo para entrar luego a comentar la denominada simetría contractual, el *ius variandi;* la filosofía que debe informar el cumplimiento contractual, etc.

No obstante la seriedad del estudio presentado, la Sala no lo transcribe ni se ocupa de estudiarlo a fondo, porque el aspecto procesal que determinará el fallo inhibitorio la releva de ello.

## III

### *Alegato presentado por el apoderado del Departamento Norte de Santander y de la Beneficencia del mismo Departamento*

El apoderado de las entidades enlistadas bajo el rubro presentó su alegato de conclusión el cual obra a folios 287 y siguientes del cuaderno número uno. En él solicita que se denieguen las súplicas de la demanda y para fundar su pedimento discurre de la siguiente manera:

"*Primero.* Caducidad de las acciones administrativas.

"El contrato celebrado entre las sociedades demandantes y la sociedad para la construcción del Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta se extinguió, por vencimiento de su término, el día 3 de mayo de 1978 (Ver contrato y adiciones).

"La liquidación oficiosa del mismo contrato se elaboró el 25 de abril de 1979 y quedó en firme el 31 de mayo de 1979 (Ver copias de las actas de la Junta de la Sociedad, anexo número 1).

"La reforma de la demanda fue presentada ante el H. Tribunal de Cúcuta el día 11 de julio de 1981, esto es, cuando ya habían transcurrido más de tres años de terminación del contrato.

"Nunca se intentó acción de nulidad contra la liquidación oficiosa del contrato, o se demostró haberla intentado".

"*Segundo.* Arbitramento.

"El contrato prevé que las diferencias entre las partes serán sometidas a un Tribunal de Arbitramento; sin embargo, se ha intentado una acción diferente, originándose así una nulidad de orden procesal: incompetencia de jurisdicción".

"*Tercero.* Indebida representación de las partes.

"Del texto del contrato se deduce inequívocamente que el contratante fue la denominada Sociedad para la Construcción del Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta.

"En el anexo uno (1), folio 2, aparece un certificado expedido por la Gobernación del Norte de Santander según el cual la Sociedad existe, tiene personería jurídica y representante legal; sin embargo, ninguna constancia procesal existe de que ella, la Sociedad, haya sido demandada o notificada de la admisión de la demanda".

"*Cuarto.* Nulidad del contrato.

"En primer escrito dije lo que hoy reitero:

"Entre tales leyes se encuentran aquellas que se refieren a los contratos de obras públicas, y, si alguna obra pública existe, es, precisa-

mente, la construcción de un hospital; por tanto, para la suscripción del contrato que ha dado base al presente proceso se han debido tener en cuenta y cumplir estas leyes.

"Dadas la época y la cuantía original del contrato, más de cincuenta y cinco (55) millones de pesos para su validez este convenio requería:

"a) Firma del Ministerio del ramo;

"b) Concepto del Consejo de Ministros;

"c) Firma del Presidente de la República;

"d) Aprobación del H. Consejo de Estado; y

"e) Publicación en el Diario Oficial.

"No habiéndose cumplido ninguno de estos requisitos, el contrato es nulo absolutamente.

"A lo anterior agregué:

"Esto es tan claro, que en el contrato celebrado entre el Ministerio de Salud y el Instituto de Seguros Sociales en mayo de 1980, adjunto en fotocopia y solicitado como prueba, se lee:

"*Quinta. Celebración de contratos del Fondo Nacional Hospitalario.*

"Todos los contratos que se celebren con recursos del Fondo Nacional Hospitalario serán suscritos por el Ministro de Salud y deberán someterse a los requisitos generales que para la construcción administrativa prevén las normas legales.

"*Como conclusión* de todo lo anterior, el Honorable Consejo debe dar aplicación a las siguientes disposiciones legales:

"a) Artículo 189 del Decreto 150/76;

"b) Artículo 1741 del Código Civil; y

"c) Artículo 2 de la Ley 50 de 1936".

"*Quinto.* Excepción ya propuesta.

"Antes de que el suscrito conociera de la existencia de la Sociedad para la Construcción del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, en el mismo escrito, presentó la siguiente excepción:

"Se basa la impugnación en los siguientes argumentos:

1/. Nulidad absoluta del contrato. Explicada en el capítulo anterior.

2/. Subsidiariamente del anterior, se afirma que las entidades impugnadoras no tienen responsabilidad alguna de los actos señalados por el demandante como violatorios de la ley, si lo son, por cuanto:

"a) No suscribieron el contrato base de la acción;

"b) Dada la inexistencia de la 'Sociedad para la Construcción del Hospital Erasmo Meoz', no puede existir solidaridad alguna entre quie-

nes figuraron en el 'documento' (o papel, mejor dicho) por medio del cual se creyó formarla;

"c) En la medida en que se suscribieron actas parciales, la responsabilidad del contratante fue desapareciendo por las partes pagadas; así, se fueron consolidando situaciones hasta llegar al momento en el cual se dio por terminado el contrato, POR VENCIMIENTO DEL TERMINO PACTADO, y además, con respaldo en la cláusula vigésima del contrato, y se procedió a la liquidación del mismo;

"d) La liquidación final del contrato no fue impugnada oportunamente por el demandante, en forma tal que hoy no es oportuna su demanda.

"Otra cosa, y muy distinta, es que hubiera recurrido ante la justicia contencioso administrativa, después de agotar la vía gubernativa, y dentro del término previsto por la ley.

"De este punto, lógicamente, surge la excepción de caducidad".

"*Sexto.* Excepción actual.

"Ahora, conociendo la existencia de la Sociedad, la validez de la excepción sigue en pie y aumenta, pues de la lectura del contrato aportado por los demandantes y del resto de la documentación, se desprende que de existir alguien que deba responder a los demandantes es, precisamente, la Nación o la sociedad, y en ningún caso el Departamento o la Beneficencia".

## IV

### *Concepto fiscal*

La Fiscal Segunda de la Corporación, Doctora Edne Cohen Daza, en la parte pertinente de su vista fiscal destaca:

"El contrato de mayo 3 de 1973 por el cual se reclama, y del cual hay copia al folio 16 y ss. del Cuaderno número 1, aparece suscrito por Jorge Cristo Sahium en su calidad de *Administrador* de la 'Sociedad para la Construcción del Hospital Erasmo Meoz' de la ciudad de Cúcuta. No dice cosa distinta a esa, ni pretende el contratante estar representando al Departamento del Norte de Santander, o al Fondo Nacional Hospitalario, ni a la Beneficencia.

"A simple vista pues, no existe identidad entre el ente que suscribe el contrato y las entidades que aparecen demandadas.

"Si la explicación que se da en la demanda, en relación con la existencia de la Sociedad de hecho y sobre la integración o constitución de la llamada Sociedad para la Construcción del Hospital Erasmo Meoz, es o no cierto, es cuestión que ha debido probar en el presente juicio la parte demandante, lo que no hizo.

"A la demanda no se acompañó ningún documento que permitiera establecer que existió o existe la mencionada Sociedad, su forma de constitución, quiénes la conforman, etc. Se presume, que si a la fecha en que se suscribió el contrato —mayo de 1973— aparece firmado el

llamado administrador de la Sociedad, era porque tenía facultades para hacerlo y porque obviamente existía desde el punto de vista legal, la mencionada sociedad. Para el año 1973 ha debido estar pues constituida esa persona jurídica capaz de asumir obligaciones y capaz de ser sujeto de derecho.

"Se observa, que a folio 6 del cuaderno número 1 aparece una copia informal de los estatutos del Hospital Erasmo Meoz, en donde se dice que el *Hospital* es una Asociación, pero que en todo caso no corresponde tampoco al ente que suscribió el contrato.

"De las pruebas que fueron aportadas por el Departamento del Norte de Santander y que están en el anexo número 1, aparece en el folio 2 de ese cuaderno, una certificación expedida por la Dirección de Justicia del Departamento en la cual se lee: 'Que la entidad denominada Sociedad para la Construcción y Dotación del Hospital Departamental Erasmo Meoz Soto tiene su Personería Jurídica otorgada por medio de la Resolución número 024 de marzo 14 de 1972.

" 'Que su representante legal es el señor Luis Enrique Rodríguez Duarte como Administrador debidamente inscrito'.

"La anterior certificación aclara en parte las dudas. Al menos con ella se logra saber que la mencionada Sociedad existe y que tiene reconocida personería jurídica desde 1972. Resta saber la naturaleza del ente, quiénes o qué personas naturales o jurídicas la integran, etc., etc.

"Como ya se dijo, de las pruebas que aparecen en el expediente no se puede deducir que la Nación, el Departamento del Norte de Santander, o la Beneficencia y Lotería de Cúcuta, estén obligados a responder a las peticiones de los contratistas, actores en el presente juicio; pues el origen de las reclamaciones que se hacen tienen su causa en el contrato de mayo 3 de 1973 que fue suscrito por una 'Sociedad', persona ésta distinta a los entes demandados y la que no fue llamada a responder en la demanda.

"En consecuencia, en el presente caso no quedó plenamente establecida la legitimación pasiva de los entes demandados, lo que impide un pronunciamiento de fondo.

"Por lo anteriormente expuesto, esta agencia del Ministerio Público, se permite solicitar a la Honorable Sala, se declare inhibida para decidir el problema planteado".

## V

### *Consideraciones de la Sala*

a) Como fuera de las excepciones propuestas por el apoderado del Departamento de Norte de Santander y la Beneficencia del mismo Departamento éste planteó el aspecto relacionado con la legitimación en la causa por pasiva al predicar que: "...las entidades impugnadoras no tienen responsabilidad alguna de los actos señalados por el demandante como violatorios de la ley...", por cuanto no suscribieron el contrato base de la acción, se impone el estudio previo de este aspec-

to, con el fin de definir si encuentra apoyo probatorio dentro del proceso, lo cual, como es apenas natural, determinaría una decisión absolutoria.

b) El acto jurídico cuestionado obra a folios 16 y siguientes del cuaderno número 1 y aparece suscrito el día 3 de mayo de 1973 por el administrador de la Sociedad para la Construcción del Hospital "Erasmo Meoz" de la ciudad de Cúcuta, cuya existencia legal se acreditó con la certificación expedida por la directora encargada de la Dirección de Justicia del Departamento Norte de Santander, que a la letra reza:

"Que la entidad denominada Sociedad para la Construcción y Dotación del Hospital Departamental Erasmo Meoz Soto tiene personería jurídica otorgada por la Resolución número 024 de marzo 14 de 1972.

"Que su representante legal es el señor Luis Enrique Rodríguez Duarte como Administrador debidamente inscrito".

No obstante esta realidad, desconoce el despacho qué personas naturales o jurídicas se hayan asociado para darle vida jurídica a ese centro de imputación de conducta, lo cual explica que sobre su naturaleza ora de derecho privado, ora de derecho administrativo, tampoco se haya hecho ninguna claridad o precisión. Es verdad que a folios seis (6) y siguientes del cuaderno número 1 aparece un documento, en fotocopia sin autenticar, de cuya lectura se desprende que el señor Ministro de Salud Pública y Presidente del Fondo Nacional Hospitalario; el señor Gobernador del Departamento Norte de Santander; y la Junta Departamental de Beneficencia del mismo Departamento, decidieron crear la Asociación para la construcción y dotación del referido hospital, pero esta prueba no puede ser apreciada por el sentenciador por carecer de los requisitos exigidos por los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil. Lo propio cabe predicar de los documentos que obran a folios 10, 11, 12, 13, 14, 15 del mismo cuaderno.

c) La demanda, como se aprecia de su simple lectura, no está dirigida contra la persona jurídica anterior, esto es, contra la que firmó el contrato *sub júdice,* sino contra una sociedad de hecho, que tampoco se demostró quiénes la integran, por el enfoque probatorio que se hizo en el literal anterior. En efecto, en la parte introductoria de la misma se impetran condenas para "...las sociedades demandadas, como integrantes de la sociedad de hecho denominada 'Sociedad Constructora Hospital «Erasmo Meoz»' o 'Sociedad para la Construcción del Hospital «Erasmo Meoz»' de Cúcuta, por tales entidades compartida..." Esta realidad se vuelve a recoger en los puntos primero, segundo y tercero del *petitum,* donde en su orden se precisa:

"Que las entidades demandadas, al haber concurrido a formar una sociedad de hecho, son solidariamente obligadas en sus relaciones contractuales..."

"...el complejo contractual de obra pública celebrado para la construcción del Hospital Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta por los demandados asociados de hecho..."

"...el contrato en cuestión en sus adiciones, fue incumplido por los entes demandados, a través de la sociedad de hecho por ellos compartida..."

Dentro del marco anterior se tiene, pues, que el contrato aparece suscrito por una persona jurídica que tiene existencia legal, aunque su real naturaleza jurídica la desconozca el sentenciador, y la demanda se proyecta contra un centro de imputación de conducta plenamente distinta. Esta realidad procesal es suficiente para que la corporación despache en forma desfavorable las pretensiones del actor por falta de uno de los presupuestos materiales o sustanciales como es la legitimación en la causa pasiva. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia citada por el procesalista Doctor Hernando Morales M., en su obra ha dicho:

"Lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar el fondo del litigio, sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor... La falta de legitimación en la causa de una de las partes no impide al juez desatar el litigio en el fondo, pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material a fin de determinar definitivamente el litigio en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio, para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada" (La Ley Nº 25, pág. 50). Y el profesor citado, continúa: "Y agregamos en pro de la tesis: la inhibición conduciría a que el demandado no pueda proponer como previa la excepción de cosa juzgada, que le permite poner fin a un segundo proceso, contra la economía procesal, pues deberá esperar la sentencia, que sería inhibitoria de nuevo, ya que tampoco procede examinar dicha excepción en aquella. Frente a esta posición, existe la de Allorio según la cual la legitimación es una figura procesal que no se confunde con la titularidad del derecho, que es figura sustancial. Más, entendiéndose por tal cierta calidad extrínseca como la de cónyuge, contratante, heredero, acreedor, sin entrar en la existencia misma del derecho invocado. Según ello, basta afirmar la legitimación, y su falta conduce a sentencia inhibitoria" (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Novena Edición. Editorial ABC, 1985, pág. 148).

d) Como precisión de orden conceptual de alcance jurídico, parece conveniente recordar que el conjunto de entidades descentralizadas del Estado y las empresas departamentales o municipales no pueden surgir a la vida jurídica como corporaciones de hecho. Esta conclusión encuentra respaldo en lo preceptuado en los artículos 76, ordinal 9 y 10 de la Constitución Nacional y 187 y 197 de la misma obra. Ellos preceptúan que corresponde al Congreso, a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales crear, a iniciativa del ejecutivo, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y las empresas industriales y comerciales conforme a las normas que determine la ley. Agréguese a todo lo anterior que un principio universal de filosofía del derecho enseña que las autoridades no pueden hacer sino lo que expresamente les está permitido. Por este sendero se llega a la comprensión de que no pueden los ministros, ni los gobernadores, ni los representantes de los entes administrativos acordarse para dar nacimiento, a su sola voluntad, a centros de imputación jurídica no

creados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos. Pero es más: Aún las llamadas entidades descentralizadas indirectas deben sujetarse a las exigencias legales para su normal operancia. Esto explica que comentaristas sobre la materia como los doctores Eustorgio Sarria y Mauricio Sarria Barragán, en su obra Derecho Administrativo Colombiano General y Especial. Novena Edición, pág. 446, enseñen:

"Las personas jurídicas en las cuales participen la Nación y entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, asociadas entre ellas o con particulares, cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el Derecho 1050 de 1968, y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal, según la naturaleza y ámbito del servicio, la proporción de las participaciones y la intención de sus creadores.

"Igual regla se seguirá con respecto a las personas jurídicas que se creen por la asociación de entidades descentralizadas, con o sin participación de personas privadas.

"Cuando la Nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere del caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme a los Decretos 1050 y 3130 de 1968".

Finalmente la Sala destaca, como elemento de interés en el análisis de conducta, que el mismo representante de la firma Gustavo Vela Q. y Cía. tuvo la comprensión de la problemática jurídica que se deja analizada pues en la carta que el 17 de enero de 1980 le envió al Doctor Juan José Náñez, administrador de la Sociedad Constructora Hospital Erasmo Meoz, visible a folio 34 del anexo número 1, le manifiesta:

"Así esa entidad fuese ente administrativo, estaría obligada a dar cabal ejecución al contrato..."

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,

*Resuelve:*

Primero. Se absuelve a la entidad demandada por las razones expuestas en los considerandos de la presente providencia.

Segundo. Condenar en costas a la parte actora.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTROVERSIAS. PRESCRIPCION Y CADUCIDAD.*

*1º Antes y después del Decreto 01 de 1984.*

*2º Controversias surgidas con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y no planteada ante esta jurisdicción. Caducidad de 2 años.*

*MEMORIALES. PRESENTACION. ARTICULO 107 C.P.C.*

*Si se está en la sede del Tribunal, ante el cual se litiga, el deber profesional obliga a hacer presentación del escrito no siéndole permitido al apoderado confiar en terceros esa tarea.*

*DERECHO. Concepto.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación Nº 4956. Recurso de Queja. Actor: Sociedad Nieto Reyes Ltda. Demandado: Fondo Vial Nacional.

I

Procede la Sala a decidir el recurso de queja propuesto por el apoderado de la parte actora contra la providencia calendada el día veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que rechazó por improcedente el recurso de reposición y no concedió el de apelación por las razones que en el citado proveído se precisan.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente de la providencia cuestionada. En ella se lee:

"En el escrito que precede, presentado por el Doctor Guillermo Mejía Vélez, persona ajena a este proceso toda vez que no está reconocido ni como apoderado ni como parte, se interpone recurso de Reposición y en subsidio el de Apelación contra el proveído fechado el treinta y uno de mayo último, por medio del cual se inadmitió la demanda.

"Varias razones conducen al Tribunal a rechazar los recursos, a saber:

"1. El escrito no fue presentado personalmente por quien lleva la representación judicial del actor, sino por una persona extraña al proceso, con desconocimiento del mandato contenido en el artículo 107 del C. de P. C. Por lo tanto, no existe certeza de que quien suscribe el memorial sea el apoderado del demandante duda que se hace más ostensible si hacemos un simple cotejo con la firma estampada en la demanda.

"2. El recurso de reposición procede contra los autos de trámite dictados por el ponente y contra los interlocutorios dictados por la Sala del Tribunal, cuando no sean susceptibles de apelación, por mandato expreso del artículo 180 del C.C.A. Por eso es que el recurso de apelación no es subsidiario sino principal. Como este proceso, en virtud de la cuantía se tramita en primera instancia, el recurso viable era el de apelación interpuesto como principal".

## II

### *Formulación del recurso*

Dentro del término de ley el interesado formuló el recurso en memorial visible a folios 22 y siguientes del cuaderno número 1, en cuya parte pertinente se lee:

"1. El 26 de febrero de 1986, apoderando a Nieto Reyes Ltda. formulé demanda contra el Fondo Vial Nacional por responsabilidad contractual, ante el H. Tribunal Administrativo de Santander.

"2. El 10 de marzo de 1986 el Tribunal aceptó la demanda por estar ajustada a derecho.

"3. El Fondo Vial Nacional, por intermedio de apoderado, impugnó la providencia anterior, alegando caducidad de la acción.

"4. El 31 de mayo de 1986 el Tribunal aceptó la argumentación del Fondo Vial, revocó el auto admisorio y a continuación inadmitió la demanda.

"5. El 7 de junio de 1986 impugné la providencia anterior.

"6. El 27 de junio de 1986 el Tribunal no concedió la apelación solicitada.

"7. El 3 de julio de 1986 presenté reposición contra la anterior providencia, solicitando en subsidio copias para interponer recurso de queja.

"8. El 30 de julio de 1986 la Secretaría del Tribunal corrió el traslado indicado por el artículo 378 del C.P.C. y el 2 de agosto de 1986 entregó las copias solicitadas".

### *Fundamentos que invoco para que se conceda el recurso denegado*

"Con el mayor respeto considero que el Tribunal cometió un error al revocar el auto admisorio de la demanda para acoger la argumentación del Fondo Vial sobre caducidad de la acción.

"Según el procedimiento civil, la prescripción es excepción de fondo que se puede proponer como previa (art. 97 C.P.C.).

"Según el artículo 163 del Código Contencioso Administrativo, prácticamente, no existen sino excepciones de fondo, toda vez que no existe trámite incidental para las previas. Y según el artículo 164 *ibídem*, tales excepciones se resuelven en la sentencia definitiva.

"¿Cuál es la razón de ser del procedimiento civil, más ortodoxo, y, en últimas, del procedimiento contencioso administrativo, sobre el momento de pronunciarse sobre las excepciones? Considero que obedece a los principios sobre igualdad de oportunidades para las partes, derecho de defensa y debido proceso.

"La providencia del Tribunal falló una excepción que ha debido considerar en la sentencia, sin darle oportunidad de controversión a la contraparte, y utilizando un procedimiento no contemplado en la ley. Como suscitó una situación que tampoco está prevista en el C.C.A., me vi forzado a formular reposición y en subsidio apelación, utilizando el procedimiento civil (art. 352, inciso 2) por autorización del artículo 267 del C.C.A.

"La anterior argumentación parece haber determinado al Tribunal para sostener un solo argumento en su posición: Que el escrito en el que formulé los recursos no fue presentado personalmente por mí. ('El recurso de apelación se negó básicamente porque el escrito respectivo (fol. 192 y vto.) no fue presentado personalmente por el apoderado de la parte actora'. sic).

"Mi tesis es la de que sólo unos escritos del proceso requieren presentación personal: aquellos para los que dispone expresamente (C.P.C. arts. 65-84-345). En sentido contrario, los demás escritos no requieren presentación personal, excepción hecha de los eventos en que el memorialista se encuentre en lugar distinto de la sede del destinatario.

"Cuando impugné la providencia del Tribunal que revocó el auto admisorio de la demanda, me encontraba en Bucaramanga y por eso no tenía por qué autenticar mi firma, ni presentar el escrito personalmente, porque la ley no dispone la presentación personal de los escritos contentivos de recursos.

"La tesis del honorable Tribunal parece ser la de que todos los memoriales del proceso sí requieren la presentación personal de quien los suscribe.

"Seguramente por el exceso de celo en la defensa de esta tesis, el Tribunal me citó mal, pues a la frase que me atribuye entre comillas en la última providencia del 22 de julio de 1986 le suprimió el advervio 'no', con lo cual me hace decir lo contrario de lo que expresé en mi memorial del 3 de julio de 1986".

*Consideraciones de la Sala*

Hecha la valoración jurídica de todas las circunstancias del caso, la Sala encuentra que estuvo bien denegado el recurso de apelación como pasa a explicarse.

a) Es ya tradicional en la jurisprudencia y la doctrina la distinción entre los fenómenos jurídicos de la prescripción y la caducidad como que el primero tiene su fundamento en "...la presunción de liberación resultante de la inacción prolongada del acreedor, en tanto que la caducidad, sólo requiere el transcurso del plazo fijo señalado en la ley para ejercitar la acción", como se precisó en auto reciente de la Sala. Expediente 4852. Actor: Luis Medina Cáceres. Consejero ponente: Doctor Jorge Valencia Arango. En este mismo proveído se transcribe un aparte de la sentencia de 11 de octubre de 1963, T. LXVII, 403, pág. 286, en la cual se lee:

"Es oportuno deslindar las nociones de caducidad y prescripción porque si bien el C.C.A. emplea indistintamente esos términos cuando se trata del primero de estos fenómenos jurídicos, ello contribuye a aclarar la diferencia que existe entre el derecho subjetivo reclamado y el derecho de ejercitar la acción establecida para deducirlo en juicio. La prescripción se predica propiamente de los derechos subjetivos y la caducidad, de las acciones que se instituyen para impetrar ante la jurisdicción competente su protección y efectividad; la caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado en la ley para el ejercicio de ciertas acciones. Y es obvio que los términos para el ejercicio de las acciones civiles deducibles ante la jurisdicción ordinaria rijan lo concerniente a ellas, en tanto que las acciones de naturaleza administrativa que promueven contenciones ante la respectiva jurisdicción se subordinen a los plazos prefijados en las normas que regulan el modo de hacer efectiva la responsabilidad del Estado cuando con un acto, hecho u omisión suyos, actuando en función de autoridad o de servicio oficial, lesiona un derecho particular. En cualquiera de estas hipótesis se trata de que se declare responsable a la persona administrativa y se la condene a indemnizar el perjuicio consiguiente. Ya la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1º de octubre de 1946 (G. J., T. LXI, pp. 583-608), cuya doctrina prohija el Consejo, estableció las diferencias esenciales que existen entre los dos fenómenos jurídicos así: 1) mientras que la prescripción sólo tiene cabida por la vía de las excepciones, es decir, que debe ser siempre alegada, pues el juez no puede declararla de oficio, la caducidad opera siempre *ipso jure*, esto es, que el juez puede y debe declararla de oficio; 2) al paso que la prescripción puede ser renunciable expresa o tácitamente, en las condiciones previstas por la ley, la caducidad no lo es nunca, porque es una institución de orden público; 3) los términos de la prescripción, salvo algunas excepciones, siempre admiten suspensión y pueden ser interrumpidos; los de caducidad, en cambio, no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben cumplirse rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extinga irrevocablemente; 4) la prescripción supone siempre la pre-existencia de una obligación, pues sus términos comienzan a correr desde que la obligación deviene exigible; la caducidad, en cambio, no la supone necesariamente, porque la ley la consagra de manera objetiva, para la realización de un acto o hecho".

b) Hecha la precisión jurídica anterior, es conveniente recordar, igualmente, que hasta el primero de marzo de 1984, fecha en que entró en vigencia el nuevo Código Contencioso Administrativo, no se había consagrado en la ley un término de caducidad para las acciones relativas a contratos, motivo por el cual la jurisprudencia de la corporación fue reiterada en el sentido de que la prescripción de las mismas estaba sujeta a las reglas del Código Civil, esto es, veinte años para la de nulidad absoluta y cuatro años para la relativa. Pero a partir de la vigencia del nuevo estatuto contencioso administrativo, se consagró, por primera vez, un término de caducidad para éstas controversias, que es el que aparece en el artículo 136 de la citada obra, que en lo pertinente reza: "las relativas a contratos caducarán a los dos (2) años de expedidos los actos u ocurridos los hechos que den lugar a ella".

c) El anterior marco jurídico conceptual permite concluir que toda controversia contractual surgida con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo, y no planteada ante esta jurisdicción, empezó a estar gobernada por el fenómeno de la caducidad desde el primero (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. El interesado en la defensa de sus derechos subjetivos no puede, pues, alegar que se le aplique el fenómeno de la prescripción de veinte años, o menor según el caso, pues como ya se precisó los dos fenómenos son distintos, estando este último relacionado con las leyes que norman el procedimiento que son de orden público y por ende, de aplicación inmediata.

En el memorial que obra al folio 12 del cuaderno número 1, suscrito pero no presentado personalmente por el interesado, se recoge esta orientación jurídica que es de recibo:

"4º En gracia de discusión el Decreto 01 de 1984 entró en vigencia el primero de marzo de 1984, o sea, que en caso extremo, la caducidad de las acciones contractuales, de dos años, establecida por su artículo 136 sucedería el primero de marzo de 1986 y la demanda se presentó el 28 de febrero de 1986, o sea antes del vencimiento del término de caducidad mencionado".

d) De la valoración jurídica hecha por el *a quo*, para negar el recurso de apelación, la Sala hace suya la argumentación que destaca que el escrito en que se interpone el recurso, visible al folio 12 del cuaderno número 1, no fue "...presentado personalmente por quien lleva la representación judicial del actor, sino por una persona extraña al proceso, con desconocimiento del mandato contenido en el artículo 207 (sic) del C. de P. C.". Si se estudia la demanda que obra a folios 1 y siguientes del cuaderno número 1 se tiene que el apoderado de la parte actora anotó como direcciones, tanto de su mandante como suya propia, las que allí se registran, todas ellas de Bogotá y no de Bucaramanga. Consecuencia lógica de lo expuesto es que si se enviaba el escrito desde la primera de las ciudades citadas ha debido el interesado presentarlo ante "...juez, notario o autoridad política del lugar de presentación...", como lo preceptúa el inciso final del artículo 107 del Código de Procedimiento Civil.

El apoderado de la parte actora, en su escrito visible al folio 15 del referido cuaderno, confiesa que en los momentos procesales en que

se discute su actuación ha estado "...de paso por Bucaramanga..." y que en junio 7 de 1986 le pidió al Doctor Guillermo Mejía Vélez que hiciera entrega del referido escrito. Pero la realidad procesal indica que la afirmación no está probada. Pero es más: Si se vive en Bogotá pero se está en la sede del Tribunal, ante el cual se litiga, el deber profesional obligaba a hacer presentación personal del escrito no siéndole permitido al apoderado confiar a terceros esa tarea. Aceptar la tesis contraria sería abrir un amplio y peligroso sendero para crear inseguridad jurídica. El asunto parece de poca entidad pero en el manejo de situaciones como la presente se comprometen principios de lealtad procesal, orden y certeza que el juez no puede dejar expósitos, para atender a consideraciones esencialmente personales. Para destacar la fuerza de convicción de la tesis bastaría pensar lo que podría ocurrir en los despachos judiciales y dentro de la actuación procesal, si de entrada el funcionario tuviera que partir del supuesto de que todo el mundo puede presentar por otro memoriales, contentivos de recursos, demanda de pruebas, etc. El derecho se ha enseñado, es orden y una forma de vida social, no individual lo que explica que sin el reino de tales valores ella es cabalmente imposible. Donde estos faltan, enseña Luiz Legaz y Lacambra, "...el individuo se retrae sobre su propia vida individual; pero como ésta no está asegurada, se vierte en lucha y oposición sobre las restantes vidas; y así, la convivencia, la coexistencia, es decir, la vida social se hace sencillamente imposible. Vivir con los demás, convivir, coexistir, implica, por consiguiente, la existencia de un orden que asegura aquel mínimo de condiciones sin las cuales esa convivencia no existe. De ahí el profundo dicho goethiano: PREFIERO LA INJUSTICIA AL DESORDEN. Esta frase puede conducir a una aberración de estimativa, pero no por eso deja de encerrar una profunda verdad. Pues la justicia no puede realizarse más que en el Derecho, y el Derecho es por naturaleza un orden; por eso el desorden no puede jamás contener justicia, y es preferible un orden establecido (que, como tal, realiza alguna justicia) aun cuando nos parezca injusto (comparado con un ideal superior de justicia). El Derecho, en efecto, es un punto de vista sobre la justicia sólo y en cuanto que constituye un orden de la vida social y una seguridad de las condiciones mínimas que la hacen posible" (Filosofía del Derecho. Bosch, Quinta Edición. pág. 605).

En el caso en comento el manejo de la situación por parte del apoderado de la parte actora es explicativa de una conducta individual, con suficientes motivaciones, pero ellas no son de recibo en el campo del derecho, que como ya se anotó, regula vida social exigente en el cumplimiento de las exterioridades propias del derecho.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

*Resuelve:*

1º Estímase bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra la providencia calendada el día veintisiete (27) de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986), originaria del H. Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, dentro del negocio de la referencia.

2º Envíese la actuación al *a quo* para que forme parte del expediente (art. 378, inciso 9º, Código de Procedimiento Civil).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* salvó voto.

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*MEMORIALES. PRESENTACION. Artículo 107 C.P.C. (Salvamento de voto).*

*La interpretación que la mayoría da al inciso 2º del artículo 107 del C.P.C. convierte, pues lo que el legislador ha querido que sea excepcional en regla general y hace de la regla general la excepción. ¿Cuál, entonces, la suerte de la máxima romana conforme a la cual las excepciones son de interpretación restringida?*

*SALVEDAD DE VOTO*

Referencia: Expediente Nº 4956. Recurso de queja. Actor: Sociedad Nieto Reyes Ltda. Demandado: Fondo Vial Nacional.

Me separo, con todo respeto, de la providencia anterior, y estimo que la Sala ha debido conceder el recurso que halló bien denegado porque considero que yerra la mayoría al exigir, como lo hace el auto de que discrepo, que el memorial o escrito mediante el cual se interpone un recurso o se piden pruebas debe ser presentado personalmente por el apoderado cuando se está en la sede del juez o Tribunal ante el cual se litiga. Expongo a continuación y en forma sucinta las razones que justifican, a mi modo de entender las cosas, mi voto disidente:

*Primera.* No existe ninguna norma en nuestro ordenamiento positivo que permita afirmar, como lo hace el auto que antecede, que "si se vive en Bogotá pero se está en la sede del Tribunal ante el cual se litiga, *el deber profesional* obligaba a hacer presentación personal del escrito no siéndole permitido al apoderado confiar a terceros esa tarea" (Subrayas del suscrito).

Semejante afirmación pasa por alto el principio fundamental del derecho público colombiano, sentado en el canon 20 de la Constitución Nacional, tan frecuentemente olvidado, conforme al cual los particulares pueden hacer todo cuanto la Constitución y las leyes de la República no les prohiban expresamente. Y no hay norma alguna del Código de Procedimiento Civil ni del estatuto que regula el ejercicio de la abogacía, que permita arribar a la inferencia que la mayoría sostiene con tanto desparpajo.

*Segunda.* El Código de Procedimiento Civil ha tenido el cuidado de expresar muy claramente cuándo un determinado escrito requiere presentación personal, como sucede —y es una enumeración que hago a título meramente enunciativo— con el poder especial (art. 65, inciso 2º); con la sustitución del poder (art. 68, inciso 2º); con toda demanda (art. 84, inciso 1º); con el escrito mediante el cual las partes solicitan al juez el reconocimiento de la transacción del litigio (art. 340, inciso

2º); con el memorial en que el demandante manifiesta al juez su voluntad de desistir de la demanda (art. 345, inciso 1º) o con el escrito contentivo del trabajo de partición, de conformidad con lo que dispone el inciso 1º del artículo 611 del estatuto procesal civil.

Dentro de los casos en que la ley ha querido que un escrito sea presentado personalmente por su signatario, con fines de autenticidad, no se encuentran los memoriales mediante los cuales se pidan pruebas o se interpongan los recursos que la ley conceda.

*Tercera.* Además de los casos anteriormente mencionados (y repito que puede haber otros cuyo enlistamiento se me escape por el momento), el inciso 2º del artículo 107 del mismo Código de Procedimiento Civil ordena que deberán presentarse personalmente ante un juez, notario o autoridad política *"del lugar de su presentación"*, los escritos dirigidos al juez por quien *"se halle ausente del lugar del proceso"*.

La norma es de claridad meridiana y no admite interpretación distinta a la que fluye de sus propios términos: si yo, abogado litigante, residente en Bogotá, en ejercicio de un poder que me ha sido legalmente conferido y he aceptado, presento una demanda en Cali, por ejemplo, y dentro del curso del proceso a que ella dé lugar me veo precisado a interponer alguno de los recursos que la ley me concede contra una providencia dictada por el juez o Tribunal que esté conociendo de mi demanda, puedo hacerlo, sin desplazarme de Bogotá, mediante escrito que *debo presentar personalmente* ante un juez, notario o autoridad política de esta última ciudad o "lugar de su presentación" y que luego remitiré a su destinatario. Mas nada me impide que tome un avión y en media hora esté en Cali y entregue en la Secretaría del Juzgado o Tribunal el escrito contentivo de mi recurso, haga sellar y fechar la copia, tome el avión de regreso y en otra media hora esté de nuevo en mi oficina profesional de Bogotá, Y ello es válido y legítimo, porque en el momento de la presentación del escrito que contiene mi recurso no me hallo "ausente del lugar del proceso", y porque, además, no hay norma alguna que me impida actuar de esa manera, por lo cual resulta insólito afirmar que, en tal hipótesis, estoy desconociendo un hipotético "deber profesional" que me obligaba a permanecer en Bogotá y presentar personalmente el escrito ante un juez de la capital de la República o ante un notario o autoridad política de esta última, para satisfacer así el supuesto "orden" o las "exterioridades propias del derecho" que la mayoría, al no hallar texto positivo que les otorgue soporte, apoya en la autoridad eminente de Legaz y Lacambra.

*Cuarta.* La interpretación que la mayoría da al inciso 2º del artículo 107 del C.P.C. convierte, pues, lo que el legislador ha querido que sea excepcional, en regla general y hace de la regla general la excepción. ¿Cuál, entonces, la suerte de la máxima romana conforme a la cual las excepciones son de interpretación restringida?

Fecha *ut supra.*

Atentamente,

*Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*MANDATARIOS JUDICIALES: ¿Qué deben demandar?*
*PRUEBAS. CARGA. "ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI".*
*La negligencia no puede ser suplida por el Juez. MANDATARIOS JUDICIALES: ¿Qué deben demandar?*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación Nº 4098. Ordinario Contratos. Actor: Arzuza Ltda. Demandado: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, "CORELCA".

I

Por conducto de apoderado, debidamente constituido, la sociedad Arzuza Ltda., demandó a la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, "CORELCA", para que mediante el proceso ordinario contencioso administrativo y en ejercicio "...de la acción de plena jurisdicción consagrada en el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo", se hicieran las declaraciones y condenas que se precisan en el respectivo libelo.

Como no se observa causal de nulidad que vicie la actuación, procede la Sala a proferir el fallo correspondiente. Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación lo pertinente de la demanda.

*Petitum*

Se concretó en los siguientes términos:

"1ª Se declare la nulidad de la Resolución número 096 del 17 de febrero de 1983, expedida por el Director General de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica —CORELCA—, mediante la cual se adjudicó a la firma Conteco Ltda. la Licitación Pública número C-221 para el diseño y construcción de obras civiles, suministros e instalaciones necesarias para un campamento de viviendas en la Central Térmica de la Guajira.

"2ª Como consecuencia de la anterior declaración, y para el restablecimiento de los derechos vulnerados a mis mandantes, se declare que la entidad demandada es responsable de todos los perjuicios cau-

sados a los actores por no habérseles adjudicado la Licitación número C-221 y por lo tanto no haberse celebrado con ellos el contrato correspondiente, y se le condene a pagar a los mandantes, por esos conceptos, la suma de DIECISIETE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTISEIS PESOS ($ 17.843.726), o la que señalen los peritos, más los intereses sobre dicha suma, a la tasa legal comercial, a partir del 28 de julio de 1983, si para entonces no se ha hecho el pago, y hasta la fecha en que éste se realice.

"3ª Se ordene a la administración que dé cumplimiento a la sentencia que se profiera dentro del término que señala el artículo 121 del C.C.A.".

*Causa petendi*

Los hechos fundamentales que sirven de apoyo a las pretensiones se presentan con la siguiente literatura:

"1º CORELCA, mediante la Resolución número 506 de octubre quince (15) de 1982, ordenó la apertura de la Licitación Pública número C-221 para el diseño y construcción de obras civiles, suministros e instalaciones necesarias para un campamento de viviendas modulares, el diseño y construcción de obras civiles, suministro e instalaciones necesarias de energía, agua potable, comunicaciones, acometidas eléctricas y telefónicas desde la planta, sistema de aguas negras y lluvias, para 180 funcionarios, en la Central Térmica de la Guajira. La licitación fue cerrada el 6 de diciembre de 1982.

"2º A la mencionada licitación se presentaron once (11) propuestas, entre ellas la de mis poderdantes constituidos en consorcio.

"3º Mediante el acto administrativo demandado, el Director General de CORELCA adjudicó la licitación en referencia a la firma Conteco Ltda. por un valor de CIENTO CUATRO MILLONES VEINTISEIS MIL CUATRO PESOS CON 36/100 M. L. ($ 104.026.004.36). La resolución de adjudicación fue notificada al adjudicatario el 28 de febrero de 1983 y comunicada a los actores mediante oficio fechado el 21 de febrero del mismo año, pero enviada el 11 de marzo siguiente.

"4º En la parte motiva de la resolución impugnada se expresa que el Consejo Directivo de CORELCA autorizó la adjudicación de la licitación a Conteco Ltda. en su reunión de febrero diez (10) de 1983. Pero en realidad el Consejo Directivo no impartió tal autorización sino que se limitó a 'recomendar a la administración' que adjudique la licitación en tal sentido. En efecto, en la parte pertinente del acta número 272 correspondiente a la reunión del 10 de febrero de 1983 del Consejo Directivo se lee: 'Concluidas las explicaciones del Sub-Director Técnico Aristides Paternina Hernández, el Consejo expresó que el análisis ofrece gran dificultad por las enormes diferencias de precios y teniendo en cuenta adicionalmente que el estimativo de costos de CORELCA de acuerdo con lo explicado por el ingeniero Aristides Paternina es de $ 108.382.000 recomendó a la administración adjudicar la licitación a la firma Conteco Ltda. por un valor de $ 104.026.004.36 teniendo en cuenta que su presupuesto es el más aproximado al estimativo ofrecido de costos y adicionalmente se encuentra trabajando en el área por

lo que ofrece mayor garantía en el cumplimiento del plazo de entrega, factor este de gran importancia por la necesidad que tiene CORELCA de contar con estos campamentos en el menor tiempo posible'.

"5º La resolución de adjudicación, en su parte motiva, no expresa, como debió hacerlo, los criterios que se tuvieron en cuenta para hacer la adjudicación ni el orden de prioridad de las propuestas seleccionadas, como lo ordena la ley. Tampoco alude al concepto previo de la Junta de Licitaciones requerido para la adjudicación.

"6º Los motivos que tuvo la administración para adjudicar la licitación a la firma Conteco Ltda. fueron los mismos que tuvo el Consejo Directivo para recomendar dicha adjudicación, señalados en el acta número 272 del 10 de febrero de 1983, a saber: la proximidad del valor cotizado al estimativo de costos hecho por la entidad licitante y la circunstancia de que el proponente favorecido con la adjudicación se encuentra trabajando en el área 'por lo que ofrece mayor garantía en el cumplimiento del plazo de entrega' (acta 272).

"7º La propuesta presentada por el consorcio formado por los demandantes fue por un valor de $ 89.218.631.30. Es decir que el contrato se adjudicó por un valor que supera en CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON 06/100 M. L. ($ 14.807.373.06) el de la propuesta de mis mandantes, no obstante que ésta se ajusta a los pliegos de la licitación y se hallaba en condición de ventaja por cuanto su capacidad de contratación, según el Registro de Contratistas de CORELCA, es superior a la de Conteco Ltda.

"8º A la misma licitación se presentaron otras propuestas de valor inferior al cotizado por mis mandantes, pero ninguna se encontraba en igualdad de condiciones a la de ellos, por tener una capacidad de contratación inferior en mucho a la que se requería para este caso. Además, la propuesta de la firma Viviendas del Caribe Ltda., VICOLSA, fue descalificada porque no se allegó la autorización de la Junta de Socios para comprometer a la empresa, según se requería en los estatutos, como consta en el concepto jurídico incorporado al acta número 272, y a la propuesta del consorcio AIC-Jaime de la Vega se le efectuaron correcciones en el análisis técnico que incrementaron su valor, el cual, así corregido, supera aún el de la propuesta de Conteco Ltda., según se desprende de la lectura del acta número 272.

"9º La propuesta presentada por Conteco Ltda. no podría ser considerada por la administración, y menos aún seleccionada como la mejor, por los siguientes motivos:

"a) Su valor es superior al de la propuesta presentada por el consorcio demandante, en la suma de $ 14.807.373.06.

"b) La capacidad de contratación de Conteco Ltda. es inferior a la del consorcio Rivaldo-Arzuza Ltda.

"c) En la propuesta de Conteco Ltda. se varió sustancialmente la forma de pago prevista en los Pliegos de Condiciones de la licitación, según consta en el análisis de las propuestas incorporado al acta número 272 del 10 de febrero de 1983 del Consejo Directivo de CORELCA. En efecto, según la cláusula octava de la minuta, modificada por el

punto B del Adendum número 1 de noviembre de 1982, página 2A, el componente en moneda local sería pagado así: 20% como anticipo, 70% contra presentación de actas mensuales de obra y el 10% como retención de garantía. Conteco Ltda. varió las condiciones de pago establecidas por CORELCA así: 30% como anticipo, 65% contra presentación de actas mensuales, y el 5% como retención de garantía.

"d) El proponente Conteco Ltda. no anexó presupuesto detallado de la propuesta alternativa, como se exigía en los pliegos, volumen I, Condiciones Generales, modificado por el literal A, numeral 1, del Adendum número 1 ya mencionado, página 1.

"10. La propuesta presentada por el consorcio Armando Rivaldo-Arzuza Ltda. contiene todas las condiciones y requisitos establecidos en los pliegos y se ajusta en su integridad a ellos. Además, la capacidad de contratación del consorcio, calificada en el Registro de Contratistas de CORELCA, garantiza ampliamente su solvencia en el cumplimiento del contrato y es un factor que coloca su propuesta en condición más ventajosa frente al proponente favorecido con la adjudicación.

"De otra parte, la firma Arzuza Ltda. ejecuta actualmente, en la misma zona del contrato proyectado, el diseño de la Clínica de Cuestecitas, en la Guajira, para la Empresa Morrison Knudsen International Inc., y en Villanueva, Guajira, construyó el edificio de Telecom. Además, su sede principal es la ciudad de Valledupar, Departamento del Cesar, el cual es limítrofe con el Departamento de la Guajira, y tiene sucursales en San Juan del Cesar, Guajira, y en Barranquilla. De manera que por este aspecto de localización, la propuesta del consorcio demandante se hallaba en las mismas condiciones que la de la firma adjudicataria, aclarando no obstante que la administración consideró determinante para adjudicar esta condición que no debió tener relevancia porque ni en la ley ni en el pliego de la licitación se le da tal carácter de importancia, aparte de que no es válido deducir la mayor o menor garantía de cumplimiento de los plazos del contrato del hecho circunstancial anotado, sino ante todo, de la capacidad financiera, operativa y técnica del proponente, así como de su cumplimiento en contratos anteriores, seriedad, experiencia, etc., aspectos en los cuales el consorcio formado por mis mandantes se colocó en situación de ventaja respecto a los demás proponentes, incluido el adjudicatario, como se demostrará en el proceso.

"El valor de la propuesta básica de los demandantes, además, es inferior en más de catorce (14) millones al de la propuesta seleccionada, diferencia muy apreciable que representa un 14% del valor de adjudicación, cuya importancia se resalta si se tiene en cuenta que se está frente a un proceso de contratación administrativa, y concretamente frente a un acto administrativo que compromete no sólo el patrimonio de la entidad adjudicante sino el patrimonio público nacional del cual forma parte.

"El valor de la propuesta básica del demandante es el ya anotado de OCHENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y UN PESOS CON 30/100 M. L. ($ 89.218.631.30) y no el que figura corregido en el análisis de propuestas presentado al Consejo Directivo de CORELCA e incorporado

al acta número 272 del 10 de febrero de 1983; la corrección que allí aparece es manifiestamente errónea y este hecho salta a la vista sin dificultad. En efecto: Se reemplaza el valor de $ 1.307.31 cotizado como *precio unitario de un (1) metro cuadrado* de 'Muro Bloque Macizo de Cemento' de 25 cms. de espesor, ítem 2.10 del formulario de precios, hoja 2, columna 3, renglón 4, por el de $ 93.139.20, lo cual es completamente absurdo e ilógico, La multiplicación de ese precio unitario por 1.464 metros cuadrados cotizados es la que da como resultado el incremento erróneamente hecho por la administración al precio de la propuesta de mis mandantes. Por cuanto el precio unitario en referencia se mantiene invariable, el valor de la propuesta es el inicialmente indicado.

"11. La vulneración del derecho que tenían mis mandantes de que se les adjudicara el contrato licitado, por haber presentado la mejor propuesta, los privó de las utilidades resultantes de su ejecución, que de acuerdo con las tarifas señaladas por las asociaciones colombianas de Ingenieros y Arquitectos se calculan en un 20% del valor total cotizado. Por otro lado, según lo previsto en el pliego de condiciones, y de acuerdo con los plazos en él señalados, el contrato habría terminado el 28 de julio de 1983 y por lo tanto desde esa fecha se produce un lucro cesante sobre el beneficio que mis mandantes hubieran obtenido de su ejecución" (fols. 32 a 35).

*Disposiciones violadas y concepto de violación*

El apoderado de la parte actora hizo en torno a los aspectos que se recogen en el rubro, las siguientes valoraciones de orden jurídico:

"El acto administrativo demandado es violatorio de las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

"1º Artículo 30 de la Constitución Nacional, que consagra la garantía de los derechos adquiridos con justo título, porque la administración, al no adjudicar el contrato a mis mandantes, por ser, como se demostrará en el proceso, la mejor propuesta, les desconoció y vulneró su derecho adquirido para ejecutar el contrato proyectado, conforme lo consagra el artículo 33 del Decreto-ley 222 de 1983.

"2º Artículo 15, aparte C, literal e), de los estatutos de CORELCA (acuerdo número 06 de 1972, aprobados por el Decreto 963 de 1972), según el cual, los actos o contratos que celebre el Director de la entidad, cuya cuantía sea superior a $ 50.000. La adjudicación de la Licitación C-221 debió estar precedida del pronunciamiento del Consejo Directivo de CORELCA, en el sentido de autorizar el acto de adjudicación, en razón de su cuantía. Como se anotó en el hecho 4º de esta demanda, en la reunión del Consejo Directivo de CORELCA, efectuada el 10 de febrero de 1983 (acta número 272) no se autorizó a la administración para que adjudique la licitación a Conteco Ltda., sino que se le recomendó su adjudicación a esa firma. La recomendación no es un acto administrativo por carecer de relevancia jurídica ya que puede ser acogido o no por la autoridad competente para decidir; la autorización en cambio implica una decisión y como tal es una manifesta-

ción de la voluntad administrativa. La gran diferencia entre estos dos conceptos no permite argüir que el último de ellos se halla implícito en el primero.

"3º Artículo 34 del Decreto-ley 222 de 1983, en cuanto dispone que la adjudicación de un contrato corresponde hacerla al jefe del organismo, previo concepto de la Junta de Licitaciones y Adquisiciones o del Comité Técnico, con sujeción a las normas que regulan sus facultades, porque la adjudicación contenida en el acto impugnado no se basó en concepto emitido por el Comité Técnico o Junta de Licitaciones, sino en la recomendación del Consejo Directivo de la entidad, que no era el organismo competente para el efecto. El Director, de otra parte, requería de la autorización del Consejo Directivo para expedir el acto de adjudicación, conforme a los estatutos, la que no fue otorgada como se explicó en el punto anterior.

"4º Artículo 33 del Decreto-ley 222 de 1983, incisos 1º, 2º y 6º, y Sección 6.03 de las Condiciones Generales del Pliego de Condiciones de la Licitación C-221 de CORELCA, por lo siguiente:

"El inciso 1º del artículo 33 citado dispone que la adjudicación se debe hacer, previos los estudios del caso y efectuado el análisis comparativo, al licitador cuya propuesta se estime más favorable y esté ajustada al pliego de condiciones. De esta disposición se colige que la facultad que tiene la administración para adjudicar un contrato a través de un proceso de licitación no es discrecional sino reglado, porque la escogencia de la propuesta debe estar conforme con los criterios de evaluación prescritos en la ley y en el Pliego de Condiciones, a saber, precio, plazo, calidad, cumplimiento de contratos anteriores, solvencia económica, capacidad técnica, experiencia, organización y equipo de los oferentes.

"El inciso 6º del artículo 33 del Decreto-ley 222 de 1983 dispone: 'En igualdad de condiciones, deberá preferirse la propuesta que ofrezca mejor precio; en igualdad de precios, la que contemple mejores condiciones globalmente consideradas; y en igualdad de condiciones y precios, se tendrá en cuenta la distribución equitativa de los negocios'.

"Con base en los criterios de adjudicación a que debe sujetarse la administración, la propuesta del consorcio Armando Rivaldo-Arzuza Ltda. debió ser la adjudicataria, pues reunía las mejores condiciones en cuanto a precio, solvencia económica, experiencia, organización, capacidad técnica y equipo. El plazo propuesto fue el mismo requerido por la administración y el ofrecido en la propuesta de Conteco Ltda.; además, se hallaba sujeta en todo a los Pliegos de Condiciones.

"El factor precios señalado en la ley como criterio de selección, lo es en cuanto más favorable (más bajo), y no en cuanto se aproxime al valor estimado por la entidad como lo entendió CORELCA, pues si así fuera, ello desvirtuaría la finalidad de la licitación, cual es la posibilidad de elegir la mejor propuesta; en igualdad de condiciones, ésta será la que ofrezca mejor precio.

"La propuesta beneficiada por la adjudicación no reunía los requisitos legales porque no era la más ventajosa ni se ajustaba a los pliegos de condiciones, como se explicó en el punto 9º de los hechos,

y para su selección no se tuvieron en cuenta los criterios indicados en la ley y en el pliego de la licitación, con lo cual el acto acusado infringe las disposiciones citadas.

"5º Artículo 34 del Decreto-ley 222 de 1983, en cuanto dispone que la resolución de adjudicación debe ser motivada, porque la resolución acusada no expresa los criterios en que se basó para adjudicar, ni el orden de prelación de las propuestas, requisitos formales exigidos por la ley al ordenar que esa clase de actos debe ser motivada y al prever la posibilidad de adjudicar el contrato al proponente calificado en segundo lugar y, sucesivamente, en tercer lugar, en caso de que el primer adjudicatario no firmare, concordante con lo dispuesto en el artículo 37 *ibídem* en el sentido de que a quienes quedaren en segundo y tercer lugar se les debe devolver la garantía de seriedad de la propuesta tres (3) meses después de la adjudicación o al perfeccionamiento del contrato, según el caso.

"6º La violación de las prescripciones del artículo 34 del Decreto-ley 222 de 1983, como se indicó en los apartes 3º y 5º de este capítulo, vicia de nulidad el acto acusado por violación directa de la ley, y además porque, al no acogerse a los requisitos formales indicados en dicha norma, se produjo en forma irregular, lo que constituye también causal de nulidad al tenor del artículo 66 del C.C.A.

"7º Asumiendo que los motivos que determinaron la adjudicación de la Licitación C-221 a la firma Conteco Ltda. fueron los mismos que tuvo en cuenta el Consejo Directivo de CORELCA para recomendar tal adjudicación, el acto acusado adolece de nulidad además por desviación de poder por errrónea motivación, al tenor del artículo 66 del C.C.A., pues la ley y el pliego de condiciones le señalaban los criterios que debían determinar la adjudicación del contrato, y la administración debió ejercer la facultad de selección que tenía aplicando correctamente tales criterios adjudicándolo en consecuencia al consorcio Armando Rivaldo-Arzuza Ltda. por ser la mejor oferta. Pero la administración desvió su facultad de seleccionar y escoger la mejor propuesta, ejerciéndola sobre la base de la recomendación del Consejo Directivo de CORELCA que tampoco se funda en los criterios legales de obligatoria observancia. En efecto, no aparece en la resolución demandada, ni aún en el acta número 272 del Consejo Directivo una conclusión del estudio de los distintos aspectos que debían tenerse en cuenta y del análisis comparativo de las ofertas. En el acta mencionada se recomienda la adjudicación a Conteco Ltda., porque esta firma desarrolla trabajos en el área del contrato proyectado, circunstancia no contemplada en el pliego como factor de selección y que no es razón válida para atribuirle la garantía de cumplimiento de los plazos. También se arguye como criterio de selección la proximidad del valor cotizado al costo de la obra estimado por CORELCA, criterio tampoco contemplado y que no podía tenerse en cuenta porque los diseños de la obra hacían parte de los objetivos de la licitación, o sea que la entidad no contaba con planos de diseños para hacer una evaluación real previa de costos. Comprueba lo anterior lo expresado en el pliego, Sección 4.43, página 41 de las Condiciones Generales, en el sentido de que la administración simplemente suministra una descripción general del trabajo. De allí que entre las propuestas presentadas hubiera diferen-

cias de precios considerables, como lo anotó el Consejo Directivo en su reunión del 10 de febrero de 1983" (Acta número 272). (fols. 36 a 39).

## II

*Alegato presentado por el apoderado de la parte demandada. Posición de la parte actora.*

El apoderado de la firma Arzuza Ltda., no presentó alegato dentro del término que la ley le brindó para sustentar la defensa de los derechos subjetivos que le fueron confiados.

El procurador judicial del demandado, por el contrario, sí lo hizo en los términos que se recogen en escrito visible a folios 76 y siguientes del cuaderno número uno. De esta pieza procesal se destacan los siguientes aspectos:

"De conformidad con el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil son aplicables como normas supletorias en los procesos contenciosos administrativos, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de estos últimos.

"Como consecuencia de lo anterior, en el presente proceso, como en todos los de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, es aplicable el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, que consagra uno de los principios fundamentales en materia de pruebas, según el cual 'incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen'.

"Frente al principio anterior, encontramos que los demandantes aportaron algunas mínimas pruebas con la demanda y solicitaron la práctica de un buen número de ellas, que oportunamente fueron decretadas por el H. Consejero Ponente. No obstante, como aparece en el expediente, las pruebas decretadas no fueron practicadas debido a que los peticionarios no realizaron las gestiones necesarias para dicha práctica.

"Debido a esta situación, en el proceso sólo se encuentran probados el acto administrativo demandado, el acta del Consejo Directivo en la cual se recomendó o autorizó la adjudicación, los estatutos de CORELCA y el Pliego de Condiciones de la licitación.

"Como es fácilmente apreciable, estos documentos no son suficientes para probar los supuestos en los cuales se fundamentan los argumentos de la parte actora" (fols. 76 a 77).

## III

*Vista fiscal*

A folios 79 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el concepto rendido por la Fiscal Segunda de la Corporación, Doctora Edne Cohen Daza, en el cual ésta destaca:

"Estudiado el expediente este Despacho encuentra una completa orfandad de pruebas.

"Como bien lo anota el representante de la entidad demandada, en el proceso sólo se encuentran demostrados, el acto administrativo demandado, el acta del Consejo Directivo número 272 correspondiente a la reunión de febrero 10 de 1983, los estatutos de CORELCA y el Pliego de Condiciones de la licitación.

"Estas pruebas no permiten establecer las causales de ilegalidad aducidas por el demandante para declarar la nulidad del acto impugnado y en consecuencia esta Fiscalía solicita a la Honorable Sala, negar las súplicas de la demanda" (fol. 81).

## IV

### *Consideraciones de la Sala*

a) Tiene razón la Fiscalía de la Corporación cuando después de estudiar el proceso concluye que encontró "UNA COMPLETA ORFANDAD DE PRUEBAS". En efecto: de los hechos que se enlistaron en la *causa petendi* no se demostró que la propuesta de la firma demandante se hallara en condición de ventaja sobre las otras por ser superior su capacidad de contratación, según el registro de contratistas de CORELCA (hechos 7 y 8 de la demanda); ni que Conteco Ltda. no anexó el presupuesto detallado de la propuesta alternativa, como se exigía en los pliegos. La situación de ventaja en que se predica estaba el consorcio "Armando Rivaldo y Arzuza Ltda." respecto de Conteco Ltda. por su capacidad financiera, operativa, técnica y por su cumplimiento de contratos anteriores, seriedad, experiencia, etc., se limitó a ser una simple afirmación no acreditada. Pero es más: Ni siquiera tuvo el buen cuidado de acompañar el texto de la propuesta básica respecto de la cual afirma en el punto décimo de la *causa petendi* que tenía un monto de Ochenta y Nueve Millones Doscientos Dieciocho Mil Seiscientos Treinta y un Pesos con Treinta Centavos ($ 89.218.631.30) y no el que figura corregido en el análisis de propuestas presentado al Consejo Directivo de CORELCA. Por no haber hecho el aporte de documento tan importante, le es imposible al sentenciador tener la comprensión de los hechos alegados en la parte final del referido punto de la demanda. De la simple lectura del aparte del acta número 272, que obra al folio 24 del cuaderno número 1 no es posible concluir que se remplazó el valor de $ 1.307.31 cotizado como precio unitario de un metro cuadrado de "Muro de Bloque Macizo de Cemento" de 25 cms. de espesor, ítem 2.10 del formulario de precios, por el de $ 93.139.20. Esto explica que el sentenciador no haya podido concluir, con el demandante, que en el manejo de la situación se registró una situación "ABSURDA" o "ILOGICA".

b) Afirma el apoderado de la firma demandante que la propuesta de su representada "contiene todas las condiciones y requisitos establecidos en los pliegos y se ajusta en su integridad a ellos" (fol. 34, cuaderno número 1). Pero la única verdad probada es la que se desprende de la lectura del acta número 272 de 10 de febrero de 1983, del Consejo Directivo de CORELCA, en la cual se lee:

"El consorcio 'Armando Rivaldo y Arzuza Ltda.', cumple con los requisitos exigidos en los Pliegos de Cargos, con excepción de los que se detallan a continuación:

"a) No adjuntan planos generales de la obra a efectuar.

"b) El presupuesto de la alternativa no está bien detallado.

"El proponente cotiza todos los ítems. Las correcciones efectuadas corresponden a errores aritméticos en el análisis de precios unitarios de varios ítems, especialmente el ítem 2.10 'Muro Bloque Macizo de Cemento, e=0.25', donde se presenta una diferencia entre el valor del análisis de precios unitarios y el valor del formulario de la propuesta de $ 93.139.20 por cada metro cuadrado de muro, para un error total acumulado de $ 136.139.20 por cada metro cuadrado de muro, para un error total acumulado de $ 136.355.788.20, cantidad ésta que varía sustancialmente el valor inicial de la propuesta.

"El proponente incluye una alternativa de modificación de la Caseta de Administración y Portería, la que no se solicita en los Pliegos de Cargo.

"Por las razones anteriores, la oferta básica se incrementa en $ 163.369.970.67 y la alternativa disminuye en $ 230.139.58.

"El programa de trabajo propuesto es aceptable y cumple con el plazo estipulado por CORELCA" (fol. 24).

Dentro del marco anterior, lógico es concluir que no es correcta la apreciación del apoderado de la parte actora cuando en el punto décimo de la *causa petendi* hizo la afirmación cuestionada.

c) En el análisis de conducta de la firma demandante, la Sala destaca como positivo el hecho de que ésta confiesa en su demanda que por el aspecto localización "...la propuesta del consorcio demandante se hallaba en las mismas condiciones que la de la firma adjudicataria...", pero como negativo el no haber suministrado "el valor de las copias necesarias" para enviar el despacho correspondiente al Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico pára que practicara la inspección judicial, con exhibición de documentos a las oficinas de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, "CORELCA". Esta prueba era de sustancial interés para verificar hechos de la demanda que le habrían permitido al sentenciador desatara la litis con la comprensión de todos los elementos fácticos alegados y controvertidos. La nota de la Secretaría que aparece al respaldo del folio 68 del cuaderno número 1, es bien explicativa de esta situación.

d) Dentro del marco de precisiones de orden fáctico y jurídico que se dejan hechas, la Sala recuerda, a manera de pedagogía jurídica, que en materia probatoria es tradicional el principio que enseña que incumbe probar, en principio, al actor. *"Onus probandi incumbit actori"*. Por ello se ha enseñado que: "...en la oscuridad de los hechos y de las situaciones jurídicas, sucumbirá aquel a quien corresponda hacer luz si no lo hace, mientras que su adversario triunfará por el solo derecho de la inercia" (Pruebas Judiciales. Luis Alzate Noreña. Imprenta Oficial. Manizales, 1941, pág. 103). Aunque en el Derecho Procesal Administrativo el juez tiene amplias facultades para decretar

la prueba de oficio, con miras a buscar la verdad real, las partes no podrá pretender que por ese sendero de posibilidad se supla por el funcionario la negligencia, desidia o desinterés con que éstas puedan atender, en un momento dado, los intereses que les han sido confiados. Dentro de la misma orientación de conducta que se deja precisada, en este aparte de la sentencia, los mandatarios judiciales deben concientizarse cada día más en el sentido de que sólo se deben demandar ante los tribunales encargados de administrar justicia, cuando la causa es seria y en su defensa se comprometen valores esenciales que informan el derecho. Verificado ésto, será necesario empeñar todo el vigor de la conducta profesional en la lucha por la defensa de tales ideales, para que al final del proceso no quede la triste sensación de que ni se libró la batalla ni se conservó la fe, pero sí se congestionaron los despachos judiciales de demandas sin rumbo y sin pruebas, con lo cual se le presta un flaco servicio a la oportuna administración de justicia.

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:*

a) DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

b) SE CONDENA a la parte actora al pago de las costas del proceso. Tásense por la Secretaría.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

*Carlos Betancur Jaramillo, Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*COSTAS (SALVEDAD DE VOTO).*

*SALVEDAD DE VOTO DEL DOCTOR ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO*

Referencia: Expediente Nº 4098. Ordinario Contratos. Actor: Arzuza Ltda. Demandado: CORELCA.

Aunque comparto la sentencia que antecede tanto en su parte motiva como en lo concerniente al ordinal a) de su parte resolutiva, debo manifestar mi discrepancia en cuanto a la condenación en costas que el ordinal b) de esta última parte fulmina en contra de la actora, pues considero que con semejante proceder se le imprime un carácter nítidamente retroactivo y no meramente retrospectivo ni, mucho menos, inmediato al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo que fue adoptado mediante el artículo primero (1º) del Decreto-ley número 1 de 1984.

En efecto: todo proceso es, por naturaleza, un encadenamiento de actos sucesivos. Está compuesto por una serie de actuaciones escalonadas en el tiempo que, frente a una determinada ley pertenecen, unas, a épocas anteriores a la vigencia de tal ley y otras son tributarias exclusivamente del futuro, esto es, del lapso de tiempo posterior a esa vigencia. Los actos procesales cumplidos antes de la vigencia de esa nueva ley no pueden quedar gobernados por los preceptos de esta última. Son *"facta praeterita"* para utilizar la terminología, ya clásica, de PAUL ROUBIER y, por consiguiente, a ellos no puede aplicarse la nueva ley sin incurrir en típica retroactividad.

Comparto, pues, el criterio del exconsejero de Estado y actual Ministro de Justicia, Doctor Eduardo Suescún Monroy, quien a propósito de un caso muy similar al presente expuso las siguientes ideas en un salvamento de voto:

> "El principio según el cual la ley procesal tiene efecto inmediato no puede aplicarse mecánicamente a todas las situaciones virtualmente pendientes. Es preciso examinar cada acto y sus distintas consecuencias, para poder establecer si éstas, por continuar en ejecución o por estar ya cumplidas, son susceptibles o no de un reencausamiento procesal. Así, es obvio que mientras el trámite de una demanda o la competencia para su conocimiento constituyen verdaderas situaciones en curso a lo largo de todo el proceso, lo relativo al acto mismo de la formulación y de la contestación de la demanda (oportunidad, formas, gravámenes) no constituye

situación en curso sino una verdadera situación definida y pretérita, a la cual resulta inaplicable la nueva ley, dado que sus efectos concretos se cumplieron bajo la ley antigua y conservan, por tanto, su eficacia.

"En consecuencia, considero que este gravamen de las costas, introducido infortunadamente en los procesos administrativos por el nuevo código, no pueden tener aplicación sino en los juicios y en los recursos extraordinarios iniciados con posterioridad a la expedición de ese estatuto".

(Salvamento de voto a la sentencia de fecha 9 de noviembre de 1984, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en el Expediente Nº 3743 y el cual corre publicado en los ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO, Tomo CVII, números 483-484, correspondientes al Segundo Semestre de 1984, páginas 822 y 823).

Como el proceso que ahora termina se inició mediante demanda presentada el día 27 de junio de 1983 y el Decreto-ley número 1 de 1984 entró a regir el día primero (1º) de marzo de 1984, es evidente que el fallo incurre en aplicación retroactiva del artículo 171 del C.C.A. adoptado mediante tal decreto, porque hace gravitar la condenación en costas no sólo respecto de las actuaciones procesales cumplidas con posterioridad a dicha fecha, sino sobre las surtidas con antelación a ella.

Bogotá, D. E., 30 de octubre de 1986.

Respetuosamente,

*Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD. MOTIVACION.*

*Si no alega causal legítima y concreta, el acto de caducidad deviene ilegal por falta de motivación y alegada una causal no puede luego invocarse una distinta. Otra cosa es que alegada una causal legal, la administración no queda atada al caso o hecho alegado en la resolución de caducidad PRORROGA DEL PLAZO DEL CONTRATO ESCRITO. No puede ser en forma verbal.*

*CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Prórroga del plazo del contrato escrito.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº 3678. Actor: Ricardo García López.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de abril 29 de 1982, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y por la cual denegó todas las súplicas de la demanda formulada por el recurrente contra el Municipio de Cali.

Este proceso se destruyó en el incendio del Palacio de Justicia de los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y se declaró reconstruido por auto de octubre 29 de 1986. Entró al despacho para fallo el 10 de noviembre pasado.

## *I. La sentencia apelada*

Son fundamentos de la sentencia:

"I. Propuesta por la parte impugnadora 'la excepción del pleito pendiente', habrá de despacharse desfavorablemente, en razón de que en la sentencia de mayo 12 de 1981 proferida por este Tribunal y en la cual se declaró nula la Resolución número 59 de marzo 30 de 1979 de la Junta de Valorización Municipal de Cali 'Por la cual se adjudicó la Licitación Pública DT 01-79 AVENIDA PASO ANCHO', no se hizo referencia alguna al contrato, que con fundamento en la adjudicación, se suscribió entre el Municipio de Cali y Ricardo García López, ya que

no fue materia de demanda, y tampoco se hizo ninguna declaración oficiosa o solicitada, al respecto".

"II. El acto administrativo acusado, es del siguiente tenor:

"MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI
RESOLUCION Nº 147-A DE 1980
(MARZO 22)

"POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD DEL CONTRATO VM-DT-05-79".

"El ALCALDE DEL MUNICIPIO DE CALI, en uso de sus atribuciones legales y en especial de la conferida por el artículo 297 del Código Fiscal del Municipio de Cali, y

*"Considerando:*

"1º Que el Municipio de Cali, a través del Departamento Administrativo de Valorización Municipal (antes Oficina de Valorización Municipal) suscribió el contrato VM-DT-05-79, con el ingeniero Ricardo García López, para la ejecución y terminación de la obra denominada 'Pavimentación, alcantarillado, acueducto, infraestructura de energía y teléfono, y obras complementarias de la Avenida Paso Ancho (Sector I) y construcción de los dos puentes sobre el Río Meléndez', teniendo un valor de $ 34.047.422".

"2º Que el anterior contrato fue adjudicado por la honorable Junta de Valorización Municipal, previa Licitación Pública DT101-79, en su sesión de 30 de marzo de 1979, según consta en el acta número 751".

"3º Que el 12 de mayo de 1980, al Departamento Administrativo de Valorización Municipal, se le comunicó a través de oficio número 174 de fecha abril 25 de 1980, emanado del Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali, el embargo de los dineros a pagar al contratista Ricardo García López, en razón del contrato número VM-DT-05-79".

"4º Que el Código Fiscal del Municipio de Cali, prevé en su artículo 295 numeral 3º, como causal para declarar la caducidad de la incapacidad financiera del contratista que se presume cuando es embargado judicialmente".

"5º Que en el contrato VM-DT-05-79, está pactada la caducidad en la cláusula 23ª, y además se entienden incorporadas todas las normas pertinentes del Código Fiscal de Cali, al tenor de la cláusula 30ª del mismo contrato".

"Por lo anterior,

*"Resuelve:*

"*Artículo Primero:* Declárase la caducidad del contrato VM-DT-05-79 con el ingeniero Ricardo García López, por encontrarse en estado de incapacidad financiera, de acuerdo al artículo 295 numeral 3º del Código Fiscal Municipal".

*"Artículo Segundo:* Hágase efectiva la cláusula penal pactada en el contrato que se le declara la caducidad, en su cláusula 20ª, cobro que se podrá adelantar por medio de jurisdicción coactiva a través del Departamento Administrativo de Valorización Municipal —Sección de Ejecuciones Fiscales. También se hará efectiva apenas se ejecutoríe la presente resolución, la póliza de cumplimiento número 11.403.147 otorgada por la Compañía de Seguros 'La Nacional' ".

*"Artículo Tercero:* Contra la presente resolución únicamente procede el recurso de reposición, del cual deberá hacerse uso, por escrito, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación personal o de la desfijación del Edicto".

*"Parágrafo:* El Departamento Administrativo de Valorización Municipal a través de su Departamento Jurídico, tramitará la notificación de la presente resolución".

"Comuníquese, notifíquese y cúmplase".

"Dada en Cali, a los 22 días del mes de mayo de 1980".

"(Firmados) RODRIGO ESCOBAR NAVIA, Alcalde de Cali".

"ALFREDO DOMINGUEZ BORRERO, Director Departamento Administrativo de Valorización".

"Dispone el artículo 295, del Decreto 1091 de junio 30 de 1979 (Código Fiscal)".

"Como causales de caducidad, además de las que se tenga como conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar las siguientes:

"1º .....

"2º .....

"3º *La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra o se le abre concurso de acreedores; igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el contratista ofrece concordato preventivo, se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente".*

"4º .....

"5º ....."

"El contrato suscrito entre la Administración Municipal y el ingeniero Ricardo García López (contrato VM-DT-05 de 1979) correspondiente a la Licitación Pública DT-0179 de la Junta de Valorización Municipal de Cali, dispone en su cláusula trigésima:

" *'Trigésima: Legislación.* Se entienden incorporadas a este contrato las normas pertinentes del Código Fiscal del Municipio de Cali y demás disposiciones de orden nacional, a las cuales se somete íntegramente el contratista. Los gastos que demande la legislación de este contrato y las correspondientes cuentas de pago serán de cargo del contratista' ".

"Practicada diligencia de inspección judicial al Juzgado 12 Civil del Circuito de Cali, se estableció que se encontraban radicados bajo el número 4524 el proceso ejecutivo seguido por 'DISTRACSU LIMITADA' contra Policarpo Julio Porras y Ricardo García López en el cual se decretaron medidas previas (abril 24/80), se libró mandamiento ejecutivo (junio 2/80) por $ 2.221.380 (previa aprobación de la Póliza Judicial por $ 250.000), medidas previas que versaron sobre los bienes ya relacionados. Obra, además (cuaderno 3º) la solicitud de que se declare probada la excepción previa de beneficio de excusión propuesta por intermedio de apoderado, por Ricardo García López 'para que se persiga el bulldózer objeto del contrato de compraventa y de propiedad del deudor principal como tenedor y de dominio de la firma demandante DISTRACSU LIMITADA y en consecuencia decrete el desembargo de los bienes de propiedad de mi mandante Ricardo García López' ".

"En auto de 26 de septiembre de 1980 fue aceptado por el Juzgado el desistimiento de la demanda —se libraron los oficios de desembargo— por lo cual no se resolvió sobre la excepción de beneficio de excusión".

"El numeral 3º del Decreto 1091 de junio 30 de 1979 (Código Fiscal), consagra, como causal para declarar 'la incapacidad financiera del contratista' dos modalidades:

*"Por presunción.* Poder reglado 'se presume': Cuando se le declara en quiebra; cuando se le abre concurso de acreedores".

*"Por evaluación.* Por discrecional 'puede': Cuando ofrece concordato preventivo; se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales; o, es embargado judicialmente".

"Se tiene:

"En la primera modalidad, la norma describe los elementos básicos para la declaratoria de la caducidad".

"En la segunda modalidad, dado su carácter de discrecional, es más complejo, ya que comporta 'evaluar lo evaluado', es decir, que el juzgador sustituya al administrador en la evaluación de si se da o no incapacidad financiera por parte del contratista. Esta es labor en la cual se actúa en un campo restringido".

"Ha expuesto el Consejo de Estado:

" 'La administración puede obrar en uso de su potestad de mando de dos maneras: reglada o discrecionalmente. Obrar regladamente significa tener que ajustar su actuación al contenido, requisito o límite, dictado por una norma o precepto anterior. Obrar discrecionalmente equivale a hacerlo libremente, si bien acomodando la conducta a un fin público específico: fiscal, social, de policía u orden público, etc. En el ejercicio de la actividad reglada, la administración actúa conforme a las normas jurídicas. En ejercicio de la actividad discrecional lo hace según criterios no jurídicos, es decir, no legislativos; y que representan el mérito, o la oportunidad y conveniencia del acto. Al emitirlo, la administración debe acomodar su conducta conforme a su criterio, valoran-

do el acto. De ahí lo jurisdiccional, cuando la ley fija marcos a la discrecionalidad' (Sentencia de septiembre 16 de 1977. Consejero ponente: Doctor Alvaro Pérez Vives. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente Nº 2588. Actor: Global Films de Colombia Limitada)... (De ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO. Año LII. Tomo XCIII. Números 455 y 456. Segundo Semestre, 1977. pág. 886)".

"Bien oportuno resulta hacer algunas consideraciones al respecto. La norma (numeral 3º, Decreto 1091 de 1979), no contiene regulación alguna de carácter objetivo que le ponga límite al ejercicio de este derecho por parte de la entidad contratante. Es así como, por ejemplo, no se determina la cuantía del embargo judicial con relación al valor del contrato, porque puede darse el caso que aquel sea ínfimo con relación a éste, y una apreciación subjetiva de la entidad, en la cual influyan factores extraños, al hecho mismo, llevarla a aceptar la 'incapacidad financiera' y a declarar la caducidad. Sería el caso, también aberrante, en que el embargo judicial lo fuera sobre bienes ajenos a la ejecución del contrato, o siéndolo, exceda en mucho el monto de la obligación. O el caso en que 'el retraso en el pago de salarios o prestaciones sociales' se operara por causas ajenas a la voluntad misma del empleador, y éstas podrían darse, por ejemplo, por desacuerdo en su forma de liquidación o pago, monto o derecho a ellos. En cualquiera de estas circunstancias una apreciación subjetiva precipitada, parcializada, afectada de falta de ponderación, podría causar un daño superior al que se trata de conjurar".

"En el caso en estudio, se observa: el embargo fue decretado sobre bienes de quien ostentaba la condición de fiador del deudor principal, por lo mismo favorecido con el beneficio de excusión, que invocó en su momento; la obligación a cobrar era por $ 2.221.380 y la póliza judicial de garantía lo fue por la suma de $ 240.000, para un embargo que alcanzó la suma de $ 50.627.681, representados en cuentas y bienes no comprometidos directamente con la ejecución del contrato".

"De otra parte, como lo expone la parte actora 'el tractor, tiene reserva de dominio, y su valor respaldaba suficientemente la deuda', además de que sobre el mismo tractor el deudor principal 'había cancelado una suma superior a $ 80.000' ".

"Se tendría, que conforme a la causal invocada en el punto 3º de la Resolución número 147-A de 1980 —mayo 22— proferida por el Alcalde Municipal de Cali, mediante la cual se declara la caducidad, ésta causal no constituiría fundamento válido, a la luz de las consideraciones que anteceden, para declarar la citada caducidad".

"Mas la parte impugnadora, en sus alegatos de impugnación y de conclusión, expone que 'el estado de incapacidad financiera' se acredita, entre otras, con las siguientes pruebas, a más de las del Juzgado 12 Civil del Circuito:

"Juicio Ejecutivo con Título Hipotecario (diciembre 15/79) propuesto por Ahorramás —Corporación de Ahorro y Vivienda— contra Ricardo García López, según certificación expedida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, el 9 de octubre de 1980 (1º Pruebas Parte Impugnadora. Municipio de Cali)".

"Juicio Ejecutivo con acciones real y personal de mayor cuantía que adelanta el Banco Santander contra la sociedad 'García Julio Ltda.' y los señores Ricardo García López y María Luisa M. de García, demanda presentada con base en dos pagarés garantizados con hipoteca, por la suma de $ 3.000.000 y $ 1.185.079.35, demanda admitida por auto de 8 de mayo de 1980, según certificación expedida por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cali en octubre de 1980 (9. Pruebas. Parte Impugnadora. Municipio de Cali)".

"Invoca la parte impugnadora, en los mismos escritos, otros antecedentes para demostrar la incapacidad financiera del contratista Ricardo García López, como son el oficio número 1403 que le dirigiera el entonces Director de la División Técnica de Valorización Municipal en el sentido de que: 'Manifestarle nuestra preocupación por la forma lenta e ineficiente como se desarrollan las obras contempladas en el contrato de la referencia', como lo es el hecho de que 'el jueves pasado la Interventoría encontró la obra prácticamente paralizada por problemas laborales, especialmente debidos a la falta de cancelación oportuna de salarios a los trabajadores, a pesar de que a esta oficina le han entregado como anticipo la suma de $ 6.663.591'. (6. Pruebas. Parte Impugnadora. Municipio de Cali). Además, el hecho a que se refiere el oficio 488 de marzo 10 de 1980, suscrito por el interventor de la obra, referente a que 'en visita realizada en el día de hoy a la obra que usted ejecuta para esta entidad, pude apreciar la parálisis total que se presenta en la construcción del colector; digo total porque considero que dos jóvenes haciendo rellenos a este colector no se puede tomar como actividad en una obra de tal magnitud' (43. Pruebas, Parte Impugnadora. Municipio de Cali)".

"Al respecto comenta la parte impugnadora: 'Es indudable que para una obra que se contrató por un costo superior a los treinta y cuatro millones de pesos, dos trabajadores no significan actividad e indudablemente si el contratista no tenía más trabajadores era porque no tenía facilidad económica para contratarlos, lo cual tampoco debía ser probable ya que el Municipio le había dado un apreciable anticipo para el desarrollo de la obra' ".

"Los hechos relacionados y demostrados por la parte actora, no llevados a la resolución de caducidad, sí constituyen elementos de juicio satisfactorios para considerar que la entidad contratante pudiera concluir que había incapacidad financiera de parte del contratista".

"Ha expuesto el señor Fiscal 2º, en concepto que comparte este Tribunal, que 'lo procedente era si el Doctor García López estaba en condiciones de desvirtuar dicha presunción, que en la vía gubernativa demostrara suficientemente que a pesar del embargo, esa aparente o presunta incapacidad financiera no existía realmente, y que, por consiguiente, el desarrollo normal de las obras contratadas, no tendrían ningún tropiezo, oportunidad que tenía interponiendo el recurso de reposición que en el artículo 3º de la correspondiente resolución se consignó que era derecho suyo, que podía a bien ejercer. No lo hizo así, y entonces esta Fiscalía, ante esa conducta y esa manifestación del Doctor Ricardo García López, hecha a través de su apoderado y que tiene carácter de confesión —por lo demás comprobados los hechos en

el presente proceso— habrá de pronunciarse en forma adversa en sus pretensiones' ".

"IV. La notificación a la Compañía de Seguros que, según la parte actora, la sustraía de la alternativa de asumir la terminación de las obras, no la afecta en razón de que el Municipio de Cali dio aviso a la Nacional de Seguros de que se había declarado la caducidad del contrato, a la vez que solicitaba a la compañía 'el pago de $ 4.479.145.09 que adeuda el contratista', ante lo cual la compañía manifestó que no se subrogaba en el contrato, y en otra comunicación, 'precisa los requisitos que se deben cumplir para que la Nacional de Seguros pueda proceder al pago de la indemnización' (28, 29, 30, 31, 32, 33. Prueba. Parte Impugnadora. Municipio de Cali). (fols. 7 y 8 cuaderno principal)".

"Respecto a la notificación a la firma 'Estructuras Pretensadas Ltda.', no estaba ella vinculada contractualmente con el Municipio de Cali y como lo manifiesta la parte impugnadora siendo el 'subcontrato parte del contrato principal la notificación se entiende surtida para todo el contratista al efectuarla con el señor García' ".

"Con fundamento en las consideraciones que anteceden, se concluye que la Resolución número 147-A de 1980, proferida por el Alcalde del Municipio de Cali 'por medio de la cual se declara la caducidad del contrato VM-DT-05-79 no está afectada la nulidad, es decir, no se declara su nulidad' " (fols. 7 a 13 C. 1).

*II. Sustentación del recurso*

Dice así:

"El tratadista del Derecho Administrativo José Roberto Dromi en su importante obra intitulada 'Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública' —Editorial Temis—, edición 1980, sostiene que pueden considerarse como principios generales del Derecho, es decir, como aquellos principios fundamentales que no se encuentran escritos en ninguna ley, pero que son los presupuestos lógicos necesarios de las distintas normas que profiere el Estado tanto en su función legislativa como Gubernativa o Administrativa, se pueden señalar los siguientes:

"a) *Racionalidad*".

"Uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que se ejerza racionalmente. Es una consecuencia del principio que impone a la administración una actuación lógica congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo. En este sentido habría logicidad por contradicción en la motivación o en el dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo".

"El Alcalde y el Director del Departamento de Valorización Municipal de Cali, al proferir el acto que se enjuicia, no obraron racional y lógicamente, en consecuencia con la recomendación que hiciera la Junta Directiva del mencionado organismo, cual fue la de autorizar al Director de Valorización para que entrara en acuerdo con el contra-

tista para que cediera el contrato y en su defecto se rescindiera, esta autorización u orden fue dada el 20 de mayo de 1980 y el 22 de mayo mediante la Resolución número 147-A se declaró la caducidad del contrato, mediando entre la orden de la Junta de entrar en arreglos con el contratista, y la decisión de caducarlo, un día completo, término dentro del cual mi mandante no fue requerido en forma alguna para que de común acuerdo con el Departamento Administrativo de Valorización Municipal, cediera el contrato o lo terminara".

"b) *Justicia*".

"El acto administrativo discrecional, además de racional, debe ser justo. El poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que éste obre según su prudente arbitrio, consultado lo más equitativo o racional, en vista de la justicia y de la imparcialidad. Discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia. La potestad discrecional del funcionario administrativo, 'no puede traspasar los linderos de la verdad y de la equidad' ".

"El acto administrativo aprobado por el Alcalde y el Director del Departamento de Valorización Municipal de Cali, como antes se expresó contrarió en forma palmaria la autorización aprobada por la Junta Directiva, no realizó ninguna averiguación previa relacionada con la real o presunta insolvencia de mi mandante, ésta se vino a hacer después de instaurado éste proceso con el fin de explicar tardíamente la decisión, prueba que sin ningún rubor aceptó el Tribunal, en su sentencia de abril 29 de 1982 al aceptar unas constancias de procesos adelantados posteriormente contra mi mandante, precisamente con ocasión de la caducidad que se le decretó, cuando expresa:

" 'Los hechos relacionados y demostrados por la parte actora, no llevados a la resolución de caducidad, sí constituyen elementos de juicio satisfactorios para considerar que la entidad contratante pudiera concluir que había incapacidad financiera de parte del contratista'. Sin tener en cuenta la prueba controvertida en el proceso, como fue la Diligencia de Inspección Judicial al lugar de la obra, ubicada en la Avenida Paso Ancho, Sector Primero, al suroriente de la ciudad, con asesoría de los peritos ingenieros, doctores Jorge de la Torre N. y Edgar Guerrero Quijano, en la cual se constató que mi mandante ejecutó obra por valor de $ 21.956.158.02 lo que equivale a un 64.49% del valor contratado, restando solamente de obra para ejecutar la cantidad de $ 12.091.263.98 que equivale a un 35.51%, y que los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, a la fecha del 30 de julio de 1980 ascendían a un valor total de $ 20.987.521.01. Este dictamen pericial, debidamente motivado y explicado realizado sobre los documentos oficiales que obran en el Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Cali, no fue objetado y constituye prueba fundamental de este proceso, pero el Tribunal repito, no se ocupó para nada de esta prueba, no obstante que como es obvio la practicó el Magistrado Ponente de la sentencia".

"c) *Igualdad*".

"Otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor por parte de la autoridad administrativa en relación con los

administrados. Hay igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, hay desigualdad y parcialidad cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha concedido a otro".

"Este principio, de rango constitucional y aplicable a todas las actuaciones del Estado, es indudablemente uno de los límites del poder discrecional. Aplicando este principio con objetividad al caso en cuestión, ¿podría afirmarse con razón que la administración ha dado tratamiento distinto a supuestos en esencia idénticos a los planteados en la demanda?..., la respuesta es indudablemente afirmativa, pues ya se vio la estrecha vinculación del acto que se acusa con el precedente, este es, en la sesión del 29 de abril de 1980, correspondiente al acta número 779, como se pudo constatar en la diligencia de inspección judicial practicada el 24 de abril de 1981 por el Magistrador Sustanciador a las dependencias del Departamento de Valorización Municipal de Cali, la Junta Directiva le dio un tratamiento especial al contratista Henry Salcedo, haciendo lo posible para que éste cumpliera su contrato de la obra de la Carrera 70 Barrio Caldas, 'no obstante el estado de insolvencia casi total del contratista comprobado por la Junta'. Como antes se indicó, la Junta Directiva de Valorización Municipal de Cali, ni el Director de este Departamento Administrativo hicieron averiguación alguna relacionada con la presunta o real insolvencia económica del contratista ingeniero Ricardo García López, no obstante que ese organismo sabía que se le había garantizado por parte de mi mandante a la firma AMERICAN PIPE CONSTRUCTION INTERNATIONAL, el suministro de la tubería, elemento indispensable para la obra a cargo de mi mandante, mediante la constitución de una Carta de Crédito por la suma de $ 4.038.091.20, lo cual permitía el desarrollo normal de la obra, como sí se hizo con el mencionado contratista ingeniero Henry Salcedo Moreno, y como también lo verificó el Departamento del Valle del Cauca, Secretaría de Obras Públicas y Valorización Departamental, antes de tomar decisiones precipitadas como la que se enjuicia".

"d) *Competencia*".

"Se refiere, según el tratadista citado, al quién. Esto es, el autor de la decisión, a fin de ver su competencia o habilitación legal para emitirla. Es decir, verificar si la materia sobre la cual recae la decisión entra en la órbita de atribuciones jurídicas con que ha sido dotado legislativamente. En el caso concreto, es a la Junta Directiva del Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Cali, a quien le corresponde decretar la caducidad administrativa de los contratos celebrados por dicho departamento administrativo, así lo dispone expresamente el artículo 137 del acuerdo número 33 del 20 de diciembre de 1979 'Por medio del cual se recopilan, modifican, adicionan y sustituyen las disposiciones vigentes sobre la contribución de Valorización en el Municipio de Cali, y los fondos rotatorios a cargo del mismo Departamento Administrativo'. 'Artículo 137. Funciones y atribuciones de la Junta: El Departamento Administrativo de Valorización por conducto de su Junta tendrá a su cargo la decretación de las obras, la distribución, administración e inversión de las contribuciones de Valorización de conformidad con las normas nacionales que rigen la materia y con lo establecido mediante el presente estatuto' ".

"Para cumplir con su objetivo, la Junta tendrá las siguientes funciones:

"a) ...

"b) ...

"c) ...

"d) ...

"e) ...

"f) ...

"g) Dictar las normas sobre la inscripción, clasificación y calificación en el registro de contratista, sobre la apertura de licitaciones, concursos de mérito, presentación de propuestas y adjudicaciones de contratos de obras públicas".

"h) Decretar la caducidad administrativa de los contratos celebrados por el Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Cali, con la finalidad de que sea declarada por el Alcalde de la ciudad".

"Como antes se indicó la Junta Directiva no solamente NO DECRETO LA CADUCIDAD DEL CONTRATO VM-DT-05 celebrado con mi mandante, sino que UNICAMENTE AUTORIZO AL DIRECTOR DE VALORIZACION MUNICIPAL PARA QUE ENTRARA EN ACUERDO CON EL CONTRATISTA PARA QUE CEDIERA EL CONTRATO Y EN SU DEFECTO, SE RESCINDIERA, esta autorización u orden fue dada el 20 de mayo de 1980, como se constató en la Diligencia de Inspección Judicial de que antes se habló".

*"Las formalidades de la resolución de caducidad".*

"El honorable Consejo de Estado sobre la caducidad de los contratos administrativos ha dicho:

" 'La competencia del órgano es aquí importante, fundamentalmente en cuanto sólo es órgano competente en razón del objeto el funcionario que la ley señala, y por razón del tiempo en cuanto que el órgano competente por la materia deja de serlo en razón del transcurso del plazo del contrato, pues la facultad de declarar el contrato decae al vencerse su plazo o el término previsto para su duración' ".

" 'La caducidad está establecida para poner término al contrato luego a un contrato en vida y por eso el contrato cuyo plazo venció, el órgano ya no tiene objeto sobre el cual ejercen la facultad de caducarlo' ".

" 'La caducidad expedida por persona distinta de la señalada por la ley queda afectada del vicio de ilegalidad, debido bien a la falta de competencia que puede implicar simultáneamente un abuso de poder, que la torna injurídica y por ello sancionable por el juez del contrato' ".

" '..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ' "

" 'La administración deberá, pues, comprobar previamente la exactitud y existencia de los motivos que invoque en su resolución de cadu-

cidad a fin de lograr su incolumidad frente a su propio control a virtud del recurso gubernativo, o si fuere el caso, frente al control del juez especial' ".

" 'La resolución de caducidad, para que produzca sus efectos, debe ser oponible. La oponibilidad se obtiene cuando se le ha notificado personalmente a los interesados' ".

"Sobre esta última cita relacionada con la notificación de la resolución de caducidad a los interesados es oportuno reiterar que la Resolución 147-A de mayo 22 de 1980 NO SE NOTIFICO A LOS GARANTES DE LA EJECUCION Y CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, que como se encuentra acreditado en el proceso lo era la Compañía Nacional de Seguros, y la simple comunicación de que habla la sentencia no subsana este requisito legal".

"Con fundamento en lo expresado solicito muy respetuosamente a la H. Sala se revoque la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y se disponga el restablecimiento del derecho en mi mandante por tener un claro fundamento en los hechos y en las disposiciones legales que se le garantizan" (fols. 48 a 53 C. 1).

III. No aparece, en el proceso reconstruido, alegato de la parte demandada en la segunda instancia.

*IV. El concepto fiscal*

La Fiscalía 2ª de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"Estudiado el presente caso y revisado el material probatorio allegado al proceso este despacho observa lo siguiente:

"El actor basa su demanda en el hecho fundamental de que la causal invocada por la administración para declarar la caducidad no es cierta. Es decir, que el contratista no estaba insolvente. Basta revisar las pruebas para concluir, que el hecho invocado por la administración en la resolución acusada, no fue desvirtuado por el actor y por el contrario es abundante la prueba presentada por la administración en el curso del proceso tendiente a demostrar la incapacidad económica del contratista".

"Así por ejemplo en el cuaderno de pruebas del ente demandado (Nº 5), aparecen las constancias sobre las demandas formuladas en contra del actor, todas ellas anteriores al acto administrativo que se acusa".

"También deben destacarse los diferentes oficios suscritos por el mismo contratista en donde espontáneamente manifiesta a la administración en forma clara e inequívoca su mal estado financiero. Al respecto este despacho se remite al análisis que de estas pruebas hace el apoderado del Municipio en el memorial visible al folio 249 y ss. del cuaderno número 1".

"El hecho de la insolvencia o del mal estado económico reconocido como se vio por el propio contratista, no se puede desconocer. El embargo a que alude la Resolución número 174 de mayo 22/80 que declaró

la caducidad del contrato, era apenas uno de los motivos que mencionó la administración, pues según lo declarado por una funcionaria del Municipio la Doctora Mercedes Viveros F. (fol. 41 C. 2) la administración investigó y se enteró de las otras demandas. Así pues, como ya se dijo, la situación económica del contratista era realmente grave. Por ello el Alcalde, autorizado como estaba para solucionar el problema, procedió a declarar la caducidad del contrato".

"Otro de los argumentos del actor en contra del acto acusado es precisamente el relativo a la falta de autorización del Alcalde para decretar la caducidad, según lo establece el Código Fiscal (art. 296) y el acuerdo número 33 de 1979 (art. 137)".

"Por su parte la administración afirma que en la reunión efectuada el día 20 de mayo de 1980 —acta número 780— se autorizó al Alcalde para solucionar el problema, ya fuera cediendo o terminando el contrato".

"En la diligencia surtida ante el Tribunal, visible al folio 43 cuaderno número 2, aparece la transcripción del aparte correspondiente de la mencionada acta 780 de mayo 20 de 1980. Efectivamente en ese documento se autorizó al Alcalde para que terminara el convenio".

"La administración pues, sí tuvo en cuenta la situación financiera del contratista y la conducta asumida por el mismo, cuando en oficio número 075 de mayo 19 de 1980 expresamente le dice a la administración: '...habiendo llegado ya a mi límite de capacidad económica...' 'Creo que usted tiene elementos de juicio suficientes, además de los que soliciten adicionalmente, para tomar la determinación que más convenga a Valorización Municipal y a Ricardo García López' " (fol. 1 C. 5).

"Podemos pues concluir, que la Resolución número 147 de 1980 se ajustó a derecho y no hay lugar a declarar su nulidad".

"En consecuencia, esta Fiscalía se permite solicitar a la Honorable Sala la confirmación del fallo apelado" (fols. 155 a 157 C. 1).

### *V. Consideraciones de la Sala*

a) Dispone el acuerdo número 33 de diciembre 28 de 1979, artículo 137, del Municipio de Cali:

"FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA JUNTA: El Departamento Administrativo de Valorización Municipal por conducto de su Junta tendrá a cargo la decretación de las obras, la distribución, administración e inversión de las contribuciones de conformidad con las normas nacionales que rigen la materia y con lo establecido mediante el presente estatuto".

"Para cumplir con su objetivo, la Junta tendrá las siguientes funciones:

"..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

"..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

"h) *Decretar la caducidad administrativa de los contratos celebrados por el Departamento Administrativo de Valorización, Municipio de Cali, con la finalidad de que sea declarada por el Alcalde de la ciudad*" (fols. 54 y 55 C. 1).

Y en concordancia con lo anterior preceptúa el Código Fiscal del Municipio de Cali, Decreto Extraordinario número 1091 de junio 30 de 1979, vigente:

*"Artículo 295. Causales de caducidad".*

"Como causales de caducidad, además de las que se tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato, deben figurar las siguientes:

".....

"3. La incapacidad financiera del contratista, que se presume cuando se le declara en quiebra o se le abre concurso de acreedores; *igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el contratista ofrece concordato preventivo, se retrasa en el pago de salarios o prestaciones sociales o es embargado judicialmente*" (fol. 55 C. 1).

Y en armonía con las normas anteriores, prescribe el artículo 297 de la misma obra:

*"Artículo 297. Declaratoria de caducidad".*

*"La declaración de caducidad deberá proferirse por el representante legal de la entidad contratante mediante resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dieron lugar a ella y se ordenará hacer efectivas las multas, si se hubieren decretado antes, y el valor de la cláusula penal pecuniaria convenida, si fuere el caso".*

"....."

Aparece del acta número 780 de 20 de mayo de 1980, de la Junta del Departamento Administrativo de Valorización Municipal que, luego de un análisis prolongado del contrato controvertido *"La Junta luego del análisis detenido de la situación, determina autorizar al Director para que estudie la posibilidad de que el mencionado contrato sea cedido por el contratista actual o en caso contrario se rescinda por la oficina ya que existen bases jurídicas contempladas en el artículo 170 (sic) del Código Fiscal que así lo estipulan".*

De lo anterior surge la autorización para la Dirección Administrativa, previo estudio de la situación contractual, de obtener la cesión del contrato por parte del contratista o de *"rescindir"* el contrato.

No es necesario análisis especial para entender que cuando la Junta habla de "rescindir" ha de tomarse por "caducar" que es terminar unilateralmente el contrato conforme a la ley contractual administrativa.

El actor alega precipitud, falta de análisis y de conversaciones de la administración, ordenadas por la Junta antes de tomar una decisión.

Al respecto la Sala encuentra perfectamente ajustado a derecho el análisis que el apoderado del Municipio hizo en su alegato de conclusión ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

"b) En mayo 19 de 1980 el contratista dirigió al Director de Valorización Municipal el oficio número 075, en el cual pone de presente su grave estado de incapacidad económica, así también como su incapacidad para continuar con la ejecución de la obra en los términos en que se había pactado el contrato. De la atenta lectura de este oficio (Nº 075) se puede concluir la justicia y equidad con que obró la administración Municipal, a su vez que los perjuicios que para el Doctor García hubiera representado continuar con la ejecución de la obra en los términos pactados. Toda vez que el escrito es tan importante me remito a él, obra en el expediente como prueba número 63, que fue aportada por el suscrito con el memorial de impugnación a la demanda. Y aunque considero que sería de vital importancia transcribir su parte final, con el respetuoso convencimiento de que el Honorable Tribunal lo analizará en su totalidad:

" '4º *Estado financiero*'.

" 'De los puntos dos y tres podemos obtener que *el contratista ha perdido capacidad económica en DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS ($ 2.400.000) cifra muy importante en los actuales momentos. Es cierto que Valorización Municipal está cumpliendo en los pagos de las actas. Pero también es muy cierto que en el mercado actual el crédito se acabó y las compras de los materiales tienen que hacerse de estricto contado y que de cada peso que el contratista invierte en la obra recupera solamente SETENTA CENTAVOS, habiendo llegado ya a mi límite de capacidad económica*'.

" 'En los cuatro puntos anteriores he tratado de resumir mi estado general del momento. *Creo que usted tiene elementos de juicio suficientes, además de los que soliciten adicionalmente, para tomar la determinación que más convenga a Valorización Municipal y a Ricardo García López*'.

" 'Con mis sentimientos de consideración y aprecio me es grato reiterarme como su servidor y amigo, Ricardo García López (Fdo.)' ".

"Es pertinente resaltar que este oficio del contratista, hoy actor en este proceso, es de sólo 7 días después que Valorización Municipal recibió el oficio número 174 del Juzgado Doce Civil del Circuito, y sólo 3 días antes de que se caducara el contrato".

"c) Por último, y como antecedente a la Resolución número 147-A de mayo 22 de 1980, el Doctor Ricardo García López se dirigió al Doctor Carlos Arturo Campo, Jefe de la Rama Técnica de Valorización Municipal para manifestarle:

" 'Apreciado Doctor:

" '*En relación con las conversaciones tenidas en el día de ayer, en horas de la mañana con usted y en las horas de la tarde con usted y el Doctor Alfredo Domínguez B., Director de Valorización Municipal, me permito confirmarle que en el día 24, sábado, quedará terminada la colocación de la tubería 1.30 metros concluyendo de esta manera el*

*colector de las aguas lluvias y por lo tanto quedando a disposición la obra para la liquidación final del contrato y/o su declaratoria de caducidad por parte de Valorización Municipal y de acuerdo a sus instrucciones'* (Copia auténtica de este oficio se anexó como prueba número 1 con el escrito de Impugnación)".

"Los tres oficios antes citados (Nos. 39, 75 y 78) dirigidos por el contratista Doctor ingeniero Ricardo García López a los funcionarios de Valorización Municipal, prueban en sus contenidos los graves problemas económicos que el contratista estaba afrontando y en todos ellos, sobre todo en los dos últimos, estaba prácticamente solicitando a la Administración Municipal que declarara la caducidad del contrato. Prueba clara de ello es el último párrafo del oficio 78 y la parte final del número 75. Es por esto que podemos concluir que el Gerente de Valorización Municipal sí agotó la facultad que le había dado la Junta para que analizara la situación que se planteaba con el contratista. Sobre este punto hemos de recordar que ya desde el Derecho Romano (en el digesto) se consagró el principio: QUIEN HA DICHO NO VOY A CUMPLIR, NO HAY QUE ESPERAR A QUE NO CUMPLA".

"Concluimos, pues, que sí se realizaron las conversaciones, así lo dice el oficio número 78 del señor García, necesarias para tratar de encontrar solución al problema. Y también podemos apreciar que el contratista nunca planteó la posibilidad de ceder el contrato, sino que antes por el contrario manifestó '...Y por lo tanto quedando a disposición la obra para la liquidación final del contrato y/o su declaratoria de caducidad por parte de Valorización Municipal...' (Parte final del oficio número 078, calendado en mayo 22 de 1980)". (fols. 62 a 64 C. 1).

La legislación aplicable al caso de autos, acuerdo 33/79, artículo 137, Decreto Extraordinario 1091/79, artículos 295 y 297 del Código Fiscal del Municipio de Cali, prevé la decisión de caducar en sede de la Junta y la potestad de decretarla en cabeza de la Alcaldía y exactamente eso fue lo que se hizo en el presente caso.

b) Se alega que no existía la insolvencia del contratista alegada en la Resolución de Caducidad.

Conforme al artículo 295 del Código Fiscal de Cali, se *presume* la incapacidad financiera del contratista, cuando se le declare en quiebra o se le abre concurso de acreedores; *"igualmente la entidad contratante puede considerar que hay incapacidad financiera cuando el contratista... es embargado judicialmente"*.

Es cierto que la administración no puede obrar arbitrariamente, en forma imprudente, maliciosa o irracional, pero aquí obró, indudablemente, conforme a derecho.

Alegó causal de derecho "la incapacidad financiera" y es que si no alega causal legítima y concreta, el acto de caducidad deviene ilegal por falta de motivación y alegada una causal no puede luego invocarse una distinta pues ello riñe con la buena fe que debe prescindir el cumplimiento y ejecución de los contratos administrativos y viola el derecho de defensa del administrado.

Otra cosa es que alegada una causal legal, la administración no quede atada al caso o hecho alegado en la resolución de caducidad.

Por el contrario, puede reafirmar la legalidad de su decisión con todo hecho configurativo de la causal alegada, sin importar si los conocía con antelación o con posterioridad a la caducidad.

En el asunto *sub júdice* se le comunica embargo de bienes del contratante por más de $ 50.000.000, lo que de por sí era suficiente para deducir la incapacidad del contratista.

Si el embargo era ilegal, excesivo o abusivo, es algo que sólo puede discutirse entre el ejecutante y el ejecutado y ciertamente el derecho permite que entre ellos se controvierta la ilicitud o el abuso del derecho y la consecuencial indemnización de perjuicios.

Pero además, en la inspección judicial practicada por el *a quo*, aparecen comprobados otros varios y valiosos embargos a los cuales se refiere el apoderado del demandado, en términos que comparte la Sala:

"Como se ha demostrado a todo lo largo del proceso y pasaré a analizar a continuación, el señor Ricardo García López no solamente fue embargado por orden del Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali, sino que debido a su situación económica ya había sido embargado por orden de otros juzgados en virtud a otros procesos ejecutivos que contra él estaban cursando. Es pertinente, pues, recordar lo establecido por el artículo 1937 del Código de Comercio: 'Se considerará en estado de quiebra el comerciante que sobresea (sic) en el pago corriente de dos o más obligaciones comerciales' ".

"La incapacidad financiera del contratista, hoy actor en este proceso, era al momento de declararse la caducidad del contrato VM-DT-05-79 de una claridad meridiana, y por lo tanto la actuación del Municipio de Cali-Departamento Administrativo de Valorización Municipal no fue en ningún momento precipitada, y mucho menos se puede alegar que fue mal intencionada, como se ha llegado a insinuar".

"Como pruebas de esta incapacidad financiera tenemos:

"1. Desde el 15 de diciembre de 1979 cursaba en el Juzgado Once Civil del Circuito de Cali un proceso ejecutivo con Título Hipotecario propuesto por Ahorramás, Corporación de Ahorro y Vivienda, contra Ricardo García López. Es pertinente advertir que en octubre 9 de 1980, o sea casi cinco (5) meses después de que el Municipio de Cali caducó el contrato con el señor García, el mencionado proceso todavía estaba cursando en el Juzgado Once Civil del Circuito, prueba de lo afirmado en este punto es la constancia, expedida por el Juzgado en octubre 9 de 1980, que obra en el expediente y fue aportada por el suscrito con el memorial de impugnación como prueba número 10".

"2. Además del proceso ejecutivo citado en el punto anterior, cursaba al momento de declararse la caducidad del contrato materia de este proceso, otro proceso ejecutivo en el Juzgado Primero Civil del Circuito, proceso este que se inició por auto admisorio de la demanda de fecha mayo 8 de 1980 y que fue promovido por el Banco Santander. Vale la pena admitir que en octubre 3 de 1980 este proceso todavía cursaba en el Juzgado Primero Civil del Circuito. Prueba de esto es el certificado número 608 expedido por el Juzgado Primero Civil del Circuito en octubre 3 de 1980, el cual obra en el expediente y se anexó como prueba número 9 al escrito de impugnación".

"3. Por último, de los procesos ejecutivos en que se había decretado embargo, que el Municipio de Cali tuvo conocimiento antes de proceder a decretar la caducidad del contrato VM-DT-05-79, tenemos el que cursaba hasta septiembre 29 de 1980, o sea 4 meses después de que se declaró la caducidad, en el Juzgado Doce Civil del Circuito de Cali. Como constancia de la existencia de este proceso y embargo se adjuntó el oficio 174 del Juzgado, el cual corresponde a la prueba 7 anexada al memorial de impugnación".

"4. Pero los embargos y procesos ejecutivos de que hemos venido hablando no son la única prueba de la incapacidad financiera del contratista. Existen otros antecedentes como son el oficio número 1403 dirigido por el entonces Director de la División Técnica de Valorización Municipal al contratista, el cual en su parte pertinente dice:

" 'La presente con el fin de manifestarle nuestra preocupación por la forma lenta e ineficiente como se desarrollan las obras contempladas en el contrato de la referencia, lo cual se constata por los siguientes hechos:

" '..... ..... ..... ..... ..... ..... ..... .....

" '2. *El jueves pasado la Interventoría encontró la obra prácticamente paralizada por problemas laborales, especialmente debidos a la falta de cancelación oportuna de salarios a los trabajadores, a pesar de que esta oficina le ha entregado como anticipo la suma de $ 6.663.591*' ".

"Como se puede ver, ya mucho antes de que la Administración Municipal procediera a declarar la caducidad del contrato VM-DT-05-79, existían problemas laborales, en la obra, los cuales eran causados por el no pago de los salarios a los obreros. El oficio 1403 se anexó como prueba número 6 al expediente, en su respectiva oportunidad".

"5. Pero los problemas laborales no son sólo de la época en que se envió el oficio de que trata el punto anterior, sino que en marzo 10 de 1980 mediante oficio número 488, el ingeniero interventor de la obra manifestó su preocupación al contratista por el poco personal que estaba laborando en la obra".

" 'En visita realizada en el día de hoy a la obra que usted ejecuta para esta entidad, *pude apreciar la parálisis total que se presenta en la construcción del colector; digo total porque considero que dos jóvenes haciendo rellenos a este colector no se puede tomar como actividad en una obra de tal magnitud*' ".

"Es indudable que para una obra que se contrató por un costo superior a los treinta y cuatro millones de pesos, dos trabajadores no significan actividad e indudablemente si el contratista no tenía más trabajadores era porque no tenía facilidad económica para contratarlos, lo cual tampoco debía ser probable ya que el Municipio le había dado un apreciable anticipo para el desarrollo de la obra. Copia auténtica del oficio 488 se anexó al expediente como prueba número 43 al escrito de impugnación" (fols. 56 a 58 C. 1).

El acto demandado resulta ajustado a derecho después de analizar los reparos que le hace el demandante.

c) *La nulidad absoluta del acto demandado.*

1. El contrato celebrado entre las partes se vencía el 30 de abril de 1980.

2. A folio 116 aparece el oficio, cuaderno número 30-A 3-1, de mayo 5 de 1980, que dice:

"Ingeniero

"RICARDO GARCIA LOPEZ

"Ciudad.

"Referencia: *Contrato VM-DT-05-79. Obra: Avenida Paso Ancho, Sector I.*

"Me permito informarle que la honorable Junta del Departamento Administrativo de Valorización Municipal, en su sesión del 29 de abril de los corrientes, aprobó la prórroga para el contrato de la referencia por un lapso de noventa (90) días a partir de su vencimiento inicial.

"Para la legalización de esta ampliación en el plazo, es necesario celebrar con esta oficina un contrato adicional, cuyos trámites deben adelantarse en nuestro Departamento Jurídico.

"Atentamente,

"CARLOS ARTURO CAMPO

"Ingeniero Jefe División Técnica".

3. En la Inspección Judicial practicada en el Departamento Administrativo de Valorización Municipal de Cali, aparece lo siguiente:

"Al punto IB. Si el contrato VM-DT-05-79, obra Avenida Paso Ancho, Sector I, fue prorrogado por un término de noventa (90) días más contados a partir de la fecha de su vencimiento inicial, por la Junta Directiva del mencionado Departamento Administrativo, qué motivos originaron esta prórroga, y el trámite que se le dio a esta ampliación. En el folder de correspondencia del contrato VM-DT-05-79, obra la solicitud en fecha abril 18 de 1980, que envió el contratista Ricardo García López, solicitando una prórroga de 90 días para el contrato VM-DT-05-79 que vencía el plazo inicial el 30 de abril de 1980. En fecha abril 28 de 1980, se hizo un análisis por parte de la Interventoría sobre la solicitud del contratista en la cual analiza la solicitud del contratista y se hace un condicionamiento para otorgarlo, así: *1. Programación valorada de la obra por capítulos en forma mensual para el período de la prórroga. 2. Programación de las cláusulas del contrato que tratan sobre incumplimiento del programa de trabajo y avance de las obras. 4. Disponibilidad en la obra del equipo necesario y suministro oportuno de materiales de acuerdo a las especificaciones generales de construcción de valorización municipal. Luego se llevó a la Junta dicha solicitud como consta en el acta 779, se concedió la prórroga por no-*

*venta (90) días con las condiciones que la Interventoría propuso.* La Doctora Mercedes Viveros F. expone que aunque se le envió en fecha mayo 5 de 1980, la comunicación que lleva el número 0811, fue a título de información, pues era costumbre de la División Técnica hacerlo, para que el contratista fuera procediendo a adelantar trámites, pero la oficial se envía por secretaría general, con el fin de que notifiquen de la respectiva resolución, y, *con esta base firmar el contrato adicional, que siendo estos dos últimos pasos los que no alcanzaron a ejecutarse, por este motivo nunca hubo un contrato de prórroga.* El Magistrado deja constancia que a folio 42 del cuaderno principal, obra copia del oficio 0811 de mayo 5 de 1980 dirigido al ingeniero Ricardo García López, al cual se ha referido la Doctora Viveros F. En este estado de la diligencia, el Doctor Herney Ramírez Zapata, interviene para manifestar: 'Muy respetuosamente, con la venia del señor Magistrado, le solicito a la Doctora Mercedes Viveros F. nos explique, qué actuaciones realizó la dependencia a su cargo para dar cumplimiento a la decisión tomada por la Junta del Departamento Administrativo de Valorización Municipal, en su sesión del 29 de abril de 1980, comunicada en la forma antes indicada a mi mandante, siendo que, cuando se tomó la decisión de declarar la caducidad del contrato le dio aproximadamente un mes. El artículo 292 del Decreto 1091 de 1979 por el cual se expide el Código Fiscal del Municipio de Santiago de Cali, que establece las formalidades para ampliación del plazo o el valor convenido en los contratos celebrados con la Administración Municipal, sólo requiere el concepto favorable de la Junta Directiva del correspondiente organismo, y la prórroga de la garantía, así pues, que la resolución y el contrato adicional de que se nos habla, es una formalidad o requisito no establecido en la norma legal antes citada? No sobra anotar que mi mandante amplió las garantías a junio 30 de 1980, como lo establece la disposición del Código Fiscal. Acto seguido interviene la Doctora Mercedes Viveros F. y expuso: «A ese respecto, aunque el Código Fiscal hable del concepto favorable del Alcalde para la Administración Central cuando se vayan a otorgar plazos, nuestro estatuto de valorización habla sobre la facultad que tiene la junta para aprobar los contratos que celebra el Departamento Administrativo de Valorización Municipal, artículo 137 del acuerdo 33 de 1979, y además el contrato inscrito en su cláusula 9ª habla sobre el modo de solicitar y conceder prórrogas». Agrega la Doctora Mercedes Viveros F.: «Por haber entendido mal la pregunta del apoderado de la parte demandante, solicito no se tenga en cuenta lo contestado con anterioridad al respecto, y la respuesta correcta después de esta aclaración, es la siguiente: El Departamento Jurídico a mi cargo, no podía elaborar el contrato de prórroga *hasta tanto no llegara la resolución —la copia— por la cual la Junta concedía la prórroga, pues, de conformidad con el acuerdo 33 de 1979, artículo 137 del Estatuto de Valorización, la Junta se debe manifestar a través de la resolución.* Nunca en el lapso de tiempo entre la prórroga y la declaratoria de, aclaro, que nunca entre el lapso de tiempo transcurrido desde el momento en que me enteré indirectamente que se había concedido una prórroga y la declaratoria de la caducidad, me llegó algún oficio por parte del contratista, solicitándome la elaboración del contrato. Respecto a las pólizas que dicen fueron ampliadas, tampoco tengo conocimiento que haya sido así, puesto que las pólizas originales tienen fecha de expedición de junio 2 de 1979, y fueron

las otorgadas cuando se firmó el contrato inicial número VM-DT-05-79, y que deben haber copias en el proceso, *por lo tanto el contratista nunca llegó a prorrogar pólizas porque no hubo contrato*». Acto seguido interviene el Doctor Fernando Jordán Mejía, representante del Municipio de Cali, y manifiesta: «Con respecto a lo expresado por el Honorable apoderado de la parte actora, en el sentido de que la firma García López, amplió el plazo de las pólizas, a junio 30 de 1980, y aun cuando la Doctora Viveros F. ha explicado este punto, me permito aclarar un poco más lo relacionado con las pólizas. Las pólizas a que se ha hecho referencia, no son en realidad, o no corresponden a una ampliación de las originales, o sea de aquellas que se debieron otorgar, durante el trámite de legalización del contrato VM-DT-05-79, y por lo tanto, no fueron otorgadas con motivo de la ampliación del plazo del contrato a que se ha venido haciendo referencia. Estas pólizas fueron todas otorgadas en junio 2, corrijo, julio 2 de 1979, como se puede apreciar en las pruebas números 28, 29 y 30 que presenté con el escrito de impugnación durante el término de fijación en lista, o sea, las pólizas que se otorgaron para garantizar el contrato original. Es cierto, que todas estas pólizas, estaban vigentes al momento de que la Junta de Valorización Municipal aprobó la prórroga, o dio concepto favorable para la prórroga; y también es cierto, que todas estas pólizas tenían una vigencia cercana a la de finalización de la prórroga en el caso que esta se hubiera legalizado, pero es pertinente advertir, que ello se debe a que todo contrato suscrito por la Administración Central del Municipio de Cali, dentro del trámite de Legalización, exige, que se otorguen unas garantías, para lo cual, la Contraloría Municipal debe establecer la cuantía y plazo de las mismas, con respecto al plazo, este siempre es mayor que el del término establecido en el contrato. Por lo tanto, esa es la razón para que las pólizas estuvieran vigentes, pero de todas maneras, se debía en el caso de haber legalizado la prórroga del contrato, también prorrogar la vigencia de las pólizas, lo cual no se hizo tampoco». Acto seguido interviene el Doctor Herney Ramírez Zapata, y manifiesta: «Con mi reconocimiento a los doctores Viveros F. y Jordán M., por las aclaraciones que han hecho, en relación con las pólizas prestadas por mi mandante, que garantizaban en contrato, incluido el término de prórroga, en caso de que esta se hubiera formalizado, como lo acaba de expresar el Doctor Jordán M., muy respetuosamente les solicito, nos aclaren si el contrato por no haberse formalizado la prórroga, simplemente se terminó el 30 de abril de 1980, plazo establecido en el contrato, y entonces con fundamento en que se declaró la caducidad, si éste no fue prorrogado». Acto seguido interviene la Doctora Mercedes Viveros F., quien expone: «Se tiene inicialmente un plazo para cumplirlo, que en el caso presente era de diez (10) meses, y cuando el contratista, no cumple con el plazo pactado, la administración tiene varias formas de obligarle a cumplir, entre ellas, las multas, y, para evitar esta circunstancia, es que se solicita prórroga, justificándolas; como el contrato también prevé. El no cumplir con el plazo, no quiere decir que el contrato no siga vigente, puesto que se debe rescindir o caducar como prevé la legislación, por tanto, el contrato, cuando se caducó estaba vigente, aunque respecto al plazo pudiera estar vencido». Al punto —se corrije. En este estado de la diligencia el Doctor Ramírez Zapata, solicita se tome fotocopia del acto número 779 de abril 29 de 1980 de la Junta del Departamento de Valorización Mu-

nicipal, que consta de 20 folios. Se accede por el Magistrado a lo solicitado, y se dispone allegar este texto al expediente, para sus fines probatorios correspondientes' " (fols. 108 a 111 C. 1).

Como puede verse de lo anterior, el contrato adicional resultaba absolutamente necesario porque no se trataba de una simple prórroga del plazo pactado sino del compromiso de determinadas condiciones impuestas para la ampliación del plazo y, en últimas, porque la supuesta prórroga no se celebró antes del 30 de abril de 1980, fecha de terminación del plazo inicialmente acordado.

No puede prorrogarse un plazo de un contrato escrito, en forma verbal, ni prorrogarse un plazo que ya está vencido, so pena de nulidad absoluta por violación de formalidades exigidas por la ley en atención a la calidad de uno de los contratantes y como medida de seguridad y seriedad en el ejercicio de la Administración Pública, en lo que se compromete el orden público jurídico y se deviene en la nulidad absoluta del convenio adicional, declarable de oficio, como excepción perentoria o de fondo.

4. Y como corolario de lo anterior, como la caducidad no es otra cosa que la terminación unilateral y anticipada del contrato, decretada por la administración, resulta nula la declaratoria que se haga, como en el caso de autos, cuando ya el plazo del contrato se encuentre vencido.

En el asunto *sub júdice,* el contrato terminó el 30 de abril de 1980 y la caducidad se decretó el 22 de mayo de 1980 por la Resolución número 147-A, que es objeto de impugnación en este proceso.

La liquidación del contrato que se hizo por la administración, en cumplimiento de la resolución de caducidad, resulta, igualmente, nula por carecer de causa.

Se ordenará la liquidación del contrato por vencimiento del plazo pactado.

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

*Falla:*

Se revoca, en todas sus partes, la sentencia apelada y, en su lugar, se resuelve:

Primero. Es nula, por falta de formalidades exigidas por la ley, la prórroga del contrato que venció el 30 de abril de 1980 y que ha dado origen al presente juicio.

Segundo. Es nula, en su totalidad, como consecuencia de lo anterior, la Resolución número 147-A de mayo 22 de 1980, originaria de la Alcaldía Municipal de Cali, por la cual se declaró la caducidad del contrato de obra que ha dado origen al presente juicio.

Tercero. En firme esta sentencia se procederá a la liquidación del referido contrato de obra pública, por vencimiento del plazo pactado.

Cuarto. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Quinto. Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala en su sesión de la fecha.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

# CAPITULO II

## LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

*ARBITROS EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DESIGNACION. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.*

*1º PROCESO ARBITRAL. Conocimiento por el Juez Civil del Circuito antes de la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo. INTEGRACION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. En la situación consagrada en el artículo 2013 del Código de Comercio.*

*2º LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Evolución del Juez competente. Legislación. Antecedentes del Decreto 01 de 1984.*

*3º El legislador quiso en todo momento recuperar la competencia en todas las áreas en función de la materia de lo Contencioso Administrativo e impedir el reparto de ella con la jurisdicción ordinaria, criterios razonables que permiten concluir que el Juez competente para tomar las decisiones a que se refiere el ARTICULO 2013 DEL CODIGO DE COMERCIO ES EL CONSEJO DE ESTADO, dentro del marco de presupuestos normativos que allí se indican.*

*4º LEY. INTERPRETACION. ESCUELA DE LA EXEGESIS. Como es la de indagar la voluntad del legislador. Concepto doctrinal (Luis Recasens Siches).*

*LEY. Interpretación. Escuela de la Exégesis.*

*LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Tercera.* — Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nº 4971 (202). Actor: Julio César Navarro Giraldo.

El arquitecto Julio César Navarro Giraldo, por conducto de apoderado legalmente constituido, solicitó del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que de conformidad "...con los artículos 76 del Decreto-ley 222 de 1983; 2013, 2015, 2016 ss. y concordantes del Código de Comercio; y el contrato administrativo de obra pública número 002139 de fecha enero 28 de 1985, cláusula vigésimanovena, suscrito entre mi poderdante y el Instituto de Seguros Sociales, representado por su Director General, se fije día, fecha y hora para que en audiencia de

las partes interesadas designen las personas que deberán integrar el Tribunal de Arbitramento, o para que en subsidio sean designadas por su despacho.

"De acuerdo al inciso tercero del artículo 2013 del Código de Comercio, y antes de la realización de la audiencia, solicito se requiera al señor Director del ISS para que proceda de consuno con mi procurador a la designación de los tres (3) árbitros.

"Estas diligencias se deberán surtir con citación y audiencia del Doctor Alvaro Arango Gutiérrez, actual Director del Instituto de Seguros Sociales, o por quien haga sus veces, y del señor Fiscal de la Corporación" (fol. 2 cuaderno número 1).

Por auto calendado el veinte (20) de agosto del presente año el *a quo* resolvió remitir el presente asunto, junto con sus anexos, a esta corporación, por las razones que se precisan en los considerandos de la misma. Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe lo pertinente de ella. Allí se lee:

"Ninguna de las normas citadas por el peticionario alude en manera alguna sobre la competencia de los Tribunales Administrativos para adelantar el incidente de integración del Tribunal de Arbitramento cuando las partes o un tercero, según el caso, no han procedido a su designación.

"Tanto las normas del Código de Comercio como las del Código de Procedimiento Civil (654 y ss.) establecen que en estos eventos, se debe acudir al juez para efecto de la designación e integración del Tribunal; la cláusula veintinueve del contrato que nos ocupa establece además que el tercer árbitro debe ser designado por la Cámara de Comercio o en su defecto por un Juez Civil del circuito de esta ciudad.

"En concordancia con lo anterior, el artículo 76 del Decreto-ley 222 de 1983 para la designación de los árbitros se remite al Código de Comercio y ya se dijo que este se refiere al juez.

"Se destaca que el contrato en cuestión se suscribió en vigencia del decreto antes citado, el 28 de enero de 1985, y que además consagra la cláusula de caducidad.

"Con posterioridad al Decreto 222 entró en vigencia el nuevo C.C.A. en cuyo artículo 128 numeral 12 asignó la competencia exclusiva al Consejo de Estado para conocer de las acciones de nulidad de laudos arbitrales originados en contratos administrativos o de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad. Así este código desplazó expresamente la competencia de la justicia ordinaria hacia la contenciosa administrativa, aceptando jurisprudencia que con anterioridad había adoptado el Consejo de Estado sobre la materia.

"No obstante el nuevo estatuto de lo contencioso nada dijo sobre la competencia para tramitar la integración o designación de árbitros en esta clase de contratos cuando se presentare renuencia de cualquiera de las partes.

"Es regla fundamental del estado de derecho que las competencias deben estar expresamente contempladas por la ley y que a ellas no se llega por vía analógica ya que como lo sostiene reiterada jurisprudencia de honorable Consejo de Estado 'la analogía repugna en el derecho público'.

"Si bien no existe competencia expresa ni de ninguna otra naturaleza que asigne el conocimiento de estos asuntos a los Tribunales Administrativos cabe destacar que en el presente negocio tampoco se trata de dirimir una controversia relativa al contrato que han celebrado las partes, puesto que ella según el peticionario será asunto exclusivo del Tribunal de Arbitramento que se pretende integrar. Por ello no es aplicable la regla del artículo 132 numeral 8º que se invoca. Se trata además de un incidente donde no se pretende indemnización por cuantía o suma líquida alguna, así el incidente surja o se derive de un contrato de carácter administrativo.

"Al no estar previsto este trámite en el C.C.A. tampoco es posible predicar incompetencia de esta jurisdicción para tramitar el petitorio puesto que el Consejo de Estado además de conocer privativamente de la nulidad de los laudos arbitrales es el juez común y único de estos asuntos por estar revestido de la cláusula general de competencia consagrada en el numeral 16 del artículo 128 según la cual conoce de todos los demás asuntos 'para los cuales no exista regla general de competencia' ".

Prepara la ponencia el consejero de la referencia por cuanto la presentada por el conductor del proceso no obtuvo la mayoría requerida para su aprobación por la Sala.

Como la solicitud se ajusta a derecho, se entra a decidir sobre el particular, para lo cual se hacen las siguientes

*Consideraciones:*

a) Antes de la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de enero 2 de 1984), bien podía argumentarse, con sólidas razones, en el sentido de que era el Juez Civil del Circuito del lugar donde debía adelantarse o se adelantaba el proceso arbitral, el competente para definir aspectos como el relacionado con la integración del tribunal de arbitramento en la situación consagrada en el artículo 2013 del Código de Comercio. Pero a partir de entonces, y manejando la intención del legislador como elemento importante, de interpretación, para la cabal comprensión del alcance de la normatividad que hoy existe, bien cabe concluir que esa competencia es hoy del Consejo de Estado. En efecto: Cuando se discutió el alcance de lo que es hoy el numeral 12 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo, el H. Consejero Doctor Jorge Valencia Arango dijo, y así quedó consignado en las actas correspondientes, que el alcance de esta normatividad era el siguiente:

"La Ley 4ª de 1964, por primera vez en el país abrió la posibilidad de incluir la cláusula compromisoria en los contratos administrativos

y dice que ella puede ser pactada en los contratos administrativos de la Nación o establecimientos públicos nacionales. La jurisprudencia la interpretó y dijo que eso era posible siempre y cuando no estuviera involucrada en la controversia la validez y los efectos de la cláusula de caducidad. Fue acogida esa jurisprudencia por el Decreto-ley 150 de 1976 y repetida en el Decreto-ley 222 de 1983, pero en el Código de Procedimiento Civil, artículo 672, al subrogar el compromiso y la cláusula compromisoria de la Ley 2ª de 1938, creó contra los laudos arbitrales dos recursos: uno de anulación, ante los Tribunales Superiores y de ésta sentencia de anulación, uno de revisión ante la Corte.

"Viene presentándosele al Estado, especialmente al Ministerio de Obras Públicas, el problema de que en virtud de la cláusula compromisoria, para resolver las numerosas controversias, se constituyen tribunales de arbitramento, quienes deciden la controversia; interpone la parte no satisfecha el recurso de anulación y los Tribunales Superiores vienen sosteniendo que ellos son los competentes. El Ministerio nos ha planteado el conflicto de competencia y en la primera controversia, un estudio largo planteado por mí, llegó a la conclusión de que era competencia del contencioso administrativo, del Consejo de Estado; en la segunda controversia, no tuvo mayoría ese criterio, se fue por empate a la Sala Plena y está allí todavía.

"Lo cierto es que frente a la legislación actual, cualquiera de las dos tesis es respetable, pero es un problema que conviene definir en favor de la jurisdicción que debe conocer de los contratos administrativos y desde luego, de la sentencia que dictan los jueces arbitrales.

*"No se justificaría que el legislador creara una jurisdicción para conocer de los juicios contractuales administrativos y le permitiera repartirse esa competencia con la justicia ordinaria, mediante la cláusula compromisoria"* (Subrayado del ponente). (Antecedentes del Código Contencioso Administrativo. Colección Bibliográfica. Banco de la República. Tomo III, pág. 136).

b) En la misma obra en antes citada, página 1447, aparece la constancia que dejó el Doctor Humberto Mora Osejo cuando la comisión redactora del nuevo estatuto contencioso administrativo aprobó la cláusula general de competencia. En ella se lee:

"Estos dos renglones del numeral 18 tienen, como sabemos, una importancia muy grande, porque es la cláusula general de competencia del Consejo de Estado que tradicionalmente había tenido y que es lo que permite decir, a la luz de la doctrina, *que es el juez de derecho común de lo contencioso administrativo.* Actualmente existe una cláusula pero no tiene ningún sentido, en mi modesta opinión porque el artículo 51 del Código Contencioso que dice esto, está contradicho por el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil según el cual salvo los casos atribuidos por la ley a la jurisdicción contencioso administrativa, de las controversias relativas a la Nación, los establecimientos públicos, etc., etc., conocerán los jueces del circuito en primera instancia. *Con esto se recupera la competencia en función de la materia de lo contencioso administrativo"* (Subrayado del ponente).

c) Como se puede apreciar por la simple lectura de la literatura jurídica anterior, el legislador quiso en todo momento recuperar la

competencia en todas las áreas en función de la materia de lo contencioso administrativo e impedir el reparto de ella con la justicia ordinaria, criterios razonables que permiten concluir que el juez competente para tomar las decisiones a que se refiere el artículo 2013 del Código de Comercio es el Consejo de Estado, dentro del marco de presupuestos normativos que allí se indican. Es apenas natural comprender que la interpretación que la Sala hace de la normatividad invocada por el demandante ha utilizado uno de los senderos que sugiere la escuela de la exégesis como es el de indagar la voluntad del legislador, perspectiva que es de recibo en el caso en comento, dado que la legislación es nueva y la intención de éste fresca. Pero además, no debe perderse de vista que siempre corresponde al juez la bella posibilidad de interpretar, sin la cual —enseña Luis Recasens Siches— "... no hay en absoluto ninguna posibilidad de que exista de hecho ni funcione en la práctica ningún orden jurídico... sin interpretación no hay posibilidad alguna ni de observancia ni de funcionamiento de ningún orden jurídico. No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas y, en su caso, impuestas por los órganos jurisdiccionales y ejecutivos. Ahora bien, las normas generales —constitución, leyes, reglamentos— hablan del único modo que pueden hablar: en términos relativamente generales y abstractos. En cambio, la vida humana, las realidades sociales, en las cuales las leyes deben cumplirse y, en su caso ser impuestas, son siempre particulares y concretas. Por consiguiente, para cumplir o para imponer una ley o un reglamento es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos y genéricos en preceptos concretos y singulares. Y esto es precisamente lo que se llama interpretación del Derecho" (Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrua. Sexta Edición. págs. 210 y 211).

d) Finalmente, la Sala precisa que la interpretación anterior encuadra dentro de la lógica de lo razonable, pues no tiene sentido ni presentación alguna sostener o predicar que son los jueces de una jurisdicción los que deben ocuparse de designar los árbitros, en los eventos contemplados en el artículo 2013 del Código de Comercio, y otros de jurisdicción diferente, los encargados de conocer de la nulidad de los laudos arbitrales que ellos profieran en los conflictos originados en los contratos administrativos o de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, en los términos y por las causales previstas en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil. No puede perderse de vista que en el tiempo el Código de Comercio se promulgó primero que el actual de lo Contencioso Administrativo, lo que explica que puedan presentarse aparentes antinomias las que manejadas por el juez en ejercicio de su función judicial deben desaparecer.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

*Resuelve:*

1. Se requiere al Instituto de Seguros Sociales, representado por su Director General, Doctor Alvaro Arango Gutiérrez, o por quien haga sus veces, para que designe el árbitro que le corresponda a la luz de

lo preceptuado en la cláusula vigésimanovena del contrato administrativo de la obra pública número 002139 suscrito el 28 de enero de 1985 por esa entidad y el arquitecto Julio César Navarro.

2. Se fija la hora de las tres de la tarde del día dieciséis (16) de enero de 1987, para que tenga lugar la audiencia en que tanto el Instituto de Seguros Sociales como el arquitecto Julio César Navarro G., designarán los árbitros.

3. Si alguna de las partes no concurriere, o no hubiere acuerdo para la designación, en el mismo acto el juez designará los árbitros (artículo 2013, inciso 4 del Código de Comercio).

4. La notificación de esta providencia deberá hacerse en forma personal al Director del Instituto de los Seguros Sociales.

Cópiese y notifíquese en la forma ordenada.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* salva el voto.

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ARBITROS EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DESIGNACION. COMPETENCIA DE LOS JUECES DE CIRCUITO EN LO CIVIL* (*Salvamento de voto*).

*"El juez" ante el cual cabe formular el requerimiento de que tratan los incisos tercero del artículo 665 del Código de Procedimiento Civil y 2013 del Código de Comercio cuando quiera que la cláusula compromisoria pactada en el contrato guarde silencio respecto del NOMBRAMIENTO DE ARBITROS, y aún tratándose de contratos administrativos, no es otro que el JUEZ DE CIRCUITO EN LO CIVIL del lugar donde haya de adelantarse el proceso arbitral que deba desarrollarse en virtud de cláusula compromisoria.*

*SALVEDAD DE VOTO*

Referencia: Expediente Nº 4971 (Varios). Actor: Julio César Navarro Giraldo.

A manera de salvamento de voto reproduzco a continuación las consideraciones que contenía la ponencia que sometí a consideración de la Sala y que ésta no acogió, así como los argumentos que, para sustentarla, aduje en el curso de las discusiones a que dio lugar el proyecto que presenté:

*Primero.* Acierta la providencia apelada cuando afirma que no existe norma alguna que expresamente confíe a los Tribunales Administrativos el conocimiento de asuntos como el que plantea el escrito del señor apoderado del arquitecto Navarro Giraldo. También acierta cuando sostiene que tanto el estatuto mercantil como el procesal civil preceptúan que cuando quiera que una cláusula compromisoria guarde silencio sobre el nombramiento de árbitros, las partes deberán hacer la designación correspondiente poniéndose de acuerdo y que si tal acuerdo no fuere posible, cualquiera de ellas podrá acudir "al juez" a fin de que éste requiera a las otras para hacer el nombramiento o para que, si se reunen los requisitos que la ley prescribe y alguna de las partes no concurriere o en caso de que, asistiendo, no se pusieren de acuerdo respecto de la designación, sea "el juez" quien en el mismo acto designe los árbitros (C.P.C., art. 665, incisos 3º y 4º C. de C., art. 2013, incisos 3º y 4º). Y es igualmente cierto que el artículo 76 del Decreto 222 de 1983 defiere la regulación de la materia a lo que preceptúa el Código de Comercio.

*Segundo.* Cuando el inciso segundo del artículo 76 del Decreto-ley 222 de 1983 expresa que *"los árbitros serán designados en la forma pre-*

*vista en el Código de Comercio* y su fallo será en derecho", está manifestando en forma clara e inequívoca la voluntad del legislador extraordinario en el sentido de remitir todo lo concerniente a la conformación de los tribunales arbitrales que hayan de funcionar en el ámbito de la contratación administrativa, a la normatividad que sobre la materia contiene el estatuto mercantil sin excepción alguna, pues de haber querido excluir alguna o algunas materias de esa regulación lo habría dicho expresamente como lo hizo, por ejemplo, cuando excluyó de cualquier arbitramento la aplicación de la cláusula de caducidad y sus efectos o las cláusulas referentes a los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales de los contratos administrativos.

*Tercero.* Resulta claro, entonces, que cuando la cláusula compromisoria pactada en un contrato administrativo, interadministrativo o de derecho privado de la administración que contenga la de caducidad, nada diga sobre el nombramiento de los árbitros nacionales que deban integrar el Tribunal de Arbitramento y no siendo posible que las partes se pongan de acuerdo sobre la designación, cualquiera de ellas podrá acudir "al juez" a fin de que requiera a la contraparte para hacer la designación y que si requerida, alguna de las partes no concurre a la audiencia que para tales efectos señale "el juez" o no hubiera acuerdo para la designación, será el juez quien en el mismo acto designe los árbitros que deban integrar el Tribunal. Como es igualmente claro que, según lo dispone el inciso 2º del artículo 2024 del Código de Comercio, son los jueces del circuito del lugar donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbitral, los competentes para conocer de todos los asuntos que de conformidad con el Título III del Libro Sexto del Código de Comercio se reservan a "los jueces", excepción hecha de los recursos de anulación interpuestos contra los laudos arbitrales, cuyo conocimiento privativo está atribuido en única instancia al Consejo de Estado, de conformidad con el numeral 12 del artículo 128 del nuevo C.C.A., precepto éste que, en la materia, tan sólo modificó lo que al respecto disponían el inciso 2º del artículo 2024 del Código de Comercio y el inciso 2º del artículo 676 del C.P.C., pero no más.

*Cuarto.* Disponen los segundos incisos tanto del artículo 676 del Código de Procedimiento Civil como del 2024 del Código de Comercio, con idéntica literatura, que "Dejando a salvo las cuestiones atribuidas a los Tribunales Superiores, *de las demás que* conforme a este título *se reservan a los jueces,* conocerá el juez del circuito a que corresponda el lugar donde deba adelantarse o se adelante el proceso arbitral" (Sublíneas y mayúsculas del suscrito).

Quiere decir lo anterior, en consecuencia, que "el juez" ante el cual cabe formular el requerimiento de que tratan los incisos tercero del artículo 665 del Código de Procedimiento Civil y 2013 del Código de Comercio cuando quiera que la cláusula compromisoria pactada en el contrato guarde silencio respecto del nombramiento de los árbitros, y aún tratándose de contratos administrativos, no es otro que el juez del circuito en lo civil del lugar donde haya de adelantarse el proceso arbitral que deba desarrollarse en virtud de cláusula compromisoria que lo legitima.

Siendo ello así, resulta evidente que ni el Consejo de Estado ni Tribunal Administrativo alguno son órganos jurisdiccionales competentes

para dar curso a las solicitudes formuladas por el procurador judicial del arquitecto Navarro Giraldo. Ello compete, según queda demostrado, a la jurisdicción ordinaria por conducto de uno de los jueces del circuito en lo civil de esta ciudad de Bogotá, toda vez que según la cláusula vigésimanovena del contrato suscrito entre el ISS y el nombrado profesional que, en fotocopia autenticada obra a folios 7 y siguientes del cuaderno número 1, el Tribunal de Arbitramento que se constituya tendrá su sede en la ciudad de Bogotá y fallará en derecho.

*Quinto.* Podría replicarse, con apoyo en el texto del numeral 8 del artículo 132 del nuevo C.C.A. que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para conocer y decidir la solicitud de que se trata, pues esa norma asigna a los Tribunales Administrativos el conocimiento, en primera instancia, de los asuntos "referentes a contratos administrativos, interadministrativos y de los de derecho privado de la administración en que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de dos millones de pesos ($ 2.000.000)", cifra que el artículo 1º letra f) del Decreto número 3867 de 1985 elevó a la cantidad de dos millones ochocientos ochenta mil pesos ($ 2.880.000).

El argumento es, sin embargo, más aparente que real y carece de consistencia si se considera, según es forzoso hacerlo cuando la ley se interpreta como un todo armónico, que la norma en comentario se refiere a *los procesos* atinentes a contratos administrativos, interadministrativos o de derecho privado de la administración en que se haya pactado la cláusula exorbitante de caducidad, celebrados por las entidades a que el precepto alude y cuyo conocimiento esté atribuido por la ley a la jurisdicción en lo contencioso administrativo, procesos que no son otros que aquellos mediante los cuales pueden hacerse valer ante esta jurisdicción las *pretensiones contractuales* que, a términos del artículo 87 del nuevo C.C.A., es posible deducir ante la jurisdicción contencioso administrativa cuales son, a saber:

a) La que busque un pronunciamiento de la jurisdicción especializada en contenciones administrativas, sobre la existencia de uno de los referidos contratos;

b) La que procure un pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa respecto de la validez de uno de los contratos en cuestión;

c) La que persiga que la jurisdicción especializada decrete la revisión de uno de los contratos en comento, y

d) La que se proponga ante la jurisdicción contenciosa para que ésta declare que el contrato fue incumplido por cualquiera de las partes que lo suscribieron y que, en consecuencia, la responsabilidad patrimonial de la parte incumplida está comprometida por lo cual ha de resarcir los perjuicios experimentados por la parte que sí cumplió o se allanó a cumplir el contrato en la forma y tiempo debidos.

*Sexto.* La petición enderezada a que se señale día, fecha y hora para que en audiencia pública las partes de un contrato designen las personas que deban integrar un Tribunal de Arbitramento que zanje las controversias surgidas entre los contratantes y susceptibles de ser

dirimidas arbitralmente o, para que en su defecto tales personas sean designadas judicialmente, no es un "proceso" propiamente hablando, ni con ella se persigue —como resulta obvio resaltarlo— ningún pronunciamiento de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la existencia, validez o invalidez de un contrato administrativo, interadministrativo o de derecho privado de la administración en el cual se haya incluido la cláusula de caducidad, ni aspira a que se revise el contrato, ni a que se declare su incumplimiento, pues que, llegado el caso, uno o varios de esos temas constituirán, justamente, la materia litigiosa a resolver por el Tribunal Arbitral que se constituye. Por consiguiente, resulta forzoso concluir que la solicitud en cuestión no puede ser considerada por esta Corporación ni por Tribunal de lo Contencioso Administrativo alguno por carencia absoluta de jurisdicción.

*Séptimo.* Las transcripciones de los antecedentes del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley 1 de 1984 que la ponencia aprobada por la mayoría invoca, sólo aclaran dos puntos que el suscrito no discute ni en el caso que se decide aparecen planteados, a saber:

a) Que la competencia para conocer de los procesos en que se plantee la *nulidad de los laudos arbitrales* proferidos para dirimir conflictos que tengan origen en contratos administrativos o de derecho privado de la administración en que se haya pactado la cláusula de caducidad, "en los términos y por las causales previstas en el artículo 672 del Código de Procedimiento Civil, pertenece, hoy por hoy, al Consejo de Estado en única instancia como lo dispone el numeral 12 del artículo 128 del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, norma ésta que vino a poner término a las discusiones y controversias de que dio cuenta el honorable Consejero Valencia Arango ante la Comisión Asesora para la redacción de lo que es hoy el Decreto 1 de 1984, que la ponencia de mayoría transcribe; y

b) Que la cláusula general de competencia contenida en el numeral 16 del mismo artículo 128 del C.C.A. adoptado mediante el Decreto-ley 1 de 1984 se refiere a LOS PROCESOS DE CARACTER ADMINISTRATIVO, para los cuales no existe regla específica de competencia. Y ya quedó visto cómo la solicitud que formula una de las partes de un contrato administrativo para que, en virtud de la cláusula compromisoria pactada en él, el juez nombre los árbitros en los casos en que ello es procedente conforme a la ley, no es un proceso, propia, jurídica y técnicamente hablando.

Respetuosamente,

Bogotá, D. E., 12 de diciembre de 1986.

*Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

# TITULO VI

## JUICIOS ELECTORALES

*ACCION ELECTORAL.*

*Tiene por objeto impugnar un acto administrativo tanto de elección como de nombramiento. ELECTORALES. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. UNICA INSTANCIA.*

*Artículo 123, numeral 4 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984). Proceso de nulidad de elecciones de los que conoce. ELECTORALES. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS (Artículo 131, numeral 3º y 132 numeral 4º ibídem).*

*Actos de elección o nombramiento de corporaciones, autoridades o funcionarios del orden municipal, departamental, intendencial, comisarial y distrital. ELECTORALES. NOTIFICACION AL NOMBRADO COMO DEMANDADO (Artículo 233, numeral 1º, inciso 2º, Decreto 01/84).*

*ACUMULACION EN JUICIOS ELECTORALES (Artículo 233 del Decreto 01/84).*

*ACUMULACION DE JUICIOS ELECTORALES.*

*ELECTORALES. Competencia del Consejo de Estado. Unica instancia (Artículo 128 Nº 4 del C.C.A.).*

*ELECTORALES. Notificación al nombrado como demandado.*

*ELECTORALES. Competencia de los Tribunales Administrativos (Artículo 131 Nº 3, 132 Nº 4 C.C.A.).*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., veintidós de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº E-004. Actor: Alejandro Cruz Guarín.

Habiéndose surtido el trámite de rigor, pasa el Despacho a resolver el incidente de nulidad promovido por la señora Ministra de Educación Nacional en su escrito de contestación de demanda.

Hace consistir la nulidad en haberse seguido un trámite inadecuado y al efecto razona como sigue:

"Trámite inadecuado.

"Solicito la nulidad de todo lo actuado en razón a que el procedimiento que debe seguirse a la demanda es el ordinario señalado en el artículo 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y no el especial contemplado para procesos electorales.

"Los procesos electorales pretenden la nulidad de los actos de las corporaciones electorales, la nulidad de una elección y la cancelación de la respectiva credencial, la nulidad de un registro electoral o acta de escrutinio.

"El acto acusado no fue originado por una Corporación electoral ni es inherente a un proceso de elección.

"El Decreto número 2325 de 1985 cuya nulidad se demanda es un acto administrativo de carácter nacional de la rama ejecutiva para cuya demanda no determina el Código Contencioso Administrativo procedimiento especial; por consiguiente a este proceso se le ha dado un trámite diferente al que legalmente le corresponde".

*Alegato de la parte demandante*

Al dársele traslado de la anterior petición de nulidad en memorial manuscrito presentado en tiempo, manifestó que desconocía tal traslado; con todo, pide se le tenga en cuenta su escrito a folio 57.

En éste, presentado el 10 de junio de 1986 se pronuncia con anticipación sobre el aspecto debatido, así:

"3. Se evidencia una absoluta falta de información sobre la situación que originó el proceso. Sobre el particular estimo necesario anotar:

a) Se ha demandado un NOMBRAMIENTO.

b) Al tenor de lo reglado por los artículos 136, inciso final y 233-1 del C.C.A., entre otros, los NOMBRAMIENTOS se tramitan por el proceso ELECTORAL, no por el ORDINARIO como lo pretenden la apoderada señalada y Fiscalía. Si se impugna el NOMBRAMIENTO como tal. Lo cual se hizo por el suscrito, en la demanda".

*Consideraciones*

La cuestión que se debe dilucidar, de acuerdo con los planteamientos anteriores, se circunscribe a determinar si la nulidad de un acto administrativo por el cual se hace un nombramiento, esto es, el Decreto 2325 del señor Presidente de la República que designa ministros de Educación, Trabajo y Seguridad Social y Agricultura deba adelantarse a través del proceso especial electoral o del proceso ordinario. En el primer caso se estaría ejerciendo la acción electoral, en el segundo, la de simple nulidad.

Se acusa el decreto de violar los incisos 2º y 3º del parágrafo del artículo 120 de la Constitución Nacional por considerarse que al hacerse los nombramientos ministeriales en cuestión el señor Presidente no consultó a las directivas del partido mayoritario distinto al de éste.

La señora Ministra de Educación sostiene la segunda hipótesis por considerar en primer término que el acto impugnado no tiene su génesis en una corporación electoral ni tampoco es el resultado de un proceso de elección, en cambio se trata de una acción de nulidad enderezada a obtener la invalidez de un acto administrativo de carácter nacional.

Estima este Despacho, contrariamente a lo sostenido por la Ministra, que en el evento *sub lite* se está frente a una acción electoral que debe encauzarse a través del correspondiente proceso electoral, por las siguientes razones:

1. La acción electoral, que es una acción de nulidad especial, tiene por objeto impugnar un acto administrativo tanto de elección como de *nombramiento*. En uno y otro caso persigue el legislador que al funcionario a quien se le otorga su investidura a través de uno u otro mecanismo reuna los requisitos que la Constitución Política y las leyes establecen para acceder a los cargos y que no se encuentren dentro de causales de ilegibilidad o incompatibilidad. Se preserva en ambas hipótesis la pureza de la acción y la de la designación.

2. Según el artículo 128, numeral 4 del C.C.A. (Decreto Nº 1 de 1984) el Consejo de Estado conoce en única instancia de "los procesos de nulidad de las elecciones de Presidente de la República, designado a la presidencia, senadores y representantes a la cámara, así como de los que se susciten con motivo de las elecciones o *nombramientos* hechos por el Congreso, las cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquiera autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada del orden nacional" (Se subraya).

La norma anterior expresamente regula el caso *sub júdice* porque como se deduce inequivocadamente de su texto, el Consejo de Estado conoce de la nulidad tanto de los actos de corporaciones electorales y de elección hechos por éstas como de los actos de *nombramientos* efectuados por funcionarios públicos del nivel nacional, cual es el acusado, expedido por el Presidente de la República.

En esta forma el texto pretranscrito completa el artículo 227 del C.C.A. que al definir la acción electoral contempló únicamente la nulidad de los actos de elección.

3. La anterior interpretación sistemática (art. 30 del Código Civil) se encuentra reforzada por las siguientes normas del C.C.A.:

I. Dentro de la misma orientación del artículo 128 comentado se encuentran los artículos 131, numeral 3 y 132 numeral 4 *ibídem*, en relación con actos de elección o *nombramientos* de corporaciones, autoridades o funcionarios del orden municipal, departamental, intendencial, comisarial y distrital que atribuyen competencia a los Tribunales Administrativos.

II. El artículo 233, numeral 1º, inciso 2º, comprendido dentro del Capítulo IV, Título XXVI de los procesos electorales, previene que el "auto admisorio de la demanda deberá disponer", entre otras medidas, "...si se trata de *nombramientos* se ordenará la notificación del *nombrado*, como demandado" (Se subraya).

III. El artículo 238, inserto asimismo dentro del articulado de los procesos electorales, contempla entre las causales de acumulación de esta clase de negocios, el supuesto de que se ejercite "la acción de nulidad contra unas mismas elecciones, un mismo registro de escrutinio o *un mismo nombramiento*, aunque sean distintas las causas de los respectivos demandados" (Se subraya).

4. El novísimo Código Procesal Administrativo sólo vino a ratificar lo que ya venía consagrado en el anterior (Ley 167 de 1941) en los artículos 189, 191 y 192, entre otros, ubicados dentro del Capítulo XX intitulado "Juicios Electorales".

"El artículo 189 es del siguiente tenor:

"De los Juicios Electorales.

"Artículo 189. El Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, senadores y representantes a la cámara.

"Igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o *nombramientos* hechos por el Congreso, las cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquiera autoridad, funcionario o corporación del orden nacional" (Se subraya).

Y el 192 reza como sigue:

"La elección o nombramiento de juntas de carácter nacional o departamental, municipal o de una intendencia o comisaría, o de personas que deban actuar en representación de cualesquiera de estas entidades públicas, son acusables en la misma forma y por los mismos motivos en que lo son las elecciones o *nombramientos* de empleados o funcionarios propiamente dichos, según las reglas de competencia anteriores" (Se subraya).

El alcance del artículo 189 fue precisado por el Consejo de Estado en auto de 9 de marzo de 1973 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente número 29, en caso similar al presente y que conserva plena vigencia en el nuevo Código Contencioso Administrativo.

"El artículo 141 de la Carta establece como atribución del Consejo de Estado la de 'Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley' (Se subraya). No hay duda de que las decisiones sobre inconstitucionalidad de un decreto las toma el Consejo como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y que tales decisiones deben ser proferidas dentro de las reglas que señale la ley, vale decir, las contenidas en la Ley 167 de 1941 (C.C.A.) con sus adiciones y reformas. Como se advierte el legislador de 1941 previó la acusación ante el Consejo de Estado de los decretos del Gobierno por motivos de inconstitucionalidad. Ahora bien. Esta acción la denomina en forma genérica el artículo 66 de la misma obra, como acción de nulidad, que en términos generales, se tramita por el procedimiento ordinario. Mas ocurre, que dentro de tal género, el mismo código prevé algunos juicios de nulidad especiales tales como los llamados juicios electorales, los cuales tienen procedimiento propio. De otra parte, las normas de los juicios electorales se aplican a los que se susciten respecto a los nombramientos hechos por el Gobierno o por cualquier autoridad del orden nacional por expreso mandato del artículo 189, inciso 2º, así la acusación se funde en motivos de inconstitucionalidad. Así, por ejemplo, si el Presidente de la República, quien es la primera autoridad administrativa del orden nacional, designa para el cargo de Ministro a una persona que no reune las calidades que señala la Constitución en su artículo 100, de

acuerdo con el envío que hace el artículo 133, o el nombramiento recae en persona que según el inciso 2º de la misma disposición se encuentra inhabilitada para tal nombramiento, es claro que en tales eventos el decreto ejecutivo, expedido en uso de la facultad que al Presidente le otorga el numeral 1º del artículo 120 de la Carta, sería violatorio de las normas constitucionales en cita y su nulidad podría ser demandada ante el Consejo por violación de la Constitución. Pero tal acción de nulidad por inconstitucionalidad, cuyo conocimiento está adscrito al Consejo en forma genérica por el artículo 216 de la Carta, queda sometido a las normas del juicio de nulidad especial, denominado juicio electoral. En el presente caso, resulta indubitable que el acto acusado de inconstitucionalidad se refiere a un nombramiento hecho por el Presidente de la República, cuya nulidad, en el evento de encontrarse contrario a las normas constitucionales, sólo puede declararla el Consejo siguiendo el trámite propio de los juicios electorales. Y esta especie de acción de nulidad caduca en el término de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que se expide el acto de nombramiento, según voces del artículo 209 del C.C.A.".

5. Surge como corolario de lo expuesto precedentemente que habiéndose observado el proceso adecuado —el electoral— no hay lugar a la nulidad impetrada y así se decide.

Notifíquese.

*Simón Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado.

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*PRUEBAS. El juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensible y notoriamente inconducentes.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente Nº E-031. Actor: Gustavo Adolfo Gnecco Oñate. Electoral. Recurso de súplica. Auto.

Por conducto de apoderado judicial el señor Gustavo Adolfo Gnecco Oñate, promovió demanda electoral tendiente a obtener la anulación del Acuerdo número 6 de mayo 15 de 1986 del Consejo Nacional Electoral, por el cual se resolvieron las reclamaciones interpuestas durante el escrutinio general de votos emitidos el 9 de marzo del presente año y se declaró la elección de miembros de los cuerpos colegiados por la circunscripción electoral del Cesar.

Por auto de 26 de junio del año en curso, el consejero conductor del proceso negó la práctica de la prueba pericial grafológica y la inspección judicial a que se refieren los párrafos 11-02 y 11-06 de la demanda.

Contra la citada providencia y dentro de la oportunidad legal, el demandante interpuso recurso de súplica en cuanto a la denegación de la prueba grafológica a que se refiere el párrafo 11-02 del capítulo de pruebas de la demanda.

Expresa el actor que el experticio grafológico solicitado tiene como finalidad verificar la autenticidad de las firmas y la identidad de cada uno de los jurados de votación, circunstancias estas controvertidas y erigidas en causal de nulidad.

A continuación manifiesta el apoderado que los formularios E-6C de la mesa de votación número 1 del corregimiento de Cuatro Vientos, Municipio de El Paso (Cesar), carecían inicialmente de las firmas de los jurados, requeridas para la validez del documento y por lo tanto no fueron escrutadas ni computadas, pero, posteriormente, esos mismos documentos aparecen firmados en los ejemplares de la Delegación Departamental y del Tribunal Administrativo, uno con nombres sobrepuestos y el otro con sólo unos números, que demuestran la apocrifidad. En consecuencia era procedente la prueba solicitada de conformidad con el artículo 178 del C.P.C.

Dentro del trámite del recurso, el Doctor René Costa Gutiérrez solicitó se le reconozca como parte, en calidad de integrante de la lista de candidatos a que se refiere la demanda.

*Para resolver se considera:*

El auto impugnado en súplica no accedió a decretar la prueba pericial grafológica sobre la autenticidad de las firmas y la identidad de cada uno de los jurados de la mesa de votación número 1 del corregimiento de Cuatro Vientos, Municipio de El Paso (Departamento del Cesar), por cuanto no han sido desconocidas las firmas por los presuntos autores y por ende es inconducente (fol. 206).

El artículo 178 del C. de P. C. sobre pruebas, ordena que: "Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará *in límine* las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas".

Por su parte el inciso 1 del artículo 236 *ibídem*, dice: "La parte que solicite un dictamen pericial, determinará concretamente las cuestiones sobre las cuales debe versar, sin que sean admisibles puntos de derecho".

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho en sentencia de 18 de noviembre de 1942:

"El juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensibles y notoriamente inconducentes. El momento de calificar el mérito de ella viene cuando se haya de pronunciar el fallo de fondo. Antes, no sólo se incurriría en un prejuzgamiento, sino que podría exponerse a las partes al peligro de perder sus derechos, por el rechazo anticipado, por medio de una calificación que podría ser caprichosa, de los medios de defensa que le brindan las leyes".

La demanda se basa, entre otras razones, en que en algunos formularios que reposaban en la registraduría local (E.6.C) del corregimiento de Cuatro Vientos, comprensión de El Paso, inicialmente carecía de firmas, mientras que los ejemplares de la Delegación Departamental y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del mismo, tales documentos aparecen firmados (fol. 4 del libelo).

La prueba grafológica solicitada pretende que se determine por ese medio la autenticidad de las firmas y la identidad de cada uno de los jurados de votación que aparecen interviniendo en el referido documento, tachado de falso y apócrifo.

La Sala considera que la falsedad o la falsificación de firmas de jurados que aparecen en el formulario E.6.C y cuya autenticidad discute el actor, puede establecerse a través de la prueba solicitada, la que, en consecuencia, se estima pertinente.

A éste aspecto habrá de limitarse la prueba solicitada, pues la identidad de los jurados que intervinieron en la confección del acta de escrutinio correspondiente no es susceptible de demostrarse o infirmarse por medio de prueba grafológica.

Por lo expuesto, la Sala Electoral del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

Revócase el ordinal 6º del auto de veintiséis de junio del año en curso, pronunciando en el proceso electoral promovido por el señor Gustavo Adolfo Gnecco Oñate, contra el Acuerdo número 6 del 15 de mayo de 1986, únicamente en cuanto denegó la prueba grafológica médico-legal a que se refiere el párrafo 11-02 del capítulo de pruebas de la demanda.

En consecuencia, decrétase la práctica de la prueba en cuanto se relaciona con la autenticidad de la firma de los jurados de votación, que aparecen interviniendo en los ejemplares del formulario E.6.C de la mesa de votación número 1 del corregimiento de Cuatro Vientos, comprensión municipal de El Paso (Cesar).

Para ese efecto líbrese despacho comisorio conforme a la solicitud de la prueba, con los insertos del caso y para ese efecto señálese un término de veinte (20) días hábiles.

Reconócese como parte al Doctor René Costa Gutiérrez.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al despacho de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

*Jorge Valencia Arango,* Presidente.

Los consejeros:

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Simón Rodríguez Rodríguez,* ausente; *Carmelo Martínez Conn, Antonio José de Irisarri R., Gaspar Caballero Sierra.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*ELECTORALES. DEMANDA E IMPUGNADORES. DIFERENCIA. CONTESTACION DE DEMANDA Y SOLICITUD DE PRUEBAS. TERMINO.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., ocho de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente Nº 028.

En auto de fecha 1º de agosto del presente año, se dijo luego de inadmitirse la segunda corrección de la demanda, que volvieran los autos al despacho para resolver sobre la admisión de las impugnaciones presentadas.

El apoderado del actor en memorial visible a los folios 153 y ss. manifiesta que renuncia a los términos de ejecutoria de aquella providencia, y al mismo tiempo pone de presente que en el caso de las impugnaciones de Rafael de Jesús Borre Hernández y Manuel Antonio Agames Pájaro sus respectivos memoriales de contestación de la demanda y de petición de pruebas han sido presentados antes de tiempo, si se tiene en cuenta lo normado en el numeral 3 del artículo 233 del C.C.A. y en razón de que el negocio aún no ha sido fijado en lista. Respecto al poder otorgado por Alfonso López Cossio al Doctor Raúl Antonio Castilla Cuesta, pone de presente que este no ha sido presentado de conformidad con las normas de los artículos 65 y 84 del C.P.C.

*Se considera:*

Verdaderamente en el proceso electoral hay que distinguir entre demandados e impugnadores, habida cuenta que estos últimos son terceros que tienen que demostrar un interés directo en aquel, en tanto que los primeros son parte esencial comoquiera que con ellos tiene que trabarse indefectiblemente la relación jurídico-procesal, y es por eso que el artículo 232 del C.C.A. dispone que si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán "demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende", que es el caso precisamente de los señores Rafael de Jesús Borre Hernández y Manuel Antonio Agames Pájaro, cuyos escritos por tanto no son propiamente de impugnación como equivocadamente se dijera en el auto de 1º de agosto pasado. En tal orden de ideas, la oportunidad procesal para los demandados para contestar la demanda y solicitar pruebas lo es exclusivamente dentro del término de fijación en lista, no antes ni después, y precisamente esta última etapa procesal aún no ha ocurrido, por lo cual el

Consejo de Estado se abstendrá de darle curso a los respectivos memoriales que contienen tanto la contestación de la demanda como la solicitud de pruebas.

Respecto al poder visible al folio 143 se encuentra que no fue presentado en la forma prevista en la ley. En efecto, según los términos de los artículos 65 y 84 del C.P.C. que prevén la modalidad de presentación de poderes, sólo permiten su ocurrencia ante notario público, cuando sus signatarios se hallen en lugar distinto de la respectiva autoridad judicial, que no es el caso del señor Alfonso López Cossio. Por este respecto la presentación notarial resulta indebida.

*Se resuelve:*

1. Para los fines del artículo 122 del C.P.C. téngase en cuenta la renuncia del término de ejecutoria que hace la parte actora respecto al auto de fecha 1º de agosto del presente año.

2. Reconócese al Doctor Arnulfo Cruz Castro, como apoderado judicial de Manuel Antonio Agames Pájaro, en los términos y para los efectos del poder conferido visible al folio 149.

3. No darle curso al poder que suscribe Alfonso López Cossio, visible al folio 143, por no haber sido presentado en legal forma.

4. No darle curso a los escritos de contestación de demanda y de solicitud de pruebas que formulan Rafael de Jesús Borre Hernández y Manuel Antonio Agames Pájaro, este último mediante apoderado, en razón de haberse presentado antes de la oportunidad procesal, como se dice en la parte motiva.

Notifíquese.

*Gaspar Caballero Sierra.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*SUSPENSION PROVISIONAL EN JUICIOS ELECTORALES (Ley 96 de 1986, artículo 66). Se encuentra sujeta a la preceptiva del artículo 152 del Decreto 01 de 1984.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., doce de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente Nº 049. Actor: Pedro Alejo Cañón Ramírez.

El señor abogado, Pedro Alejo Cañón Ramírez, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública electoral, pide que se declare la nulidad del Acuerdo número 12 de julio 12 de 1986, expedido por el Consejo Nacional Electoral y por medio del cual se declara elegido Presidente de la República de Colombia, para el período constitucional del 7 de agosto de 1986 al 7 de agosto de 1990, al señor Doctor Virgilio Barco Vargas, y que como consecuencia de lo anterior se declare la cancelación de la credencial presidencial que tal acto refiere.

El escrito de demanda reune los requisitos formales exigidos por la ley, por lo cual habrá de admitirse.

*I. Suspensión provisional*

Como en el mismo libelo demandatorio se solicita la suspensión provisional de los efectos tanto del acuerdo como de la credencial demandados, se hace necesario proveer sobre la medida solicitada.

Sostiene el demandante que en la elección popular, realizada el 25 de mayo de 1986, no intervino el número de ciudadanos, ni el candidato cuya credencial se refiere, obtuvo el número de votos al efecto exigidos por la Constitución y la ley vigente positiva sobre la materia. En tal virtud, afirma, el acuerdo que declara elegido como Presidente de la República y la credencial que motiva, resultan violatorios de los artículos 2, 55 y 114 de la Constitución Nacional y de las leyes 28 de 1979, artículo 151 y 96 de 1985, artículos 1, 18 y 52 "al igual que desconoce los antecedentes históricos y legislativos que infundieron tales normas".

Trae el demandante una prolija reseña de los antecedentes históricos y legislativos sobre la elección presidencial que van desde la Constitución de Cundinamarca de 1811 hasta el acto legislativo número 1 de 1945, pasando por diversas leyes que de una u otra manera han determinado su régimen.

Luego la demanda al señalar la violación de los artículos 2, 55 y 114 de la Constitución Nacional indica el alcance de cada uno de tales

preceptos, para luego decir que si bien el primero de ellos —el 114— indica que el Presidente de la República será elegido en un mismo día por el voto directo de los ciudadanos, no obstante delega en la ley la facultad para determinar su forma. Trae asimismo a colación lo precisado por el artículo 180 de la carta respecto a que la ley determinará lo demás concerniente a elecciones y escrutinios.

En ese orden de ideas, advierte la demanda, que los respectivos estatutos legales así proferidos imponían la "pluralidad absoluta de toda elección" y al efecto relaciona una serie de preceptos que ya han perdido su vigencia, para terminar en el artículo 151 de la Ley 28 de 1979, que "autoriza (sic) para declarar elegido como Presidente al candidato que hubiere obtenido la mayoría de los sufragios".

Sostiene el demandante que pese a que la ley electoral que reglamenta lo concerniente a elecciones y escrutinios con base en la regla del artículo 180 de la Constitución Nacional puede resultar clara, sin embargo puede permitir "argumentos y sistemas de interpretación que conllevan la flagrante violación de preceptos constitucionales así desarrollados, para permitir y tratar de justificar la declaratoria de elección y ejercicio presidencial de quien no ha obtenido el número de sufragios suficientes y que constituyan base sólida de un gobierno 'popular y representativo' —característica propia del gobierno establecida en la Constitución Centenaria de 1886— en cuyo caso debe tener observancia y aplicación la disposición contenida en el artículo 215 de la Constitución Nacional, cuyo texto reza: En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución (para el caso, entre los arts. 2, 55 y 114) y la ley (electoral vigente) se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".

Como resumen de lo anterior, el demandante llega a sostener que la mayoría de los sufragios que determina el referido artículo 151 de la Ley 28 de 1979, deben ser tomados sobre la totalidad de los integrantes de la Nación, o por lo menos, respecto de la universalidad de los ciudadanos que la integran.

Para rematar lo anteriormente dicho, trae el demandante una referencia del último censo sobre la población global, como la mayor de 18 años y a renglón seguido precisa el volumen del censo electoral, "universalidad de ciudadanos", según certificación de la Registraduría Nacional del Estado Civil, como el total de los votos obtenidos por el candidato declarado electo. De tal guisa, se llega a afirmar "la inexistencia y violación de todo principio democrático" por cuanto el candidato declarado electo sólo obtuvo el 15.88% de la población nacional, el 28.95% de la población mayor de 18 años y el 31.14% de la población integrante del censo electoral.

## *II. Consideraciones*

El artículo 66 de la Ley 96 de 1986 al subrogar el artículo 230 del C.C.A. determinó que en los procesos electorales procede la suspensión provisional, pero naturalmente esta medida provisoria en tal clase de actuaciones jurisdiccionales se encuentra sujeta a la preceptiva del artículo 152 de aquella última obra (Decreto 01/84), lo cual significa

que para que sea viable se dé por parte del acto que se censura una manifiesta violación de una norma superior, susceptible de ser percibida a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas. Esa violación indudablemente tiene que emerger de una manera directa y diáfana, sin que para ello sea factible acudir al mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad que predica el artículo 215 de la carta política, para remover del extremo de la "sencilla comparación" al texto legal que pudiera darle su supuesto amparo al acto jurídico-administrativo, y establecer así entonces el enfrentamiento de este con el texto constitucional, puesto que en tales circunstancias ya ello se saldría de los moldes del instituto de la suspensión provisional, como para entrar al terreno del razonamiento lógico-deductivo, propio de la sentencia dirimidora del conflicto, que es donde se puede realizar el estudio a fondo de las situaciones, tanto fácticas como jurídicas, oportunamente deducidas por las partes enfrentadas en el proceso.

Precisamente el actor en su libelo invoca el principio de la supremacía del texto constitucional frente a las posibles interpretaciones de la ley electoral en materia de elecciones y escrutinios, que no le permitirán a esta sala unitaria del Consejo de Estado entrar a precisar conceptos dentro del estricto ámbito de la medida cautelar solicitada.

Vale la pena relatar que si bien el demandante pide la suspensión provisional del acto electoral ya referido, por considerarlo violatorio de algunas normas constitucionales que al efecto precisa, y del artículo 151 de la Ley 28 de 1979 en cuanto habla de "mayoría de sufragios" para la declaración de elección de Presidente de la República, y que él estima debe tomarse sobre la totalidad de los integrantes de la Nación, o por lo menos respecto a la universalidad de los ciudadanos que la integran, sin embargo se cuida de no indicar que esa violación sea manifiesta, ostensible, patente. Empero, si se solicita la suspensión, por vía de la amplitud habrá que considerar que el demandante aprecia que ese choque frontal entre el acto y la norma superior es perceptible a *prima facie*.

Así las cosas, el demandante coloca al juzgador, dentro del ámbito de la medida cautelar que ahora se decide, a un pronunciamiento de fondo, propio de la decisión que haya de darse sobre la invocada nulidad de la declaratoria de elección y que sólo corresponde proferir en el momento de la sentencia. Desde ahora habría que precisar, entonces, si el sistema electoral colombiano con relación a la escogencia de Presidente de la República estaría referido a una simple mayoría relativa o a la mayoría absoluta, característica de los sistemas electorales llamados de segunda vuelta, y aún más si esa mayoría deba tomarse, no ya con base a los sufragios propiamente emitidos, sino respecto a toda la población nacional, constituida por ciudadanos o no, o por lo menos en cuanto a los primeros.

Se trataría de suyo, ya no de una violación flagrante de la ley, sino de la posibilidad de una nueva interpretación de textos legales hasta ahora considerados claros en su alcance, que inclusive determinaron al Consejo de Estado en oportunidad pretérica a sostener que la elección de Presidente de la República "se declara en favor del candidato que hubiere obtenido la mayoría relativa de los sufragios" (sentencia de 13 de diciembre de 1962. Sala Plena. Consejero ponente:

Doctor Alejandro Domínguez Molina), que llevaría indudablemente a un cambio jurisprudencial en materia de entidad tal, y de principios inmanentes, no susceptibles obviamente, de considerarse en el limitado marco de la suspensión provisional, y con la solitaria decisión del único magistrado conductor del proceso. La sana lógica, que nunca se aparta del debido entendimiento de las normas legales, ha de indicar que dentro del sendero del instituto procesal de la suspensión provisional de los actos administrativos, que por otra parte están revestidos de una presunción de legalidad o de legitimidad, no es factible la adopción de una medida de tan trascendentales repercusiones en la vida institucional de la República, si por otro lado no media la grosera y manifiesta profanación de normas jerárquicamente superiores.

Todas las razones anteriores conducen a negar la suspensión provisional solicitada.

*Se resuelve:*

1. Admítese la demanda presentada.

2. Notifíquese personalmente este proveído al señor Fiscal de la Corporación y al señor Presidente de la República, Doctor Virgilio Barco Vargas.

3. Una vez cumplido el término de la notificación, fíjese en lista el presente negocio por cinco (5) días, con la prevención que durante ese lapso podría contestarse la demanda y solicitarse pruebas.

4. Niégase la suspensión provisional solicitada.

Notifíquese y cúmplase.

*Gaspar Caballero Sierra.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*SENADORES Y REPRESENTANTES A LA CAMARA. ELECCIONES. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA NULIDAD DE ELECCIONES (Artículo 128, ordinal 4º del C.C.A.). DEMANDA. UNIDAD JURIDICA Y DERECHO DE DISPOSICION EXCLUSIVO DEL DEMANDANTE.*

*DIPUTADOS. ELECCION. COMPETENCIA PARA CONOCER DE DEMANDAS (Artículo 132, ordinal 4º, Decreto 01/84).*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., trece de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente E-055. Actor: Federico Alberto Trujillo Burgos.

Los ciudadanos Luis Lorduy Lorduy candidato a la honorable Cámara de Representantes, Enrique Melamed Ovadía candidato al honorable Senado de la República, como suplente, y Federico Alberto Trujillo Burgos candidato a la Asamblea Departamental del Atlántico, en ejercicio de la acción electoral, formulan la siguiente demanda:

"*Primero:* Que es nulo el acuerdo número 13 de fecha julio 14 de 1986, por el cual se resuelven las apelaciones interpuestas durante el escrutinio general de los votos emitidos el pasado 9 de marzo en la circunscripción electoral del Departamento del Atlántico, se declara la elección de senadores, representantes y diputados y se expiden las respectivas credenciales, acuerdo proferido por el honorable Consejo Nacional Electoral y leído y notificado en estrados durante audiencia pública el día 17 de julio de 1986.

"*Segundo:* Que igualmente se declaren nulas las resoluciones proferidas por la misma Corporación, o sus delegados, durante el proceso de los escrutinios respectivos, en contradicción con nuestro sistema electoral establecido por la Constitución y por la ley, y que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene practicar y efectivamente se practique por el honorable Consejo de Estado un nuevo escrutinio para representantes, senadores al Congreso Nacional por la circunscripción electoral del Atlántico y para el período constitucional de 1986 a 1990, y para diputados a la Asamblea Departamental por esa misma circunscripción electoral, para el período constitucional 1986-1988, escrutinio que deberá practicarse únicamente con base en los registros que no se declaren afectados de nulidad en virtud del presente juicio, correspondiente a las elecciones del pasado domingo 9 de marzo de la citada circunscripción electoral y previa rectificación de los errores

aritméticos que se demuestren judicialmente o exclusión de los registros que conforme a la ley no deban ser computados, y

"*Tercero:* Que con base en los resultados que se obtengan en los nuevos escrutinios se haga una nueva declaración de elección de representantes y senadores al Congreso Nacional para el período constitucional de 1986 a 1990, y para diputados a la Asamblea Departamental para el período constitucional 1986 a 1988, por la circunscripción electoral del Atlántico, se ordene expedir y efectivamente se expidan las nuevas credenciales de representantes, senadores y diputados, en remplazo de las anteriores y que deben ser canceladas y se comuniquen las anteriores novedades a quienes deben conocerlas, por sendos oficios que deberán librarse al presidente del honorable Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus delegados en el Departamento del Atlántico, al Ministro de Gobierno, al Gobernador del Departamento del Atlántico, al Presidente del honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Barranquilla".

Se considera:

1. Según el artículo 132, ordinal 4º, de la demanda de nulidad de la declaratoria de elección de diputados a las asambleas departamentales, conoce en primera instancia, el respectivo Tribunal Administrativo.

2. De los procesos de nulidad de las elecciones de senadores y representantes a la Cámara, conoce, en única instancia el Consejo de Estado, conforme al artículo 128, ordinal 4º, del C.C.A.

3. Lo anterior quiere decir que hay indebida acumulación de pretensiones o, mejor aún, ilegal acumulación de procesos, de los cuales, en la forma presentada, no puede conocer esta Corporación, por falta de competencia.

4. La unidad jurídica de la demanda y el derecho de disposición exclusivo del demandante, no permite al juez, desmembrarla para conocer una parte y rechazar el resto, pues ello implicaría suplantar la voluntad del actor.

5. No es posible devolverla para que se corrija, pues el término de caducidad no lo permite, según expresa previsión del artículo 143 del C.C.A., por lo que lo único procedente es su rechazo, *in límine.*

Por lo expuesto, se resuelve:

Primero: Rechazar *in límine* la anterior demanda, por falta de competencia, dada la indebida acumulación de procesos.

Segundo: Reconocer personería al Doctor Federico Trujillo Burgos, para representar a la parte actora, en los términos y para los fines previstos en el poder que obra a folios 65-66.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge Valencia Arango.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*ACUMULACION DE PROCESOS*

*(Artículo 237 y 238 del C.C.A.). CAUSALES DE ACUMULACION.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., veintitrés de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expedientes Nos. E-010 - E-011.

En cumplimiento del artículo 237 del C.C.A. para fines de resolver sobre una posible acumulación, el señor Secretario General de la Sala Electoral informó (fol. 146) que ante esta corporación se tramitan "dos procesos electorales", uno el número E-010, repartido al presente consejero ponente el 12 de abril de 1986, y el otro, número E-011 repartido al honorable Consejero doctor Miguel Betancourt Rey, el 11 de abril de 1986.

La Sala considera:

1. Los artículos 237 y 238 del C.C.A., son del siguiente tenor:

"Artículo 237. Acumulación de procesos. Cuando existan dos o más procesos que deban tramitarse bajo una misma cuerda, según lo dispuesto por el artículo siguiente, y vencido el término para la práctica de las pruebas, el secretario así lo informará al ponente, indicando el estado en que se encuentren. Acumulados los expedientes se convocará a audiencia pública dentro de las sententa y dos (72) horas siguientes para el sorteo del ponente que deba conocer de los distintos procesos.

"Artículo 238. Causales de acumulación. Deberán fallarse en una sola sentencia los procesos que se adelanten en ejercicio de alguna de las acciones consagradas en este capítulo, en los casos siguientes:

1. Cuando se ejercite la acción de nulidad contra unas mismas elecciones, un mismo registro de escrutinio o un mismo nombramiento, aunque sean distintas las causas de las respectivas demandas;

2. Cuando las demandas se refieren a un mismo registro, aunque en una o varias se pida la nulidad y en otras se solicite la simple rectificación;

3. Cuando el objeto final de las demandas sea el mismo, aunque se refieran a actos distintos cumplidos por corporaciones o funcionarios de distinta jerarquía.

No es obstáculo el que sean distintas las partes en los respectivos procesos ni que en unos se persiga la nulidad o rectificación total y en otros sólo se ataque parcialmente el acto. Bastará, en suma, que se afecte la declaración o elección en todo o en parte".

2. De las normas pretranscritas y en especial del artículo 238 que contempla los distintos supuestos que pueden configurar la acumulación procesal, se deduce que ésta parte de la premisa de que haya dos procesos.

Este evento no se presenta en el evento *sub lite* por las siguientes razones:

a) En los dos expedientes se presenta exactamente la misma demanda electoral, con la única diferencia de que en el primero, número E-011 se formula solicitud de suspensión provisional.

En esa demanda idéntica y en ejercicio de la acción electoral se impugna la elección del representante Ismael de Jesús Aldana Vivas por la circunscripción electoral del Departamento del Chocó y para el período constitucional de 1986 a 1990, el demandante es el ciudadano Manuel Elías Barcha Garcés, el mismo apoderado en los dos negocios es el Doctor Pedro Claver Doria, una misma es la *causa petendi* y unas mismas son las peticiones, a saber: que se practique un nuevo escrutino, se cancele la credencial del señor Aldana Vivas y en cambio se le otorgue al actor.

Es decir que la demanda en cuestión desde el ángulo del derecho procesal no puede ameritar sino un solo proceso.

b) Lo que sucedió es que la misma parte demandante por conducto del mismo abogado decidió curiosamente presentar dos demandas iguales y al procederse así y ser repartidas a consejeros distintos, le crea a esta Corporación una situación anómala.

Esto se hace más incomprensible si se advierte que la petición de suspensión provisional se formuló en la primera demanda introducida el 11 de abril de este año (expediente Nº E-011), luego no se ve tampoco la razón por la cual ella se repitió para volverse a presentar ante esta Corporación el día siguiente 12 de abril y pasar a confirmar el segundo expediente número E-010, ya que esta última ni siquiera vino a agregar nada nuevo.

Es que en fin de cuentas, la jurisdicción que brinda el Estado no puede utilizarse sino una sola vez en relación con la misma controversia y con ello se agota. El abogado que desconociere este principio está comprometiendo su responsabilidad profesional.

En mérito de lo expuesto, resuelve la Sala:

1º No hay lugar a decretar la acumulación de los procesos números E-010 y E-011.

2º Agréguese por la Secretaría el expediente número E-011 copia autenticada de la demanda del expediente número E-010 (fols. 1 a 9)

y del poder otorgado al abogado Doctor Pedro Claver Doria por el señor Manuel Elías Barcha Garcés (fols. 104, 105, 105 vto. y 106) para que obren en él. Y de esta providencia.

3º Devuélvase el expediente número E-011 al despacho del honorable Consejero doctor Miguel Betancourt Rey.

Notifíquese.

*Jorge Valencia Arango*, Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello*, con excusa legal.

*Darío Quiñones Pinilla*, Secretario General.

*DEMANDA ELECTORAL. AUTO ADMISORIO E INADMISORIO.*

*Recursos. Presentación. Término, Artículo 232 del Decreto 01 de 1984.*

*Consejo de Estado.* — *Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., cuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente Nº E-048. Electoral. Actor: Jorge Cortés Torres.

Se decide el recurso de queja interpuesto por el actor contra el auto de fecha 29 de mayo de 1986 dictado por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante el cual dicha corporación denegó el recurso de apelación que el demandante había interpuesto contra la providencia inadmisoria de la demanda, calendada el 7 de mayo último.

## *I. Antecedentes*

1. En demanda presentada el 11 de abril de 1986 ante el Tribunal Administrativo de Santander, el señor Jorge Cortés Torres pidió la nulidad del "acto por medio del cual se declaró electo concejal al señor Gustavo Zuleta Rodríguez por la circunscripción electoral de Barbosa, Santander, para el período 1986-1988, es decir anular su credencial como concejal" y, además, "determinar para el citado señor una interdicción equivalente al período para el cual fue elegido en el ejercicio de las funciones públicas".

2. Mediante auto calendado el 15 de abril de 1986, el magistrado sustanciador dispuso no dar curso a la demanda y conceder cinco días al demandante para que allegase copia del acto acusado, "advirtiéndole que la presentación de la demanda no ha interrumpido el término de caducidad".

3. Con escrito fechado en la ciudad de Bucaramanga el 22 de abril de 1986 y en esa misma fecha presentado en la Secretaría del Tribunal Administrativo de Santander, el demandante dio cumplimiento a lo dispuesto en la providencia reseñada en el ordinal 2º y adjuntó una copia, expedida por la Delegación Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil, del acta parcial del escrutino general de los votos para concejales practicado por los señores delegados del Consejo Nacional Electoral mediante la cual se declararon elegidos concejales por el Municipio de Barbosa (Santander) para el período 1986 a 1988 y se ordenó expedir las respectivas credenciales.

4. Mediante auto fechado el día 7 de mayo último, el Tribunal Administrativo de Santander, en pleno, resolvió inadmitir la demanda, pues al examinar el acto acusado encontró configurado el fenómeno de la caducidad de la acción.

5. Contra dicha providencia interpuso el demandante recurso de apelación, el cual fue denegado por el Tribunal Administrativo de Santander, también en Sala Plena, por auto de fecha 29 de mayo de 1986, pues consideró que había sido propuesto extemporáneamente, ya que la providencia recurrida quedó en firme, según el *a quo,* el 13 de mayo a las 6 de la tarde, al paso que la alzada se interpuso el día siguiente. Consideró, además, que el memorial del apelante era irrespetuoso y, en consecuencia, ordenó compulsar copias de lo pertinente con destino al Tribunal Superior de Bucaramanga para los efectos disciplinarios del caso.

6. Contra esta última providencia y en escrito presentado el 4 de junio del año en curso, el demandante interpuso recurso de reposición y solicitó que subsidiariamente, en caso de no accederse a la reposición propuesta, se le expidiesen copias de la providencia recurrida y de las demás piezas conducentes del proceso para recurrir en queja ante esta Corporación. El Tribunal Administrativo de Santander, mediante auto calendado el 20 de junio próximo pasado, resolvió no revocar su proveído del 29 de mayo anterior, ya reseñado, y ordenó compulsar las copias solicitadas para efectos del recurso de queja anunciado.

### *II. El recurso de queja del demandante*

En escrito visible a folios 1 a 5 del cuaderno principal, el recurrente formuló oportunamente el recurso de queja y expresó los fundamentos que invoca para obtener la concesión de la apelación denegada.

Al escrito se le imprimió la tramitación ordenada por el inciso 6º del artículo 378 del C. de P. C. y ha llegado la oportunidad de resolver el recurso de queja propuesto.

### *III. Consideraciones de la Sala*

Son encomiables los esfuerzos dialécticos del recurrente para tratar de demostrar que la apelación que interpuso contra la providencia proferida el 7 de mayo del año en curso por el Tribunal Administrativo de Santander, reseñada en el ordinal 4º del acápite "ANTECEDENTES", fue mal denegada, pero ellos no convencen a la Corporación, porque el examen detenido de las copias aportadas lleva a la conclusión de que el *a quo* acertó en su ameritada providencia. En efecto:

*Primero.* De las copias expedidas por el Tribunal Administrativo de Santander para efectos del recurso que se decide mediante esta providencia, resultan claramente establecidos los siguientes hechos:

a) Que la demanda electoral presentada por el actor ante el Tribunal Administrativo de Santander con miras a obtener la declaratoria de nulidad de la elección del señor Gustavo Zuleta Rodríguez como concejal principal del Municipio de Barbosa (Santander) para el pe-

ríodo constitucional 1986-1988, fue presentada ante el mencionado Tribunal el día 11 de abril de 1986;

b) Que a dicha demanda no acompañó el actor la copia del acto acusado, por lo cual el *a quo* no dio curso al libelo y otorgó al demandante 5 días de término para aportarla;

c) Que el actor acató lo ordenado por el magistrado ponente y fue así como con fecha 22 de abril acompañó copia idónea del acta parcial del escrutinio general de los votos para concejales, practicado por los señores delegados del Consejo Nacional Electoral para la circunscripción electoral de Santander, acto que se inició a las 9 a.m. del día 16 de marzo de 1986 en la ciudad de Bucaramanga y concluyó allí mismo, a las 6 de la tarde del día 18 de los propios mes y año;

d) Que la providencia calendada el 7 de mayo último, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander resolvió inadmitir la demanda presentada por el recurrente, por caducidad de la acción electoral, fue notificada el día 8 de mayo al fiscal del Tribunal y el 9 del mismo mes a las partes por anotación en estado de esa fecha, y

e) Que el demandante interpuso el recurso de apelación contra la mencionada providencia el día 14 de mayo, según consta de la copia que esta corporación, en ejercicio de la facultad conferida por el inciso 8º del artículo 378 del C. de P. C., solicitó al Tribunal pues en las originalmente aportadas tal dato no constaba con suficiente claridad, y como lo confiesa, además, el recurrente a folio 3, *in fine*, del escrito presentado ante esta corporación, en el cual interpone y sustenta el recurso que ahora se decide.

*Segundo.* Dispone el artículo 232 del Código Contencioso Administrativo que contra el auto *admisorio* de la demanda no cabe recurso alguno, en tanto que contra la providencia que decreta la *inadmisión* del libelo puede recurrirse en súplica, para ante los restantes magistrados, si el proceso fuere de única instancia, y en apelación, si el proceso es de aquellos que tienen dos instancias. De uno u otro recurso, agrega el precepto en comentario, deberá hacerse uso dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación de la providencia inadmisoria y tanto el recurso de súplica como el de apelación, han de resolverse de plano.

*Tercero.* En el caso de autos se tiene, de una parte, que de conformidad con el numeral 4 del artículo 132 del C.C.A., el proceso de que se trata es del conocimiento del Tribunal Administrativo de Santander en primera instancia y de esta corporación en segunda (C.C.A., art. 129, numeral 2), por lo cual el recurso procedente contra la providencia mediante la cual el citado Tribunal inadmitió la demanda es el de apelación para ante el Consejo de Estado; y de otra, que de dicho recurso debía hacerse uso dentro de los dos (2) días siguientes a la notificación de la providencia inadmisoria.

Consta de autos que el recurso de apelación se interpuso mediante escrito que fue presentado por el recurrente el día catorce (14) de mayo del año en curso, al paso que la providencia recurrida, esto es, el auto de fecha 7 de mayo fue notificada el día 8 de ese mismo mes al señor agente del Ministerio Público y el día nueve (9) de mayo a las partes

por anotación en estado de esa misma fecha, lo que lleva derechamente a la conclusión de que el término idóneo para interponer el recurso de apelación venció el día doce (12) de mayo a las 6 p.m. pues el once fue feriado. Y como el escrito contentivo del recurso de apelación fue presentado el 14, se impone ineludiblemente la conclusión de que el recurso en mención fue propuesto extemporáneamente, como así lo declaró el Tribunal Administrativo de Santander, ajustándose a derecho, mediante el auto calendado el 29 de mayo del año en curso. La apelación fue, pues, bien denegada por el Tribunal y así se declarará.

En atención a las consideraciones expuestas, la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado,

*Resuelve:*

*Estímase bien denegado* el recurso de apelación propuesto por la parte actora contra la providencia de fecha siete (7) de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986), proferida en este asunto por el Tribunal Administrativo de Santander.

Ejecutoriada esta providencia, envíese la actuación al Tribunal Administrativo de Santander para que forme parte del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

*Jorge Valencia Arango,* Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*DEMANDA ELECTORAL. AUTO ADMISORIO. PUBLICACION EN LA PRENSA: OMISION CONSECUENCIA. TERMINACION DEL PROCESO POR ABANDONO. Artículo 233 del Decreto 01 de 1984.*

*Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.*— Bogotá, D. E., septiembre cinco de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº E-047. Actor: Nelson Borbey Quintero Melo.

El señor Nelson Quintero Melo, actuando a nombre propio en aplicación de las normas que regulan el proceso especial electoral, demandó de esta Corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

a) Se declare la nulidad del "Acuerdo Nº 8 de 1986 expedido por el Consejo Nacional Electoral, pero solamente en cuanto se hace la declaratoria de elección de senadores por la Circunscripción Electoral del Departamento del Tolima correspondiente a las elecciones del 9 de marzo de 1986".

b) Que como consecuencia de la anterior declaración se declaren nulas las actas de escrutinio o registros correspondientes a los jurados de votación de las mesas números 3 y 8 de la cabecera municipal de San Antonio 5, 8, 17, 19, 24, 25, 39, 51, 55, 58, 61 y 62 de la cabecera municipal de El Espinal y Unica de la Inspección Departamental de Policía de Hatoviejo (Municipio de Suárez)".

c) Que así mismo se declaren nulas las actas o registros de los jurados de votación correspondientes a todas las mesas que el 9 de marzo de 1986 funcionaron en los Municipios de El Espinal, Flandes y San Antonio, pero únicamente en cuanto por dichas actas o registros se computaron como válidos los votos a favor de la lista o listas para el Senado de la República encabezada por Lino Jaime Pava Navarro, distintas de la lista inscrita en la oportunidad legal y compuesta exclusivamente por Lino Jaime Pava Navarro como principal y José Carol Rojas Tovar como suplente".

d) "Que como consecuencia de todo lo anterior, se ordene excluir del cómputo general de votos para Senado de la República los contenidos en las actos de escrutinio o registros cuya nulidad se declare en virtud de este proceso".

e) "Que, como consecuencia de lo resuelto, se ordene practicar y se practique efectivamente por el Consejo de Estado, Sala Contencio-

sa Electoral un NUEVO ESCRUTINIO de los votos depositados para candidatos al Senado de la República en las elecciones del 9 de marzo de 1986 de la circunscripción electoral del Tolima, con arreglo al artículo 247 del C.C.A. y con base exclusivamente en las actas de escrutinio o registros no afectados de nulidad por la sentencia que se profiera, se declare electos senadores a quienes corresponde, se expidan las respectivas credenciales y se comuniquen sus resultados al Presidente del Consejo Nacional Electoral, a los Delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil en el Tolima, al Presidente del Senado de la República, al Ministro de Gobierno y al Gobernador del Departamento del Tolima".

*Antecedentes*

1. Mediante auto de julio catorce (14) de 1986 (fls. 74 a 76) se admitió la demanda y se dispuso notificar por edicto fijado por el término de diez (10) días y por publicación por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la circunscripción electoral del Departamento del Tolima, a las personas que fueron declaradas electas como senadores de la República, principales y suplentes, por dicha circunscripción electoral, por cuanto se les considera como demandadas en razón a que en caso de prosperar la demanda deberá hacerse nuevo escrutinio.

2. El auto antes mencionado fue notificado al señor agente del Ministerio Público (fiscal 4º) el 18 de julio de 1986 (fl. 76 vto.).

3. El edicto notificatorio fue fijado el 21 de julio y desfijado el 31 de julio de 1986 (fl. 77).

4. Según constancia secretarial de 1º de septiembre de 1986 que obra a folio 78, para esa fecha habían transcurrido más de treinta (30) días contados a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda al señor agente del Ministerio Público y el demandante no había comprobado la publicación ordenada en dicho auto.

*Consideraciones*

I. El artículo 233 inciso final, última parte, del C.C.A. textualmente dispone:

> "Si el demandante no comprueba la publicación en la prensa dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente".

II. Es así entonces que trasladada la previsión de la norma pretranscrita al caso *sub lite* encuentra este despacho que se da la situación fáctica que permite la aplicación de ella.

En efecto, según el informe secretarial de folio 78 no demostró el demandante dentro de los 30 días a que alude la norma la publicación de periódico. Como la notificación al honorable Fiscal Cuarto ocurrió el 18 de julio de 1986 (fl. 76 vto.) ese período venció el 25 de agosto siguiente.

Así que la consecuencia habrá de ser la declaración de terminación del proceso por abandono y la orden de archivar el expediente:

En mérito de lo expuesto, se decide:

1º Declárase terminado el presente proceso por abandono.

2º Archívese el expediente.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

*Simón Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado.

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*DEMANDA ELECTORAL. INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.*

*Habiéndose admitido la demanda, a pesar de la indebida acumulación de pretensiones "el juzgador se encuentra en el momento de fallar, debe decidir de fondo sobre las pretensiones respecto de las cuales es competente y declararse inhibido con relación a aquellos que escapan a su competencia. Pero es claro que si en el momento de decidir sobre la admisión de la demanda, encuentra que hay indebida acumulación de pretensiones y el término de caducidad no permite que aquella sea corregida, debe rechazarla".*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., cinco de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente Nº E-055. Electoral. Actor: Federico Alberto Trujillo Burgos.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el abogado Federico Alberto Trujillo Burgos, quien actúa en su propio nombre y como apoderado de los señores Luis Lorduy Lorduy y Enrique Melamed Ovadía, contra el auto de fecha 13 de agosto del año en curso, por medio del cual el consejero sustanciador rechazó *in límine* la demanda que el recurrente había presentado, "por falta de competencia, dada la indebida acumulación de procesos".

En su demanda el actor, a nombre suyo y de sus representados, solicitó que "se hagan por sentencia definitiva las siguientes o similares declaraciones:

*"Primero:* Que es nulo el Acuerdo número trece (13) de fecha julio 14 de 1986, por el cual se resuelven las apelaciones interpuestas durante el escrutinio general de los votos emitidos el pasado 9 de marzo en la circunscripción electoral del Departamento del Atlántico, se declara la elección de senadores, representantes y diputados y se expiden las respectivas credenciales, acuerdo proferido por el Honorable Consejo Nacional Electoral y leído y notificado en estrados durante audiencia pública el día 17 de julio de 1986.

*"Segundo:* Que igualmente se declaren nulas las resoluciones proferidas por la misma corporación, o sus delegados, durante el proceso de los escrutinios respectivos, en contradicción con nuestro sistema electoral establecido por la Constitución y por la ley, y que como con-

secuencia de las anteriores declaraciones se ordene practicar y efectivamente se practique por el H. Consejo de Estado un nuevo escrutinio para representantes, senadores al Congreso Nacional por la circunscripción electoral del Atlántico y para el período constitucional de 1986 a 1990, y para diputados a la Asamblea del Departamento por esa misma circunscripción electoral, para el período constitucional 1986-1988, escrutinio que deberá practicarse únicamente con base en los registros que no se declaren afectados de nulidad en virtud del presente juicio, correspondiente a las elecciones del pasado domingo 9 de marzo de la citada circunscripción electoral y previa rectificación de los errores aritméticos que se demuestren judicialmente o exclusión de los registros que conforme a la ley no deban ser computados, y

"*Tercero:* Que con base en los resultados que se obtengan en los nuevos escrutinios se haga una nueva declaración de elección de representantes y senadores al Congreso Nacional para el período constitucional de 1986 a 1990, y para diputados a la Asamblea del Departamento para el período constitucional 1986 a 1988, por la circunscripción electoral del Atlántico, se ordene expedir y efectivamente se expidan las nuevas credenciales de representantes, senadores y diputados, en remplazo de las anteriores y que deben ser canceladas y se comuniquen las anteriores novedades a quienes deben conocerlas, por sendos oficios que deberán librarse al Presidente del H. Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a sus delegados en el Departamento del Atlántico, al Ministro de Gobierno, al Gobernador del Departamento del Atlántico, al Presidente de la H. Cámara de Representantes, al Presidente del H. Senado de la República y al Presidente del H. Tribunal Contencioso Administrativo de Barranquilla" (fols. 1 y 2 del expediente).

Las siguientes son las consideraciones del auto suplicado:

"1. Según el artículo 132, ordinal 4º, de la demanda de nulidad de la declaratoria de elección de diputados a las Asambleas Departamentales, conoce en primera instancia, el respectivo Tribunal Administrativo.

"2. De los procesos de nulidad de las elecciones de senadores y representantes a la Cámara, conoce, en única instancia el Consejo de Estado, conforme al artículo 128, ordinal 4º, del C.C.A.

"3. Lo anterior quiere decir, que hay indebida acumulación de pretensiones o, mejor aún, ilegal acumulación de procesos, de los cuales, en la forma presentada, no puede conocer ésta corporación, por falta de competencia.

"4. La unidad jurídica de la demanda y el derecho de disposición exclusivo del demandante, no permite al juez, desmembrarla para conocer una parte y rechazar el resto, pues ello implicaría suplantar la voluntad del actor.

"5. No es posible devolverla para que se corrija, pues el término de caducidad no lo permite, según expresa previsión del artículo 143 del C.C.A., por lo que lo único procedente es su rechazo *in límine*" (fols. 118 y 119 del expediente).

En el memorial en que interpuso el recurso de súplica, el mencionado abogado se expresa en los siguientes términos:

"El criterio anterior es respetable pero no de recibo, pues con esa interpretación se estaría violentando el querer del legislador que no es otro que el de permitir que el litigante o afectado pueda ejercitar su derecho dentro del término y por tanto permite que lo ejercite hasta el último momento, y por ello la norma del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo establece: 'En caso de falta de competencia se ordenará enviar el expediente a la corporación que fuere competente...'

"La demanda referida fue presentada en la Secretaría General de esa alta corporación el día 8 de agosto de 1986, lo que indica de conformidad a la fecha de la notificación del acuerdo demandado en nulidad, que esta fue presentada dentro del término hábil para incoar la acción que nos ocupa, ya que el término fenecía el día 11 de agosto de 1986. En la demanda instaurada aparecen como demandantes los señores Luis Lorduy Lorduy como candidato principal a la Cámara de Representantes y Enrique Melamed Ovadía, como candidato suplente al Senado en la lista encabezada por el Doctor Pedro Martín Leyes Hernández; en estos dos casos el suscrito actúa como apoderado especial de estos dos ciudadanos y también se extendió la pretensión de la demanda a la elección de diputados a la Asamblea del Departamento del Atlántico. En este último caso actúo en mi propio nombre y en mi carácter de candidato que fui a la Asamblea del Departamento del Atlántico, en el tercer renglón en la lista encabezada por el Doctor Jhonny Robles Zuchinni, por la misma circunscripción electoral, para el período constitucional de 1986-1988.

"Como lo que se trata es de demandar la nulidad del Acuerdo número 13 de 1986, proferido por el Consejo Nacional Electoral, siguiendo los lineamientos de los artículos 128 en su numeral 1º y 233 del Código Contencioso Administrativo, 'se entienden demandados, todos los ciudadanos elegidos por el acto cuya nulidad se pretende', ya que necesariamente de prosperar la pretensión deberá de practicarse nuevo escrutinio, la demanda fue dirigida a afectar la elección de los ciudadanos que resultaron electos tanto para el Senado, Cámara y Asamblea, ya que existe Unidad Jurídica del acto que se demanda y el artículo 128 del mismo Código, le da competencia para conocer de única instancia: '1º) De los de nulidad de los actos administrativos de Orden Nacional expedidos en cualquiera de las ramas del poder público... por la Corte Electoral...' (hoy Consejo Nacional Electoral) como es el caso que nos ocupa en que la demanda de nulidad se dirige contra el acto o acuerdo proferido por el Consejo Nacional Electoral y este declaró la elección de senadores, representantes y diputados.

"La presencia del artículo 132, ordinal 4º del Código Contencioso Administrativo, que establece: 'Que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de la nulidad de las elecciones de diputados a la Asamblea', a mi juicio trae como consecuencia para el caso en estudio, la aplicación de esta norma que para esta última Corporación se le estaría dando un tratamiento especial, de privilegio permitiéndole un recurso que para las otras Corporaciones no existe,

como lo es el de poder ir en apelación al Consejo Nacional Electoral en el efecto suspensivo, lo resuelto por los delegados de ese organismo electoral y también poder recurrir en demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo y en segunda instancia al Consejo de Estado, lo que no ocurre para Senado y Cámara.

"El Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia y doctrinas, ha venido sosteniendo que cuando en una misma demanda se presenta acumulación de pretensiones de las cuales unas conoce por competencia y de las otras no, se deben admitir aquellas que son de su competencia e inhibirse de aquellas de las cuales no es competente.

"El criterio que debe primar a mi juicio, es el mismo que trae la norma civil, cuando se refiere a la acumulación de pretensiones por razón de la cuantía (Art. 82, ordinal 1º del Código de Procedimiento Civil). Siguiendo el principio general de derecho de que lo accesorio sigue a lo principal.

"Existe un antecedente en esta misma Corporación en un proceso de nulidad electoral, que se encontraba en iguales circunstancias, donde se demandó la nulidad del acuerdo que declaró electos a los senadores, representantes y diputados de la circunscripción electoral de Bolívar y esta fue admitida mediante auto de fecha 12 de junio de 1986 dictado en el Proceso número E-023, como aparece a folios 53, 54, 55, 56 y 57 de dicho proceso en el cual se ordenó la notificación de todos los que resultaron elegidos tanto para Senado, Cámara, lo mismo que para Asamblea y así aparece consignado en el Edicto de fecha 19 de junio de 1986.

"No obstante lo anterior, oportunamente y ante funcionario competente en el Departamento del Atlántico presenté la corrección de la demanda en referencia, prescindiendo de la demanda de nulidad en lo que se refiere en el acto acusado a la elección de diputados por la Circunscripción Electoral del Atlántico, quedando únicamente mi demanda de nulidad circunscrita a las Corporaciones Senado y Cámara. Este hecho me propongo acreditarlo ante esa honorable Corporación.

"Por todo lo anteriormente expresado y como petición principal solicito se admita la demanda y se le dé el trámite correspondiente y en subsidio y ante la eventualidad que la pretensión que hago extensiva a la nulidad de las elecciones para diputados, perturbe la admisión de la demanda, afectando las otras dos reclamaciones para Senado y Cámara de las cuales conoce el Consejo de Estado y presentadas dentro del término, les manifiesto que prescindo a las declaraciones que en la demanda solicito en los puntos primero, segundo y tercero referente a la nulidad de las elecciones a diputados a la Asamblea del Departamento de Atlántico, dada la circunstancia que para ello actúo en mi propio nombre y para las otras dos Corporaciones (Senado y Cámara) actúo como apoderado especial" (fls. 121 y 122).

En escrito posterior anuncia otro de corrección de la demanda, el último de los cuales fue presentado en el Consejo de Estado el 19 de agosto del presente año.

En el primero de los citados memoriales dice, entre otras cosas el recurrente:

"No obstante la corrección de la demanda, considero conveniente citar lo que la Corte ha venido sosteniendo, sobre puntos y hechos análogos desde 1943, que la acumulación en estos casos, busca evitar la división de la contingencia de la causa, cuando las acciones provengan de una misma causa. Aunque se ejercitan contra muchos y haya, por consiguiente diversidad de personas. Este principio que tiende a evitar que sobre un mismo punto jurídico y en ejercicio de una misma acción respecto de personas ligadas entre sí por una conexión jurídica pueda dar lugar a fallos contradictorios, se funda también en otro principio, a saber: el de la economía procesal que tiende a hacer efectivos los derechos con el menor esfuerzo de tiempo y dinero (Casación 16 de septiembre de 1943, LVI, 130)".

*Se considera:*

No acierta el recurrente en su impugnación a la providencia suplicada por las razones que a continuación y de manera sintética se exponen:

1ª Ciertamente la demanda fue presentada dentro del término legal; pero lo que el auto suplicado tiene en cuenta es que una corrección de la misma estaría fuera de término, el cual venció el 11 de agosto de 1986, como el propio actor lo reconoce. Y el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, que cita el recurrente, es claro en establecer que la presentación de una demanda defectuosa y, que por lo tanto debiera ser corregida, no interrumpe los términos para la caducidad de la acción y dispone que en ese caso se le dará al demandante un plazo de cinco días para que enmiende sus defectos, "siempre que éste no quede comprendido en el de caducidad"; si no lo hiciere o no fuere posible la corrección en razón de la caducidad, no se admitirá la demanda. De suerte que el auto recurrido en súplica se encuentra ajustado a la ley, pues cuando se dictó ya había caducado la acción y no era posible, por consiguiente, de acuerdo con la norma parcialmente transcrita, corregir la demanda.

2ª No es aplicable aquí, como cree el recurrente, lo dispuesto en el mismo artículo, según el cual, "en caso de falta de competencia se ordenará enviar el expediente a la corporación que fuere competente", pues ningún tribunal administrativo lo es para conocer de un negocio en que indebidamente se acumulan pretensiones de competencia suya, en primera instancia, y del Consejo de Estado en única (arts. 128, num. 4, y 132, num. 4, del C.C.A.).

3ª Es cierto que el artículo 233 del mismo estatuto procesal establece que "si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende", pero ello es de acuerdo con las reglas de competencia determinadas en los artículos 128 y 132 *ibídem* y no en contra de ellas; o sea, que si ha sido demandada ante el Consejo de Estado la elección de uno o más miembros del Congreso, se entenderán demandados, en el supuesto de la norma, todos los senadores y representantes declarados elegidos por el acto cuya nulidad se solicita; lo mismo sucederá si fue demandada la elección de uno o más diputados ante el correspondiente tribunal administrativo. Si en el Acuerdo Nº 13 del 14 de

julio de 1986, expedido por el Consejo Nacional Electoral, se declaró la elección de senadores, representantes y diputados, la alegada "unidad jurídica del acto" no impedía que se demandara el mismo ante el Consejo de Estado en lo concerniente a los congresistas y ante el tribunal administrativo competente en lo relativo a los ciudadanos que fueron declarados elegidos para la Asamblea del Atlántico.

4ª La jurisprudencia de Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia que cita el demandante no tiene aplicación cuando al decidir sobre la admisión de la demanda se encuentra que hay indebida acumulación de pretensiones por corresponder ellas a distintas competencias, sino cuando habiéndose admitido equivocadamente dicho libelo, es decir, a pesar de ese defecto, el juzgador se encuentra en el momento de fallar, caso en el que debe decidir de fondo sobre las pretensiones respecto de las cuales es competente y declararse inhibido con relación a aquellas que escapan a su competencia. Pero es claro que si en el momento de decidir sobre la admisión de la demanda, encuentra que hay indebida acumulación de pretensiones y el término de caducidad no permite que aquella sea corregida, debe rechazarla.

5ª El artículo 82, numeral 1, del Código de Procedimiento Civil permite que se acumulen únicamente "pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía", norma que no es aplicable por analogía a los casos en que la competencia es determinada por razón de la materia.

6ª El caso de la demanda admitida por el Consejo de Estado a pesar de que se pidió en ella la nulidad de la elección de senadores, representantes y diputados, no puede servir de precedente, pues ello se debió simplemente a una inadvertencia de la Sala.

7ª La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que cita el recurrente en el memorial que figura a folio 123 del expediente, nada tiene que ver con el problema de la falta de competencia del juzgador para conocer de todas las pretensiones acumuladas, como es fácil percatarse con la sola lectura del texto transcrito.

En suma, hubo indebida acumulación de pretensiones por razón de los diferentes niveles de competencia a que está atribuido el conocimiento de ellas y no es ni era posible la corrección de la demanda, y mucho menos como lo intenta el actor al final del escrito en que interpuso el recurso de súplica, puesto que cuando se dictó el auto recurrido ya se había cumplido el término de caducidad. En consecuencia, habrá de ser confirmada la providencia objeto del recurso de súplica.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral,

*Resuelve:*

Confírmase el auto suplicado, por medio del cual el consejero sustanciador rechazó *in limine* la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 4 de septiembre de 1986.

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Antonio José de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*ELECTORALES. Artículo 233, Decreto 01 de 1984.*
*INTERPRETACION.*

*Los 30 días de que habla el artículo 233, contaderos desde que se realizó la notificación al Ministerio Público, del auto que ordena la publicación, que es el mismo auto admisorio de la demanda, constituye el término fijado por la ley, no solamente para efectuar las publicaciones, sino también para acreditar tal hecho.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., cinco de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº E-034. Actor: Eduardo del Hierro Santacruz.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte impugnadora contra el auto de 4 de agosto de 1986 en el cual se resolvió no acceder a declarar la terminación del proceso por abandono y no ordenar el archivo del proceso.

*Antecedentes*

1. El Doctor Eduardo del Hierro Santacruz, por conducto de apoderado y en aplicación de las normas que regulan el proceso especial electoral, demandó de esta corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

a) Se declare la nulidad "del Acuerdo número 4 de 1986 del Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección de senadores de la República, principales y suplentes, correspondientes a las votaciones que tuvieron lugar en la circunscripción electoral de Nariño el 9 de marzo del presente año, concretamente la nulidad de los artículos 1º, 2º, 4º y 7º de dicho Acuerdo número 4 de 1986 expedido por el Consejo Nacional Electoral".

b) Se declare la nulidad "de las actas de escrutino de los jurados de votación números 78 Bis-5, 157 Bis-4, 171, 184, 195, 203, 211, 220, 232, 234 y 243 que funcionaron el 9 de marzo de este año en el Municipio de Pasto, Departamento de Nariño, e igualmente de todas y cada una de las actas de escrutinio de los jurados de votación que computaron y escrutaron los votos emitidos por la ciudadanía en el Municipio de Tumaco, Departamento de Nariño, en las elecciones realizadas el ya citado día 9 de marzo de 1986".

c) Como consecuencia de todo lo anterior "se rectifiquen y practiquen los escrutinios de las elecciones para senadores de la República que se celebraron el 9 de marzo de este año en la circunscripción electoral de Nariño y, en desarrollo de lo anterior, se anulen y expidan las credenciales de acuerdo con la ley".

2. Mediante auto de junio 11 de 1986 (fol. 39) se admitió la demanda y se dispuso notificar por edicto fijado por el término de diez (10) días y por publicación por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la circunscripción electoral de Nariño, a las personas que fueron declaradas electas como senadores de la República, principales y suplentes, por dicha circunscripción electoral, en razón a que en caso de prosperar la demanda deberá hacerse nuevo escrutinio y por tanto, se considera a dichas personas como demandadas.

3. El auto antes mencionado fue notificado al señor agente del Ministerio Público (Fiscal 1º) el 13 de junio de 1986 (fol. 39 vto.).

4. El edicto notificatorio fue fijado el 16 de junio de 1986 y desfijado el 26 de junio del mismo año (fol. 40).

5. El Doctor Laureano Alberto Arellano, en su condición de senador principal, declarado electo por el acuerdo cuya nulidad se impetra y por tanto, como parte demandada, por conducto de apoderado, solicitó declarar terminado el proceso por abandono y ordenar el archivo del expediente, con fundamento en que tal medida procede, al tenor del último párrafo del artículo 233 del C.C.A., cuando dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación al agente del Ministerio Público del auto que ordena la publicación en la prensa, el demandante no haya comprobado dicha publicación y tal situación ocurrió en el caso *sub júdice* en razón a que habiéndose notificado el señor fiscal del auto que ordenó la publicación el 13 de junio de 1986, el demandante no había comprobado tal publicación para el día 22 de julio del mismo año, fecha de presentación del escrito (fols. 42 y 43).

6. Con fecha 23 de julio de 1986 (fol. 45) la parte demandante presentó escrito adjuntando un ejemplar del periódico El Siglo de 23 de junio de 1986 y otro ejemplar del diario La República del 11 de julio del mismo año en los que aparece la mencionada publicación.

7. En auto de agosto 4 de 1986 (fols. 51 a 53) se dispuso no acceder a la declaratoria de terminación del proceso por abandono y al consiguiente archivo del expediente, habiéndose interpuesto contra dicho auto, por la parte impugnadora, el recurso de súplica que ahora se decide (fols. 54 a 56).

*El auto recurrido*

Se fundamenta el auto impugnado en las siguientes consideraciones:

1. La publicación del edicto se hizo el 23 de junio y el 11 de julio de 1986, es decir, dentro de los treinta días siguientes a la notificación al agente del Ministerio Público (13 de junio de 1986), cumpliéndose con el fin perseguido por la disposición del artículo 233 del C.C.A., por cuanto el memorial en el cual el impugnante otorga poder tiene fecha

20 de junio de 1986; lo que no se efectuó dentro de los treinta días siguientes al 13 de junio de 1986 fue la comprobación de que se hizo oportunamente la publicación del edicto.

2. La interpretación que hace la parte impugnadora implica "subordinar lo esencial, que es la publicación del edicto en el cual se avisa a quienes fueron ungidos por el acto cuya nulidad se pide, que se admitió una demanda para que se declare su nulidad y puedan hacer valer sus derechos en el proceso, a un hecho del procedimiento como es la comprobación de que se ha hecho pública la citación a los terceros que puedan tener interés en el resultado del debate".

3. "...la redacción de la norma es ambigua, pero no cabe duda de que la intención del legislador fue que la publicación del edicto en el cual se informa de la admisión de la demanda, con la cual además se completa la notificación a los terceros, se haga dentro de los treinta días siguientes a la notificación del fiscal".

"El entendimiento contrario, en el sentido de que es la prueba de la publicación del edicto, la que debe hacerse dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación del Ministerio Público, llevará a concluir que si la publicación se hace el trigésimo día después de la notificación al fiscal y por lo mismo dentro del término que fija la ley, sin embargo no tendría ningún valor por cuanto necesariamente la prueba de que se hizo pública la citación a terceros, tendría que suministrarse más allá de los treinta (30) días".

"La norma para que sea lógica debe leerse así: 'Si el demandante no comprueba que la publicación en la prensa se hizo dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente'".

*Recurso de súplica*

Lo sustenta la parte impugnadora en las siguientes consideraciones:

a) Las publicaciones del edicto y contrariamente a lo afirmado en el auto suplicado "no cumplieron con el fin perseguido por la disposición del artículo 233 del C.C.A.", que era NOTIFICAR a los elegidos demandados, ya que la verdad es que en El Siglo el edicto se publicó el día 23 de junio pasado y en La República fue publicado el día 11 de julio último, siendo que el demandado senador Laureano Alberto Arellano Rodríguez me había conferido a mí poder desde el día 20 de junio de 1986, o sea (sic) tres días antes de la publicación hecha en La República".

b) El artículo 233 del Decreto 01 de 1984 es muy claro en su última frase y al ser ello así no es posible desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu, según la regla del artículo 27 del Código Civil. Aquel texto habla de *comprobación* de la publicación en la prensa y así ha de entenderse.

*Alegato de la parte demandante*

Se sintetizan así las razones expuestas por ésta en pro de la confirmación de la providencia recurrida:

a) De la lectura cuidadosa de la norma controvertida se comprende bien que el término de 30 días rige para la *publicación* del edicto en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral. Lo que debe comprobarse es que la publicación se haya hecho dentro de los 30 días siguientes a la notificación del agente del Ministerio Público. Es esto tan evidente que si la publicación se hubiera hecho el trigésimo día posterior a la referida notificación, sería un imposible físico la comprobación de la misma dentro de los 30 días siguientes a dicha notificación, cual se afirma en el auto examinado.

Ambas publicaciones de periódico se hicieron dentro de los mentados 30 días, luego sería contrario a la lógica procesal que se sancionara al actor por negligencia o abandono del proceso.

b) Es razonable admitir que la redacción de la norma comentada sea anfibológica porque podría sostenerse que el término de 30 días rige alternativamente, bien para la *comprobación* o para la *publicación* del edicto, en cuyo caso debe aplicarse el artículo 5º de la Ley 153 de 1887 que es del siguiente tenor: "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes".

c) Es regla universal de derecho que en caso de duda ésta se resuelva a favor de la parte inculpada o incriminada, cual es la situación que se comporta en el caso *sub lite* en que es evidente la diligencia de la parte demandante, que ha tenido buen cuidado en cumplir las normas vigentes para los juicios electorales.

*Consideraciones*

I. Del conjunto de las prescripciones legales que en la actualidad regulan el proceso electoral, como ocurría con las que conformaban la antigua legislación en la materia, se desprende un rasgo que lo particulariza o caracteriza frente a los demás procesos y es la *celeridad* en su tramitación y decisión, lo que se explica por la naturaleza misma de los asuntos o de la materia sobre los cuales versa. De ahí que los términos para accionar, interponer recursos cuando estos no han sido eliminados por expresa disposición para este proceso, decretar y practicar pruebas, alegar y proferir la sentencia sean notoriamente más cortos que los que rigen en el procedimiento ordinario y en los otros procedimientos especiales que el C.C.A. contempla.

La particularidad antes anotada constituye una guía u orientación para lograr el recto entendimiento del inciso final, última parte, del artículo 233 del estatuto mencionado, cuyo tenor literal es el siguiente: "Si el demandante no comprueba la publicación en la prensa dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente".

En efecto, la notificación a quienes se consideran demandados, en razón de que la declaratoria de nulidad del acto impugnado en caso de producirse conlleve la práctica de nuevo escrutinio, se entiende surtida una vez se haya fijado el edicto notificatorio del auto admisorio de la demanda por el término de diez (10) días y se haya efectuado la publicación del mismo en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral. Pero como es apenas lógico y en garantía del derecho de defensa de aquellos y del principio de la economía procesal, el proceso no puede continuar adelantándose mientras no se acredite dicha notificación y la consecuente vinculación al proceso en legal forma de los demandados.

No basta que la notificación se haga con el lleno de los requisitos legales, es necesario, para poder continuar la impulsión de la actuación, comprobar que ésta se ha efectuado, lo que implica que la ausencia de la prueba de la realización de la notificación en debida forma tiene la virtualidad jurídica de paralizar, de retardar la actuación procesal hasta tanto ésta se suministre y de no existir un término para ello, que en el caso en estudio es precisamente el señalado en la norma invocada, se desvirtuaría, por inactividad de la parte a quien corresponde acreditar tal hecho, el principio mencionado de la celeridad que anima el proceso electoral y que está ínsito en las normas que lo regulan.

Como consecuencia de lo expuesto, los treinta (30) días de que habla el artículo 233, contaderos desde que se realizó la notificación al Ministerio Público del auto que ordena la publicación, que es el mismo auto admisorio de la demanda, constituye el término fijado por la ley no solamente para efectuar las publicaciones, sino también para acreditar tal hecho y en el caso *sub lite* habiéndose realizado la notificación al señor fiscal el 13 de junio de 1986, cuando tuvo lugar dicha comprobación —23 de julio siguiente—, ya habían vencido los mencionados treinta días, siendo procedente, en consecuencia, la declaración de terminación del proceso por abandono y el consiguiente archivo del expediente.

II. Interpretar el artículo 233, parte pertinente, en el sentido de que el plazo allí fijado opera únicamente para efectos de la publicación, implicaría la ausencia total de término para comprobarla, por carencia de otra norma que lo fije y por tanto, la prórroga indefinida de la decisión sobre asuntos en que precisamente el legislador ha querido sean dirimidos con la mayor rapidez.

La afirmación anterior cobra sus justas proporciones si se tiene en cuenta que en el proceso electoral no es aplicable el artículo 148 del C.C.A. y en consecuencia no podría pensarse que el demandante dispondría del término allí consagrado para demostrar que la publicación se hizo dentro de los treinta días tantas veces mencionados, ya que si bien el artículo citado no contempla el proceso electoral para exceptuarlo de su aplicación, por ser la perención un fenómeno extraño a la acción o más exactamente pretensión electoral que participa de la naturaleza de la acción o pretensión de nulidad y por tanto mira fundamentalmente a la preservación del orden jurídico y al mantenimiento del principio de legalidad, se necesitaría de una norma que en forma expresa contemplara la posibilidad de la aplicación al proceso electoral de tal institución, así como los hechos o circunstancias que la genera-

rían, que es cabalmente lo que ocurre en el caso de excepción contemplado en el artículo 233 del C.C.A. en que la ley castiga la inactividad de la parte demandante con la declaratoria de terminación del proceso por abandono y con el consecuencial archivo del expediente.

III. A más de las razones antes expuestas que giran en torno a la interpretación de la disposición mencionada ubicándola dentro del contexto normativo del cual hace parte, para efectos de precisar aún más su exacto sentido conviene remontarse al antecedente positivo de la misma que lo constituye el artículo 40 de la Ley 85 de 1981, el cual en sus dos últimos incisos prescribe textualmente:

> "Si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende. En este caso se les notificará mediante edicto que durará fijado diez (10) días en la respectiva secretaría y se publicará una sola vez en dos periódicos de circulación nacional.
>
> "Si el demandante no comprueba la publicación en la prensa, dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del auto que la ordena, se declarará terminado el juicio por abandono y se ordenará el archivo del expediente".

De la simple lectura de la norma transcrita, último inciso, salta a la vista que hay en ella un manifiesto vacío en la medida en que se fijó un término de treinta (30) días para comprobar la publicación, contadero a partir de la ejecutoria del auto que la ordena, que es el mismo admisorio de la demanda, pero olvidó señalar un término para hacer la publicación misma, dejando, de una parte, al arbitrio del demandante la continuación en la tramitación del proceso, que depende en este evento de la vinculación en debida forma de los demandados y de otra, haciendo inaplicable la sanción en ella prevista, pues mal podría afirmarse que dicho auto se encuentra ejecutoriado si no hay constancia de su notificación por ausencia de la prueba de dicha publicación. Es decir, para fines de lograr la rápida tramitación y decisión del proceso, es necesario contemplar término para realizar las diligencias notificatorias del auto admisorio a los demandados, en guarda del derecho de defensa, entre las cuales se encuentra la publicación, y término para acreditar que ellas se efectuaron de manera que pueda continuarse adelantando el proceso, sin que exista impedimento alguno para que tales términos sean comunes.

Precisamente por lo antes anotado, es que el artículo 233, último inciso del nuevo C.C.A. salva el obstáculo mencionado y logra la finalidad perseguida, disponiendo que una vez se notifique al agente del Ministerio Público el auto admisorio de la demanda en el cual se ordena la notificación por edicto y por publicación a los demandados, el demandante dispondrá de un término de treinta (30) días para efectuar tal publicación y para comprobarla, de manera que el proceso pueda continuar su curso.

IV. La circunstancia de que el término de treinta (30) días fijado por la ley sea común para cumplir con el requisito de la publicación y de la prueba de la misma, no presupone necesariamente que aquella deba hacerse con anterioridad al trigésimo día contado a partir de la

notificación al señor agente del Ministerio Público, pues nada impide que el mismo día en que se haga dicha publicación se alleguen los ejemplares del periódico o periódicos en la que ella tuvo lugar.

V. No es exacto afirmar en el caso *sub júdice* que aun cuando la prueba de la publicación se suministró vencidos los treinta (30) días siguientes a la notificación al señor fiscal, la publicación misma cumplió con la finalidad perseguida por el artículo 233 del C.C.A., ya que la primera publicación se efectuó el 23 de junio de 1986 y el demandado confirió poder e hizo presentación de éste el 20 de junio del mismo año (fol. 41), es decir tres días antes de surtirse la primera publicación. De otra parte, es evidente que la información sobre la existencia del proceso electoral, específicamente sobre la expedición del auto admisorio de la demanda, se logra con la fijación del edicto y con la publicación, pero ello no significa que la prueba de la realización de tales diligencias pueda aportarse cuando a bien lo tenga el demandante en lo que toca con la publicación.

VI. Si bien es indudable que lo esencial para garantizar los derechos de quienes fueron declarados electos por el acto cuya nulidad se pide, es la publicación, ello no significa que un hecho de puro procedimiento, como es la comprobación de la publicación en debida forma, pueda dejarse al arbitrio de las partes y sin sujeción a las disposiciones procesales que regulan estos aspectos, máxime si se tiene en cuenta que las normas procesales son de orden público.

En mérito de lo expuesto, se resuelve:

Revócase el auto de 4 de agosto de 1986 y en su lugar se dispone:

I. Declárase la terminación del proceso por abandono.

II. Archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha, septiembre cinco (5) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Jorge Valencia Arango,* Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Antonio José de Irisarri Restrepo, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*DEMANDA ELECTORAL. NOTIFICACION. NUEVOS ESCRUTINIOS.*

*Artículo 233 del Decreto 01 de 1984. No se aplica la notificación prevista en el artículo 139 ibídem.*

*DEMANDA ELECTORAL. NOTIFICACION AL NOMBRADO.*

*Numeral 1º del artículo 233 del Decreto 01 de 1984. Aplicación analógica del artículo 139 ibídem.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., ocho de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº E-036. Actor: Hernando Bolívar Barros.

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oportunidad legal por la parte actora, contra el auto de 17 de mayo de 1986 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico y mediante el cual se inadmitió la demanda electoral presentada por aquella.

*Antecedentes*

El abogado Hernando Bolívar Barros, en ejercicio de la acción pública electoral solicitó ante el H. Tribunal Administrativo del Atlántico lo siguiente:

1. La declaratoria de nulidad del "acto por medio del cual se declararon electos como concejales del Municipio de Soledad para el período legal 1986-1988, a los señores Víctor Hugo Miranda Baca, William Rafael Baca Orozco, Jorge Eliécer Iglesias Viloria, Jaime Eloy Bolívar Barros, Alcides Enrique Castro Borrero, Saúl Sandoval Rodríguez, Daniel Esteban Florián Jiménez, Jaime Geraldino Racedo, Lina Margarita Ucrós Lazcano, Alfredo Alberto Arraut Varelo, Armando Sandoval Rodríguez y Raúl Enrique Moreno Mosquera, por cuanto en las actas de escrutinio elaboradas tanto por las Comisiones Escrutadoras Municipales que designara el H. Tribunal Superior, como la redactada por los delegados del Consejo Nacional Electoral, comisionados para los escrutinios generales, contabilizaron votos que no debían ser tenidos en cuenta en dichos escrutinios, como por haberlos computado con violación del sistema electoral vigente".

2. Que como consecuencia de la nulidad que parcialmente se decrete, se ordene en la sentencia la práctica de nuevos escrutinios sobre

el total de votos que no sean excluidos del cómputo general y con base a este resultado se adjudiquen las curules teniendo en cuenta los doce nuevos residuos en el orden descendente, tal como lo manda el artículo 7 de la Ley 28 de 1979, en su ordinal 4º.

*La providencia apelada*

El Tribunal *a quo* mediante la providencia apelada inadmitió la demanda electoral, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Al revisar la demanda y sus anexos se observa que la parte demandante solamente aportó una copia del libelo y sus anexos para el traslado, según lo certifica la Secretaría del Tribunal. Significa ello que no se acompañaron las copias de la demanda requeridas para el traslado a cada uno de los ciudadanos cuya elección de concejal se controvierte.

Y al efecto cita providencia suya de 15 de mayo de 1986 en donde se exponen las siguientes apreciaciones:

"Como el C.C.A. no establece requisitos especiales para la demanda electoral, debe entenderse que ella está a las exigencias generales en materia de contenido, formalidades y anexos señalados para toda demanda en los artículos 137 a 142 de dicho estatuto".

"El último inciso del artículo 139 del código determina que como anexo del libelo 'deberá acompañarse copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes'. La inflexión verbal empleada: 'deberá', implica para el demandante una obligación a la cual no se puede sustraer".

"Sobre la razón de ser de esta exigencia los tratadistas y consejeros de Estado, doctores Carlos Betancur Jaramillo y Gustavo Humberto Rodríguez —quienes intervinieron en la redacción del nuevo código—, afirman lo siguiente:

"'...*9) Deberá adjuntar la parte actora las copias de la demanda y sus anexos para la notificación a las partes, tantas cuantas sean las personas a quienes deba correrse el traslado...*' (Las subrayas son del Tribunal). (C. Betancur J., Derecho Procesal Administrativo, 2ª edición, pág. 179)".

"'...b) *A la demanda debe acompañar los siguientes documentos:...* 6) *Varias copias de la demanda, según el número de demandados,* más la que corresponda al archivo del Tribunal,...' (Las subrayas son del Tribunal). (G. H. Rodríguez, Procesos Contencioso Administrativos, Parte General, pág. 336)".

"Resulta por lo tanto incuestionable que el demandante está en la obligación de acompañar como anexo del libelo tantas copias de la demanda y sus anexos cuantos sean los demandados. A juicio del Tribunal esta exigencia está instituida con miras a la salvaguardia del derecho de defensa y a que se integre en debida forma el contradictorio, pues dicho derecho reclama no sólo que se notifique al demandado del auto admisorio de la demanda sino que conozca el contenido y anexos de ésta".

"En el caso *sub exámine* cabe tener en cuenta que como la demanda electoral tiene como pretensión la práctica de un nuevo escrutinio deben entenderse demandados todos los ciudadanos que resultaron elegidos por el acto acusado, según lo prescribe el último inciso del artículo 233 del C.C.A., o sea: los ocho ciudadanos elegidos como principales y suplentes para el Concejo Municipal de Malambo. Ahora, como según informe de la Secretaría del Tribunal el demandante sólo aportó una copia de la demanda y sus anexos para el traslado (folio 264), se colige que no se satisfizo en este asunto la exigencia que para toda demanda ante esta jurisdicción reclama el último inciso del artículo 139 *ibídem*".

"Como el defecto antes señalado resulta insubsanable por haber vencido el término de veinte (20) días de caducidad de la acción, debe el Tribunal disponer la inadmisión de la demanda, a la luz de lo preceptuado en el segundo inciso del artículo 143 *ibídem*".

"A este respecto el Doctor Carlos Betancur Jaramillo al comentar el mencionado artículo, dice:

"'...Si la idea central plasmada en el primer inciso es la de que *la demanda que no reuna los requisitos y formalidades establecidos en la ley, no interrumpirá los términos para la caducidad de la acción, lo lógico es que el plazo para su corrección indicado en el segundo inciso sólo pueda otorgarse cuando no exceda el de caducidad señalado en la ley.* En otras palabras, y esa fue nuestra intención al redactar el artículo, *el juzgador no deberá conceder el plazo de corrección si con éste se excede el de caducidad...* En tal sentido, *cuando la demanda informal se presente cuando no exista ya margen para su corrección deberá inadmitirse, sin más...*' (Obra citada, página 184 y 185). (Las subrayas son del Tribunal)".

"Por último se advierte que el demandante no acompañó certificación sobre la cuantía del presupuesto anual ordinario del Municipio de Malambo en la actual vigencia fiscal, factor que es necesario para determinar si el asunto es del conocimiento del Tribunal en única o primera instancia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 131, ordinal 3º y 132 ordinal 4º del Código Contencioso Administrativo".

"La consideración primeramente anotada justifica, por sí sola, que se inadmita la demanda".

*Sustentación de la apelación por la parte actora*

Mediante escrito presentado en tiempo, ésta sustentó la alzada en los términos que a continuación se sintetizan:

I. El Tribunal desconoció la reglamentación de carácter especial de la acción electoral.

No es cierto que el C.C.A. no establece requisitos especiales para la demanda electoral, porque en el Capítulo IV del Título XXVI del denominado "Procesos especiales", se consagra un reglamento particular compuesto de 28 artículos, que constituye "un arsenal de procedimiento, mecanismos y rituales muy propios del asunto electoral orientados con una filosofía procedimental y unos criterios jurídicos

completamente diferente no sólo al trámite denominado 'ordinario' sino a los demás trámites calificados igualmente como especiales". Es fácil inferir también que la intención del legislador era la de dotar el proceso electoral de una ritualidad muy propia y adecuada al carácter de urgencia y orden público que "le es propio al evento y circunstancia del sufragio".

II. Las normas sobre acción electoral excluyen el traslado de la demanda y por ende las copias respectivas de la misma.

No es cierto que la calificación de "demandados" que otorga el artículo 233 del C.C.A. en su inciso 5) para el caso de nuevos escrutinios permita inferir exactamente, como lo dice el Tribunal, que debe acompañarse copias para cada uno de ellos, que son los principales y suplentes elegidos, ya que dicho artículo ordena para tal caso que se les notifique por edicto, que permanecerá fijado por 10 días en la Secretaría. Es decir, que se trata de una notificación común en la Secretaría y no de la personal e individual que implica el verdadero "traslado" particular de la respectiva copia.

Cuando el artículo 233 del C.C.A. expresa que "se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos" no quiere decir exactamente, que sean realmente demandados, y que sean realmente partes en el proceso electoral, como lo entendió equivocadamente el Tribunal, sino que puedan llegar a constituirse partes en dicho proceso coadyuvando o impugnando la acción.

III. La acción electoral es una acción pública o popular, según la definición que trae el artículo 227 del C.C.A.

Así las cosas, en sana lógica no es posible imaginar que el Estado colombiano pueda exigir a quien da noticia de la ilegalidad de un acto administrativo, el gasto de tiempo, energía y grandes sumas de dinero que supone presentar sendas copias de la demanda con sus respectivos anexos a fin de entregarlas a los 12 concejales principales y 12 concejales suplentes, si ellos llegaren a decidirse por actuar en el proceso.

*Consideraciones de la Sala*

1. Dispone el artículo 233 del C.C.A.:

"Auto admisorio de la demanda. El auto admisorio de la demanda deberá disponer:

"1. Que se notifique por edicto que durará fijado cinco (5) días y al agente del Ministerio Público.

"Si se trata de nombramiento, se ordenará la notificación al nombrado, como demandado.

"2. Que se fije en lista por cinco (5) días una vez cumplido el término de la notificación.

"3. La prevención de que durante este término podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas.

"Si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio se entenderán demandados todos los ciu-

dadanos declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende. En este caso se les notificará mediante edicto que durará fijado diez días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral. Si el demandante no comprueba la publicación en la prensa dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación al Ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente".

2. La situación que comporta el caso *sub lite*, es la de la práctica de nuevos escrutinios, si se declarase la nulidad del acto acusado. Luego la notificación que debe hacerse es la prevista en el último inciso de la norma precitada, es decir, que como se entienden demandados todos los ciudadanos declarados elegidos, su notificación se hará *por edicto* que permanecerá fijado diez días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la correspondiente circunscripción electoral.

Frente a la existencia de una reglamentación especial del proceso electoral al respecto, no hay razón para insertar dentro de éste normas generales de procedimiento, como es el artículo 139 sobre "la demanda y sus anexos", según la apreciación del Tribunal, para deducir que debe surtirse la notificación personal en el presente caso, con entrega de copia de la demanda y sus anexos (último inciso) a cada una de las personas que resultaron elegidas como concejales principales y suplentes del Municipio de Soledad.

La notificación se cumple, se repite, con la notificación por edicto a esas personas en la Secretaría y su publicación en dos periódicos de circulación nacional.

Así las cosas, el Tribunal se equivocó y por ello habrá de revocarse el auto inadmisorio de la demanda.

a) Respecto de nombramientos, al tenor del numeral 1 del artículo 233 sí hay lugar a notificación del auto admisorio de la demanda, a los nombrados, como demandados con entrega de copia del libelo y sus anexos y allí sí cabe la aplicación analógica del artículo 139 del C.C.A., último inciso porque no pugna con aquella disposición.

b) Para evitar equívocos debe anotarse que las citas del Tribunal de apartes de obras de los tratadistas Carlos Betancur Jaramillo y Gustavo Humberto Rodríguez sobre el artículo 139 relativo a "la demanda y sus anexos" son improcedentes por no ser éste aplicable, como ya se dijo, al caso *sub lite*.

c) Por último y en cuanto hace al aspecto de competencia el recurrente acompañó certificación del Contralor Municipal de Soledad según el cual el Presupuesto de Renta y Gastos de este Municipio para la vigencia fiscal de 1º de enero a 31 de diciembre de 1986 es de $ 168.247.594 (fol. 289), lo que hace que el negocio sea de primera instancia ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, a términos del artículo 132, numeral 4 del C.C.A.

*Solicitud de suspensión provisional*

Entra la Sala a estudiar la suspensión provisional del acto acusado impetrada por el actor, ya que esto no lo hizo el Tribunal por haber inadmitido la demanda.

Se funda dicha medida precautoria en las siguientes razones:

1. Procede la suspensión de conformidad con el numeral 2 del artículo 66 de la Ley 96 de 1985 y el numeral 2 del artículo 152 del C.C.A., por violación de las siguientes normas superiores y con base en las pruebas aportadas:

El artículo 40 de la Ley 96 de 1985, en armonía con el artículo 65, numeral 4 *ibídem* y el artículo 7 numeral 4 de la Ley 28 de 1979, cuyo tenor es el siguiente:

Artículo 40 de la Ley 96 de 1985:

"Inmediatamente después de terminado el escrutinio en las mesas de votación, pero en todo caso antes de las once de la noche (11 p.m.) del día de las elecciones, las actas y documentos que sirvieron para la votación serán entregadas por el Presidente del Jurado, bajo recibo, y con indicación del día y la hora de la entrega, así: en las cabeceras municipales, a los claveros; en los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, a los respectivos delegados del Registrador del Estado Civil.

"Los documentos electorales de los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales serán conducidos por el delegado que los haya recibido con vigilancia de la fuerza pública uniformada, y entregados a los claveros respectivos dentro del término que se les haya señalado.

"Salvo que ante la comisión escrutadora se demuestre violencia, fuerza mayor o caso fortuito, los pliegos que fueren introducidos después de la hora mencionada o del término señalado por el Registrador Nacional del Estado Civil, según el caso no serán tenidos en cuenta en el escrutinio y el hecho se denunciará a la autoridad competente, para que imponga la sanción a que haya lugar".

Artículo 65, numeral 4 *ibídem:*

"Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulos en los siguientes casos:

"... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ...

"4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.

"Artículo 7º, inciso 4º de la Ley 28 de 1979. Contempla el sistema del cuociente electoral a fin de asegurar la representación proporcional de las partidas concluye así: 'Si quedaren puestos por proveer se adjudicarán a los residuos en orden descendente' ".

Explica el concepto de la violación diciendo que con los formularios E-20 está debidamente establecido que los pliegos, actas y demás documentos electorales pertenecientes a cuarenta y ocho (48) meses, fueron introducidos en el arca triclave después de las once (11) de la noche, es decir, extemporáneamente. De ahí que "dichas mesas de votación no han debido tenerse en cuenta en los escrutinios".

Además no existe certificado o documento público expedido por funcionarios electoral que manifieste que por causa de violencia, fuerza mayor o caso fortuito, los pliegos y documentos correspondientes a las referidas mesas fueron introducidos al arca triclave por fuera de tiempo.

*Consideraciones de la Sala*

1. Advierte esta corporación en primer lugar que no es dable en el presente estado del proceso entrar a analizar los documentos electorales que debieron ser introducidos en el arca triclave dentro de un determinado período de tiempo —cual es el motivo de impugnación que se examina— porque ello conduciría a entrar a decidir el proceso de entrada sin haberle dado oportunidad de ejercer el derecho de defensa a los concejales cuya investidura pudiera estar comprendida. El artículo 40 de la Ley 96 de 1975 contempla la posibilidad de sobrepasar los límites de tiempo en ella señalados si se dan las causales justificativas de violencia, fuerza mayor o caso fortuito. Por ello y sin tenerse la certeza ni encontrarse demostrado que ninguna de ellas concurrió en el caso *sub júdice,* no surge la transgresión legal de manera flagrante y ostensible, que es lo que sirve de fundamento a la suspensión provisional (art. 152 del C.C.A.).

Del mismo modo la suspensión, en caso de prosperidad, tendría el alcance de dejar sin efecto hasta el momento de la sentencia —en que se tomaría la decisión definitiva— los votos de las mesas cuestionadas, lo que impondría a su vez la realización de nuevos escrutinios con la exclusión de ellos, la anulación de credenciales y la adjudicación de nuevas, si a ello hubiera lugar. Mas estos nuevos escrutinios están reservados para practicarse con posterioridad al pronunciamiento del fallo, como etapa de ejecución de este, y después, se repite, de haber integrado debidamente el contradictorio y evaluado el acervo probatorio de las partes.

2. El artículo 40 citado prevé la sanción de no escrutar los votos si se presentan los documentos electorales antes de las once (11) de la noche "o del término señalado por el Registrador Nacional del Estado Civil". Habría entonces que determinar si para el caso *sub lite* existió algún plazo diferente fijado por este funcionario. Otra razón más para que no aparezca quebranto de norma superior manifiestamente.

En mérito de lo expuesto, se dispone lo siguiente:

Revócase el auto apelado y en su lugar se dispone:

I. Admítese la demanda electoral presentada por el ciudadano y abogado Hernando Bolívar Barros.

Para su trámite se ordena:

a) Notifíquese por edicto que durará fijado diez días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia cir-

culación en la respectiva circunscripción electoral, a todos los ciudadanos, principales y suplentes, declarados elegidos por el acto cuya nulidad se pretende.

b) Notifíquese personalmente al señor agente del Ministerio Público.

c) Fíjese en lista por cinco (5) días una vez cumplido lo anterior.

Y prevéngase que durante este término podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas.

El Tribunal se encargará de dar cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

II. Niégase la solicitud de suspensión provisional.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en su sesión de 4 de agosto de 1986.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Devuélvase al Tribunal de origen.

*Jorge Valencia Arango,* Presidente; *Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Antonio J. de Irisarri R., Hernán Guillermo Aldana Duque,* ausente; *Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*IMPEDIMENTO Y RECUSACION DE LOS EMPLEADOS O LOS MINISTROS. Artículo 30 del Decreto 01 de 1984.*

*1. Finalidad del instituto del impedimento y de la recusación.*

*2. Causal de impedimento y recusación "la de que el funcionario haya dado consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso".*

*3. El artículo 8º de la Ley 63 de 1923, disposición especial que rige los impedimentos y decisiones de los señores ministros de Estado. MINISTRO AD HOC. FUNCIONES.*

*MINISTRO AD HOC. Funciones.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., once de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente Nº E-025. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo. Electoral. Fallo.

El ciudadano Adalberto Carvajal Salcedo solicita, en ejercicio de la acción de nulidad, la invalidación del Decreto 971 de 25 de marzo de 1986, expedido por el Presidente de la República por el cual designó a la Doctora Lilián Suárez Melo, Ministra de Educación, como Ministra del Trabajo y Seguridad Social *ad hoc.*

Surtido el trámite de rigor, y no observándose causal de nulidad, procede la corporación a proferir fallo de mérito.

*Las peticiones:*

Solicita el actor que el Consejo de Estado anule el nombramiento recaído en la Doctora Lilián Suárez Melo como Ministra del Trabajo y Seguridad Social, con fundamento en las siguientes razones:

—Sostiene el demandante que por presiones del señor Gerente de Caracol que se mostró inconforme con la posición del titular de la cartera de Trabajo y Seguridad Social con ocasión del conflicto de esa empresa y su sindicato, el Gobierno Nacional designó a la señora Ministra de Educación como Ministra del Trabajo y Seguridad Social *ad hoc.*

—Que, luego de que el Gerente de la sociedad "Caracol Primera Cadena Radial Colombiana S. A.", solicitó al Presidente de la República, que separara al Ministro titular de Trabajo y Seguridad Social

Jorge Carrillo Rojas del conocimiento del conflicto entre la empresa y su sindicato, por estimar que existía renuencia del Ministro en declarar la ilegalidad del movimiento sindical, el Consejo de Ministros no había encontrado causal de impedimento que permitiera que prosperara la solicitud de la empresa radial.

—El Consejo de Ministros ratificó su confianza en el titular de Trabajo y Seguridad Social.

—Que al no existir razones para que prosperaran el impedimento o la recusación, el nombramiento de ministro *ad hoc* violó el artículo 30 del Decreto-ley 01 de 1984, el cual transcribe el actor en su demanda.

—Agrega el demandante que el trámite seguido que terminó en el nombramiento de Ministro de Trabajo *ad hoc* fue inadecuado, pues debió primero darse la oportunidad para que el titular de la Cartera Ministerial se declarara impedido y, luego sí, haberse tramitado la recusación; a éste respecto anota el demandante que el trámite dispuesto en la parte considerativa del decreto acusado no se ajustó a las previsiones del artículo 8º de la Ley 63 de 1923, pues considera que el trámite legal era el previsto en el artículo 30 del ya citado Decreto-ley 01 de 1984.

—Sostiene, asimismo, que la recusación no se planteó en forma legal por falta de indicación expresa de la causal invocada, ya que sólo se señaló en forma genérica una supuesta parcialidad, que no encaja dentro de las causales de impedimento reguladas por el artículo 30 del Decreto-ley 01 de 1984.

—Estima el actor que al designar a la Doctora Lilián Suárez Melo como Ministra de Trabajo y Seguridad Social *ad hoc,* "para que conozca todo lo relacionado con el conflicto laboral que se ha presentado entre la empresa Caracol S. A. y el sindicato de Sintracaracol", se le nombró para un cargo sin funciones, pues considera que el verbo "conocer", utilizado por el decreto, sólo significa información, y se violó así la preceptiva del artículo 63 de la Constitución Política.

*Pruebas:*

Admitida la demanda se decretaron como pruebas las presentadas por el actor, a saber: copia auténtica del acto acusado, copia auténtica del acta de posesión de la Doctora Lilián Suárez Melo como Ministra de Trabajo y Seguridad Social *ad hoc,* y copia informal de recusación del Doctor Mauricio Prieto Uribe, dirigido al señor Presidente de la República.

Igualmente, por haberse decretado oportunamente, se recibió del señor Presidente de la República y del señor Ministro Titular de Trabajo y Seguridad Social, certificaciones bajo juramento, las cuales fueron rendidas en oportunidad por los citados funcionarios del Estado.

Notificadas las partes, el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social Jorge Carrillo Rojas otorgó poder y su procurador judicial, en el término de ley, dio contestación a la demanda y alegó de conclusión.

En su certificación bajo juramento el señor Presidente de la República dio respuesta al interrogatorio formulado por el actor transcribiendo en lo pertinente el acta del Consejo de Ministros correspondiente a la sesión del 25 de marzo de 1986.

De su lectura se establece que el señor Ministro Jorge Carrillo Rojas fue recusado por el representante de "Caracol Primera Cadena Radial Colombiana", que el Consejo de Ministros no aceptó la recusación, por lo cual el Ministro de Trabajo y Seguridad Social agradeció la confianza que el señor Presidente y los ministros depositaron en su gestión, y que en aras de mantener "la imparcialidad y la absoluta transparencia de la actitud del Gobierno, pidió se le aceptara declararse impedido y por consiguiente se designara un ministro *ad hoc*". Ante lo anterior, reza el acta, "el Consejo de Ministros acoge los planteamientos de los ministros de Trabajo y Seguridad Social y de Comunicaciones, y acepta la declaratoria de impedimento presentada por el ministro Jorge Carrillo Rojas".

Por su parte, el señor ministro Jorge Carrillo Rojas contestó en su certificación jurada que, por haber manifestado en privado al señor Presidente de la República, al Secretario Jurídico de la Presidencia, a la señora Ministra de Comunicaciones y a funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que "Caracol" no era de servicio público, estimó que esa afirmación era suficiente para separarse del conocimiento del asunto.

*Las alegaciones de las partes*

a) Del actor:

Débese tener como alegaciones del actor los argumentos ya sintetizados y expuestos en el libelo de la demanda; posiblemente el demandante las estimó suficientes razones de la pretensión y por ello juzgó innecesario ampliarlos en la oportunidad de los traslados para alegar.

b) El señor abogado procurador del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, contestó la demanda y en ella expuso que la solicitud de separación del cargo, en forma corriente y transitoria, provino del señor Ministro Titular, quien insistió en ella ante el señor Presidente de la República.

Niega el señor apoderado que el hecho descrito por el actor dé lugar al ejercicio de una justicia privada, y que el trámite se ajustó a la previsión del artículo 30 del Decreto-ley 01 de 1984 según el cual las causales de recusación también pueden declararse probadas de oficio por el inmediato superior.

Sostiene que el cargo para el cual fue designada la Doctora Lilián Suárez Melo sí tiene funciones y que el verbo conocer implica facultad de tramitar y fallar un asunto judicial, por lo cual estima improcedente la acusación consistente en que el acto acusado violó el artículo 63 de la Constitución Política.

En su alegato de conclusión el señor apoderado del Ministro de Trabajo y Seguridad Social reitera sus argumentos y precisa que el señor Presidente podía separar del conocimiento del negocio a su subal-

terno, por lo cual estimó que el Decreto 971 de 1985 se ajustó a derecho y concluye, por tanto, con la petición de que se denieguen las súplicas de la demanda.

*Para resolver se tiene:*

Se infiere de las pruebas reseñadas que el Consejo de Ministros aceptó el impedimento que manifestó al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social; tal actuación encaja dentro del precepto contenido en el artículo 8º de la Ley 63 de 1923, en cuanto al aspecto de competencia orgánica para resolver la cuestión referente al impedimento.

En cuanto a si el hecho alegado por el ministro es o no causal de impedimento, vale la pena señalar, en primer término, que ese mismo hecho no fue el que dio lugar a la recusación. Esta se fundó en el hecho diferente, esto es, de la supuesta parcialidad del funcionario.

El artículo 30 del Decreto Legislativo 01 de 1984, remite, en materia de impedimento y recusación de los empleados o de los ministros a las causales consagradas en el C. de P. C. (artículo 141 y ss.).

La finalidad del instituto del impedimento y las recusaciones es garantizar la imparcialidad de las decisiones que deben proferir los funcionarios públicos.

Entre las causales de recusación y de impedimento está, entre otras, la de que el funcionario haya dado consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso.

El señor Ministro de Trabajo, Jorge Carrillo Rojas estimó hallarse incurso en esa causal por haber opinado en privado que "Caracol S. A." no era de servicio público, aspecto central para definir la legalidad o la ilegalidad de la huelga que habían decretado sus trabajadores. Estimó el ministro que la imparcialidad de la decisión oficial sobre ese particular se aseguraba mejor si se le separaba, con base en ese impedimento, del conocimiento de la petición de declaración de ilegalidad o de legalidad del movimiento huelguístico.

La decisión del Consejo de Ministros adoptada verdad sabida y buena fe guardada no constituye en opinión de la Sala, transgresión a las normas legales citadas y, aunque en el acto acusado se dice que el Ministro de Trabajo y Seguridad Social Jorge Carrillo Rojas, citó en apoyo de la decisión de su impedimento el artículo 30 del Decreto-ley 01 de 1984 no es menos evidente que el Consejo de Ministros y el señor Presidente se fundaron, también en el precepto del artículo 8º de la Ley 63 de 1923, disposición especial que rige los impedimentos y decisiones de los señores ministros de Estado.

La Sala halla que el acto acusado se expidió con base en causal legal y por organismo competente.

Por lo demás, la acusación de que la Doctora Lilián Suárez Melo fue nombrada como ministra *ad hoc* para un cargo sin funciones, y que ello contravendría el artículo 63 de la Constitución, carece de asidero, pues es claro que en tal evento las funciones del ministro *ad hoc* serían las mismas que por ley hubieren competido llenar al titular.

Por las razones expuestas, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

Deniéganse las súplicas de la demanda promovidas por el Doctor Adalberto Carvajal Salcedo contra el Decreto 971 de 25 de marzo de 1986 por el cual el señor Presidente de la República designó a la señora Ministra de Educación Doctora Lilián Suárez Melo, como Ministra del Trabajo y Seguridad Social *ad hoc.*

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Jorge Valencia Arango,* Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra,* ausente; *Antonio José de Irisarri R., Carmelo Martínez Conn,* ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*ELECTORALES. RECUENTO DE VOTOS. OPORTUNIDAD.*

*1. En la Ley 85 de 1981. Artículo 14.*

*2. En la Ley 96 de 1985. Artículo 33.*

*3. Es discrecional.*

*4. Sólo de ocurrencia dentro del proceso gubernativo electoral.*

*Si en su oportunidad no hicieron uso de ella de oficio o a petición de interesados (si se quiere) no es dable revivir el recuento omiso ante esta jurisdicción antes de la sentencia.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso Nº E-017. Actor: Oscar de Jesús Montoya Montoya.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el señor apoderado de la parte actora contra el auto dictado en estrados por el consejero ponente durante el curso de inspección judicial practicada en la ciudad de Medellín el 31 de julio del año en curso y por medio del cual se negó el recuento de votos solicitado por él en relación con las mesas de votación acusadas en la demanda de tener tachaduras, enmendaduras o borrones.

*Antecedentes*

1. En cumplimiento de los autos de 22 de mayo y 14 de julio de 1986 del consejero ponente, se practicó una inspección judicial en las oficinas de la Delegación Departamental del Registrador del Estado Civil con el fin de evacuar la prueba solicitada por el actor distinguida con el número 27, cuyo objeto fue precisado así por aquel:

*"Prueba número 27.*

"Inspección judicial. Pido que se decrete la práctica de una *inspección judicial* la cual se cumplirá en la ciudad de *Medellín,* en las oficinas de la DELEGACION DEPARTAMENTAL DEL REGISTRADOR NACIONAL DEL ESTADO CIVIL situadas en la *Carrera 51 Nº 53-24, piso 4º,* con el objeto de examinar y reconocer documentos electorales correspondientes a las elecciones del pasado 9 de marzo de 1986, los cuales estuvieron bajo custodia del 'arca triclave' de dicha delegación, diligencia durante la cual sin intervención de peritos y directamente se establecerán los siguientes puntos:

"*Primero.* Se abrirán los sobres de manila número 1 que contienen las papeletas y documentos de las mesas de votación que sirvieron para las elecciones mencionadas del 9 de marzo pasado, correspondientes a las siguientes mesas:

"... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ...

"*Segundo.* En las 'Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación' (Formularios E-6-C) que se encuentren adentro de tales sobres, y que conforme al artículo 30 de la Ley 96 de 1985 corresponden al ejemplar del 'arca triclave', se verificará si existen 'tachaduras, enmendaduras o borrones' en los nombres y apellidos de los candidatos y el número de votos, en letras o cifras, atribuidos a cada lista, y de ello se dejarán en el acta de inspección judicial las constancias correspondientes. Estas 'actas' o Formularios E-6-C que se encuentren adentro de tales sobres forma 1 *originales* se agregarán como anexos al acta de la inspección judicial, o en subsidio en copia o xeroscopia autenticadas por el funcionario.

"... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ...

"*Cuarto.* Se verificarán las 'papeletas' que se encuentren adentro de los mencionados sobres forma 1 de las mesas antes mencionadas, *únicamente la correspondiente a la elección o votos para la CAMARA DE REPRESENTANTES,* y se volverán a contar, o sea que sobre ellas se practicará 'recuento' de votos o papeletas, después de clasificarlas por listas, para dejar constancia en el acta de la inspección judicial de esta diligencia de 'recuento', indicándose el número total de votos que se contabilicen o cuenten para cada una de las listas para la Cámara de Representantes, y se hará un cuadro en el acta de inspección judicial en el que se expresen por cada lista de candidatos a la Cámara cuántos votos le aparecen según formularios E-6-C y cuántos realmente le fueron recontados físicamente en esta diligencia, para que objetivamente se pueda comprender la diferencia que pueda existir entre estos dos datos.

"El objeto de esta *Inspección Judicial* es comprobar que en las Actas de Escrutinio de los Jurados de Votación hubo manifiesto 'error aritmético' al apuntar los votos obtenidos por cada lista o candidato.

"El 'recuento' solicitado en inspección judicial es obligatorio conforme a la ley (artículos 14 de la Ley 85 de 1981 y 33 de la Ley 96 de 1985).

"Para la práctica de esta inspección judicial, en el mismo auto que la decrete, se deberá señalar la 'fecha y hora para iniciarla', como lo ordena el último párrafo del artículo 245 del C. de P. Civil" (fols. 83 a 86).

*El auto suplicado*

Es como se dijo el dictado en estrados por el consejero ponente y que negó el recuento de votos solicitado, según las precisiones anteriores.

Para ello se funda la providencia esencialmente en las siguientes razones: el recuento de votos solamente cabe como consecuencia de la sentencia en que se invalide el acto administrativo que se demanda, esto es, en el caso eventual de que prospere la demanda. "En la sentencia que así lo reconozca debe ordenarse el nuevo escrutinio para con base en lo que compruebe la corporación expedir nuevas credenciales". En síntesis, no es el momento procesal para hacer el recuento de votos pedido.

*El recurso ordinario de súplica*

Lo sustenta la parte actora, así:

1. La prueba de la inspección judicial está legalmente decretada y ella es procedente. La decisión de no practicar el recuento de papeletas en las mesas de votación señaladas, desconoce una decisión judicial en firme.

> Su objeto principal "era detectar si en las mesas acusadas y relacionadas en la demanda había 'tachaduras o borrones' y en caso de que se comprobaran estas irregularidades, practicar sobre sus actas en el ejemplar del arca triclave por el que se escrutó, RECUENTO de papeletas o votos, únicamente para la Cámara, el cual debió practicarse por las respectivas Comisiones Escrutadoras Municipales o Auxiliares y resulta que no se practicó efectivamente, incurriéndose así en violación al artículo 33 de la Ley 96 de 1985 que lo ordenaba obligatorio y oficioso, lo mismo que cotejo de actas".

Del mismo modo, practicar el recuento pedido no quiere significar que los resultados sean buenos o malos.

2. El Consejo de Estado tiene tesis sentada al respecto en sentencia de 20 de abril de 1983 en donde durante el trámite de los procesos electorales acumulados se practicó "recuento de votos" o de papeletas durante la etapa probatoria.

*Consideraciones*

I

Es cierto que el consejero ponente decretó la inspección judicial a las oficinas electorales en Medellín solicitada por el señor apoderado de la parte actora. Mas ello no es óbice para que en la medida en que se desarrollen y verifiquen los distintos puntos de la misma, pueda el juzgador entrar a calificarlos según se acomoden o no al ordenamiento jurídico. Una prueba improcedente, como la que es materia de litis, no puede entonces practicarse y así se decidió.

II

1. La cuestión de fondo que debe dilucidarse es si debe procederse al recuento de votos de las mesas de votación a que se hace alusión en la prueba número 27 del escrito de pruebas de folios 69 a 87. En la

inspección judicial, como se dijo, se negó por el consejero sustanciador, Doctor Carmelo Martínez Conn.

2. En el escrito de demanda, el actor presenta el quinto cargo contra los actos electorales acusados, que funda en la violación del sistema electoral adoptado por las leyes colombianas en relación con el recuento de votos establecido en el artículo 14 de la Ley 85 de 1981. Y agrega que según el artículo 33 de la Ley 96 de 1985, ante cualquier evidencia de "tachaduras, enmendaduras o borrones que advierta en las actas de escrutinio", cualquier Comisión Escrutadora, ordena que (sic) en su último párrafo que *"se procederá al recuento de votos"*, es decir que hay obligatoriamente que recontar de oficio así nadie lo haya pedido (fols. 24 y 25).

En su escrito de pruebas de 15 de mayo de 1986 al explicar el objeto de la prueba número 27, afirma "que 'el recuento' solicitado en inspección judicial es obligatorio conforme a la ley (artículos 14 de la Ley 85 de 1981 y 33 de la Ley 96 de 1985)".

En el memorial de súplica reitera que es obligatorio tal recuento de conformidad con el prenombrado artículo 33.

3. El artículo 14 de la Ley 85 de 1981 es del siguiente tenor:

> "Las comisiones escrutadoras, a petición de los candidatos, de sus representantes o de los testigos electorales debidamente acreditados, podrán verificar el recuento de los votos emitidos en una determinada mesa. La solicitud de recuento de votos deberá presentarse en forma razonada y de la decisión de la comisión se dejará constancia en el acta.
>
> "Estas comisiones no podrán negar la solicitud de recuento cuando en las actas de los jurados de votación aparezca una diferencia del diez por ciento (10%) o más entre los votos por las listas de candidatos para las distintas corporaciones públicas que pertenezcan al mismo partido, agrupación o sector político. Tampoco podrá negar la solicitud cuando en las actas de los jurados aparezcan tachaduras o enmendaduras en los nombres de los candidatos o en los resultados de la votación, o haya duda, a juicio de la comisión, sobre la exactitud de los cómputos hechos por los jurados de votación.
>
> "Verificado el recuento de votos por una comisión escrutadora, no procederá otro alguno sobre la mesa de votación".

Según se desprende de la norma pretranscrita, el recuento de papeletas en los eventos allí contemplados (discrecional, como norma general y compulsiva en dos casos: acta de jurados que presenten la diferencia señalada del 10% y dichas actas que ofrezcan tachaduras o enmendaduras de nombres...) no es oficiosa sino que debe preceder una solicitud, sea de los candidatos, de sus representantes o de los testigos electorales y tiene lugar únicamente en la vía gubernativa electoral, sin que sea dable trasladar tal facultad a esta jurisdicción.

Por lo demás, ni siquiera está demostrado en el evento *sub lite* que se hubiera producido una solicitud de tal naturaleza ante dichas comisiones por cualquiera de las personas legitimadas para ello. Así

que pedir el susodicho recuento ante el presente órgano judicial sería introducir un elemento nuevo que haría improcedente la probanza objeto de súplica.

El artículo 33 de la Ley 96 de 1985, reformatorio del artículo 13 de la Ley 85 de 1981 dispone lo siguiente:

"Al iniciarse el escrutinio el Registrador dará lectura al registro de los documentos introducidos en el arca triclave y los pondrá de manifiesto a la Comisión Escrutadora.

"En seguida procederá a abrir, uno a uno, los sobres que contienen los pliegos de las mesas de votación y dejará en el acta general las correspondientes constancias sobre el estado de dichos sobres, lo mismo que respecto de las tachaduras, enmendaduras o borrones que advierta en las actas de escrutinio, cotejando de manera oficiosa las que tuviere a su disposición para verificar la exactitud o diferencias de las cifras de los votos que haya obtenido cada lista de candidatos y de manera especial observará si las actas están firmadas por menos de tres (3) de los jurados de votación. Además dejará constancia expresa sobre si fueron introducidas dichas actas en el arca triclave dentro del término legal o extemporáneamente, conforme al artículo 40 de esta ley.

"Si se comprobaren las anteriores irregularidades se procederá al recuento de votos. Si no se advirtieren, el cómputo se hará con base en las actas de los jurados de votación cuyos resultados serán leídos en voz alta por el Registrador del Estado Civil. Las actas se exhibirán públicamente y a los interesados que lo soliciten al tiempo de anotar los votos emitidos a favor de cada lista o candidato".

Observa la Sala al respecto que la *facultad* del Registrador o de las Comisiones Escrutadoras que contempla el texto pretranscrito para advertir las irregularidades de que da cuenta éste y proceder en consecuencia al recuento de votos, es discrecional, privativa de uno y otras y sólo de ocurrencia dentro del proceso gubernativo electoral. Si aquellos en su oportunidad no hicieron uso de ella de oficio o a petición de interesados (si se quiere) no es dable revivir el recuento omiso ante esta jurisdicción antes de la sentencia.

3. De todo lo anterior surge, como se sostiene en el auto suplicado, que el recuento en cuestión sólo habrá de tener lugar en la etapa posterior a la sentencia que dirima la presente controversia, como aspecto de ejecución de la misma y siempre sobre la base de la anulación que se produzca de los actos acusados.

4. Por último no encontró la Sala que se hallen impedidos los consejeros Simón Rodríguez Rodríguez y Hernán Guillermo Aldana Duque por la circunstancia manifestada por ellos de haberles hecho conocer el consejero ponente de este proceso, Doctor Carmelo Martínez Conn, y antes de hacerlo público, el auto suplicado, durante la inspección judicial practicada en Medellín.

En mérito de lo expuesto, se confirma el auto recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída y aprobada en sesión de fecha 11 de septiembre de 1986.

*Jorge Valencia Arango,* Presidente; *Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra,* con excusa legal; *Antonio J. de Irisarri R., Hernán Guillermo Aldana Duque, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*ACTOS DE NOMBRAMIENTO DE GERENTE O DIRECTOR DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA. No son actos administrativos.*

*FONDOS GANADEROS.*

*1º FONDOS GANADEROS. Definición (Ley 5ª de 1973, artículo 26).*

*2º Constitución que deben tomar para ser acreedores de los beneficios de la ley ibídem.*

*3º Vigencia a la que se sujetan.*

*4º Representación de su capital.*

*5º SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Definición (Decreto-ley 1050 de 1968, artículo 8º).*

*6º Ley 4ª de 1980, artículo 1º, órdenes a las que pueden pertenecer los fondos ganaderos organizados como Sociedades de Economía Mixta.*

*7º FONDO GANADERO DE ANTIOQUIA. Constitución. Evolución en su naturaleza. Estatutos vigentes. Naturaleza jurídica: SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA. Actividades.*

*Naturaleza de ellas: ACTOS DE NOMBRAMIENTO DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA. No son actos administrativos. No constituyendo el acto de nombramiento de gerente o director de una Sociedad de Economía Mixta ejercicio de función administrativa alguna, es la jurisdicción ordinaria y no la contencioso administrativa la competente para tramitar y decidir la presente controversia.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente Nº E-030. Actor: Santiago Uribe.

Se encuentra el proceso en estado de decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 18 de abril de 1968, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia y en la cual se denegaron las súplicas de la demanda.

Al responder el traslado que se dio a la H. Fiscal Sexta ante el Consejo de Estado del presente negocio para que emitiera su concepto de fondo, manifestó que estimaba "...que el control del acto de elección acusado corresponde a la jurisdicción ordinaria y que en conse-

cuencia el proceso se encuentra viciado de nulidad por ausencia de jurisdicción, nulidad que debe ser declarada a partir del auto admisorio de la demanda inclusive".

Apoya esta solicitud de nulidad en las siguientes razones (fols. 224 a 227), que se sintetizan así:

a) La competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con el artículo 82 del C.C.A., versa sobre actos y hechos administrativos originados en las entidades públicas y en las privadas cuando cumplan funciones públicas.

Entre tales actos administrativos se encuentran los de elección o nombramiento siempre y cuando provengan de entidades públicas en ejercicio de su actividad administrativa, o de las privadas en cumplimiento de funciones públicas asignadas por la ley.

b) El Fondo Ganadero de Antioquia S. A. es una sociedad que cumple funciones de naturaleza industrial y comercial con aportes públicos y privados, en donde la proporción del aporte público es inferior al 50% del capital social.

c) Sin que importe su pertenencia al orden departamental o nacional, es el derecho privado, salvo disposición legal en contrario, el que la rige según los artículos 2º y 3º del Decreto 130 de 1976 y 461 y 462 del Código de Comercio.

d) Según el artículo 31 del Decreto 3130 de 1968 "Los actos y hechos que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos".

e) La nominación o elección del gerente y demás empleados no constituye un acto administrativo, afirmación que respalda la señora Fiscal en sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 8 de octubre de 1980.

*Antecedentes*

a) 1. El ciudadano y abogado Santiago Uribe en ejercicio de la acción electoral cuyo trámite regula el Capítulo IV, Título XXVI del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia (fols. 4 a 14) la declaratoria de nulidad del nombramiento o elección del Gerente del Fondo Ganadero de Antioquia S. A., efectuado por la Junta Directiva de dicha sociedad, en sesión de 11 de junio de 1985.

Aduce el actor, en síntesis, los siguientes argumentos en apoyo de su pretensión:

a) El Fondo Ganadero de Antioquia es una sociedad de economía mixta del orden departamental como se desprende de su objeto social, de la composición de su capital en el que hay aportes privados que representan un 54.86% y aportes oficiales de origen departamental que

configuran el 44.77% restante, del ámbito donde presta sus funciones y de la definición legal contenida en la Ley 5ª de 1973 y en su Decreto Reglamentario, a más de que como tal la define el artículo 1º de la Reforma Estatutaria efectuada por la Asamblea de Accionistas en sesión de marzo de 1985.

b) El artículo 194 ordinales 2º y 6º de la Constitución Nacional atribuyen al Gobernador del Departamento la función de dirigir la acción administrativa dentro del marco territorial de éste, en desarrollo de la cual le corresponde nombrar a sus agentes y entre estos se encuentran los gerentes o directores de las sociedades de economía mixta del orden departamental, de donde se concluye que el nombramiento o elección contenido en el acto acusado se expidió con usurpación, por parte de la Junta Directiva de tal sociedad, de las competencias asignadas por la Carta política al Gobernador del Departamento.

2. El ciudadano y abogado Oscar J. Uribe en su condición de parte coadyuvante debidamente reconocido en el proceso (fol. 152) adujo en respaldo de la pretensión del actor las siguientes razones (fols. 137 a 149):

a) El Fondo Ganadero de Antioquia S. A. para efectos de tener derecho a los beneficios contemplados en la Ley 5ª de 1973, mediante Escritura Pública número 223 de 25 de enero de 1974 reformó sus estatutos para transformarse en sociedad de economía mixta del orden nacional.

b) La Ley 4ª de 1980 dispuso que los fondos ganaderos organizados como sociedades de economía mixta, aunque pertenezcan al orden local (departamental o municipal) gozarán de todos los beneficios consagrados en la Ley 5ª de 1973 y que su pertenencia al nivel nacional, departamental o municipal deriva de lo que se disponga en el acto de constitución, o de la calidad, el origen y el número de las acciones de la clase "A" y agrega que el Decreto 130 de 1976 exige para que una sociedad de economía mixta sea calificada como del orden nacional en el acto de su constitución o en sus posteriores estatutos, que entre sus socios figure la Nación o de una de sus entidades descentralizadas.

c) La demandada es a la luz de las disposiciones anteriores, una sociedad de economía mixta del orden departamental, independientemente de que sus estatutos vigentes la califiquen como del orden nacional, en razón a que no tuvo origen en una ley sino en una ordenanza, a que sus accionistas oficiales son entidades del orden departamental, toda vez que entre sus socios no figura la Nación ni ninguna de sus entidades descentralizadas y poseen una significativa participación en el capital social, de donde se deduce que en aplicación del ordinal 6º del artículo 194 de la Constitución Nacional es al Gobernador y no a la Junta Directiva de la sociedad a quien compete nombrar o elegir al Gerente o Director de la misma.

3. La parte demandada argumentó, en síntesis, así:

a) La pretensión se fundamenta en un presupuesto inexistente ya que la Reforma Estatutaria aprobada en Asamblea de Accionistas del 19 (sic-29) de marzo de 1985 que califica al Fondo Ganadero de Antio-

quia como del orden Departamental, no se solemnizó en razón a que al no ser aprobada por la Superintendencia Bancaria no se elevó a Escritura Pública.

b) En el mencionado Fondo figuran como socios dos entidades descentralizadas del orden nacional, como son la Universidad Nacional y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios —VECOL—, de donde se deduce que la calificación contenida en los estatutos vigentes se ajusta a las normas que reglan la materia y por tanto, el Fondo Ganadero de Antioquia S. A. es entidad del orden nacional y su Director o Gerente debe ser nombrado o elegido por la respectiva Junta Directiva, como en efecto ocurrió (fols. 36 a 40 y 166 a 171).

b) *La sentencia recurrida.*

El Tribunal Administrativo de Antioquia en sentencia de 18 de abril de 1986, denegó las súplicas de la demanda con base en las consideraciones que se resumen así:

a) El libelo se basa en un hecho inexistente y ajeno a la realidad, cual es la Reforma Estatutaria de marzo de 1985, la cual no fue aprobada por la Superintendencia Bancaria y por tanto no pudo formalizarse.

b) Los estatutos vigentes contenidos en la Escritura Pública 223 de 25 de enero de 1974 de la Notaría Quinta del Círculo de Medellín ubican a la mencionada sociedad en el orden nacional.

c) El Decreto número 130 de 1976 dispuso que para que una sociedad de economía mixta pudiera ser calificada como del orden nacional, en el acto de su constitución o en posteriores acuerdos, necesita simplemente que entre sus socios figure la Nación o una de sus entidades descentralizadas.

d) A la fecha de la elección demandada, figuraban entre los accionistas del Fondo Ganadero de Antioquia S. A. la Universidad Nacional y VECOL entidades descentralizadas del orden nacional aunque como accionistas mínimos y calificados como de la clase "B".

De lo anterior concluye el Tribunal que dicho Fondo es una sociedad de economía mixta del orden nacional para resolver negando las súplicas de la demanda (la decisión debió ser inhibitoria por incompetencia).

*Consideraciones*

Para dilucidar la clase de acto cumplido por el Fondo Ganadero de Antioquia S. A. al elegir por medio de su Junta Directiva a su Presidente en la sesión de 11 de junio de 1985, es decir, si corresponde o no al ejercicio de una función administrativa, es menester estudiarlo a través de la naturaleza de dicho organismo dentro de nuestro ordenamiento jurídico administrativo, así:

a) *Naturaleza jurídica del Fondo Ganadero de Antioquia S. A.*

I. La Ley 5ª de 29 de marzo de 1973 estableció una serie de beneficios de carácter crediticio, técnico y fiscal con miras a la estimula-

ción del sector agropecuario del país y en lo que respecta a los fondos ganaderos los reguló tanto en su aspecto orgánico como en el de su actividad (arts. 26 a 44).

El artículo 26 de la citada ley definió como fondos ganaderos las sociedades ya organizadas o que se organicen con participación de la Nación, departamentos, municipios o territorios nacionales, para fomentar y mejorar la industria ganadera y prescribió que para tener derecho a los beneficios en ella contemplados deberían constituirse como sociedades anónimas del orden nacional, sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y ajustadas en sus estatutos y funcionamiento a las normas en ella contenidas.

El artículo 28 *ibídem* preceptúa que el capital de los fondos se representará en acciones de la clase "A" que serán suscritas por entidades de derecho público, agregando que tales entidades solamente podrán poseer acciones de tal clase y acciones de la clase "B" que serán suscritas por particulares.

II. El artículo 60 del Decreto número 1562 de 9 de agosto de 1973, reglamentario de la Ley 5ª, califica los fondos ganaderos como sociedades anónimas de economía mixta y el artículo 91 *ibídem* señaló un plazo de 60 días, contados a partir de su vigencia, para efectuar el ajuste de los estatutos y funcionamiento de éstos a las normas de la Ley 5ª de 1973 so pena de ser sancionados por la Superintendencia Bancaria y de no poder celebrar nuevas operaciones de crédito.

III. El artículo 8º del Decreto-ley número 1050 de 5 de julio de 1968 define las sociedades de economía mixta como organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, o creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial.

IV. La Ley 4ª de 29 de enero de 1980 en su artículo 1º estatuye que los fondos ganaderos, organizados como sociedades de economía mixta, serán del orden nacional, departamental o municipal, según se disponga en el acto de constitución, o según sea la calidad, el origen y el número de las acciones de la clase "A" y el artículo 462 del Código de Comercio dispone que en el acto de constitución de las sociedades de economía mixta se señalará el carácter nacional, departamental o municipal de la misma.

V. El análisis armónico de las normas antes invocadas lleva a esta Sala a concluir que para que pueda afirmarse que una sociedad tenga el carácter de fondo ganadero se requiere que su objeto social gire en torno al fomento y mejora de la industria ganadera, que se constituya bajo la forma de sociedad anónima y que el capital societario se conforme con participación de origen privado y estatal, pudiendo provenir este último de la Nación, departamentos o municipios, o de sus entidades descentralizadas. En cuanto su pertenencia al orden nacional o local es aspecto que se defiere al acto de constitución, o a la calidad, el origen y el número de las acciones de la clase "A".

2. Se han comprobado plenamente en el proceso los siguientes hechos:

I. El Fondo Ganadero de Antioquia S. A. fue constituido por Escritura Pública número 1853 de 19 de julio de 1941 de la Notaría 2ª del Círculo de Medellín, inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el día 28 del mismo mes y año (fol. 1).

II. El 25 de enero de 1974 se otorgó la Escritura Pública número 223 de la Notaría 5ª del Círculo de Medellín que contiene una reforma íntegra a los estatutos del Fondo Ganadero de Antioquia S. A., con el objeto o finalidad de adecuarlos a lo preceptuado en el Código de Comercio y en la Ley 5ª de 1973 (fls. 1 vto. y 59 a 76).

III. En Asamblea de Accionistas del mencionado fondo ganadero, en sesión ordinaria del 29 de marzo de 1985, se aprobó una reforma estatutaria que no afectaba la naturaleza jurídica misma del ente, ya que se preveía en ella que continuaría existiendo y funcionando como sociedad de economía mixta anónima, con el carácter de fondo ganadero. La variación radicaba en su adscripción al orden departamental. Dicha reforma no fue aprobada por la Superintendencia Bancaria y, en consecuencia no se elevó a Escritura Pública, es decir no nació al mundo jurídico (fols. 93 a 133 y 41 a 58), de donde se desprende que los estatutos vigentes son los contenidos en la Escritura Pública número 223 citada.

IV. El objeto social descrito en el artículo 2º de la Escritura número 223 mencionada (fol. 59 vto.) se adecúa a lo previsto en la Ley 5ª de 1973 y en la Ley 4ª de 1980 como el propio de los fondos ganaderos.

V. En la inspección judicial practicada el 30 de octubre de 1985 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en asocio de peritos, en las instalaciones del Fondo Ganadero de Antioquia S. A. (fols. 85 y 86) y en el experticio rendido al efecto (fols. 153 a 154) se estableció que el Departamento de Antioquia, el Instituto de Desarrollo de Antioquia —DEA—, la Secretaría de Agricultura de Antioquia, la Universidad Nacional de Colombia —Facultad de Agronomía— y la Empresa Colombiana de Productos Veterinarios —VECOL S. A.—, son accionistas del Fondo Ganadero de Antioquia.

Las entidades antes enumeradas son todas entidades públicas, las primeras del orden departamental y las dos últimas del orden nacional.

La Universidad Nacional de Colombia, creada por la Ley 66 de 7 de septiembre de 1867, siendo su estatuto orgánico vigente el contenido en el Decreto número 082 de 22 de enero de 1980 y según el cual es un establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Educación Nacional y la Empresa de Productos Veterinarios —VECOL S. A.—, es, conforme al Decreto número 615 de 9 de abril de 1974, una sociedad de economía mixta del orden nacional vinculada al Ministerio de Agricultura y en cuyo capital social participa el Estado con un 80%.

VI. De lo anteriormente expuesto se concluye que la entidad demandada es una sociedad de economía mixta con el carácter de fondo ganadero, en razón a que según su objeto social desarrolla actividades de naturaleza comercial e industrial, a que en la conformación de su capital social hay aportes de origen privado y público, a que así fue calificada en la forma estatutaria vigente y a que se encuentra organi-

zada bajo la forma de sociedad anónima con los objetivos previstos en las leyes 5ª de 1973 y 4ª de 1980.

b) *Régimen jurídico de las sociedades de economía mixta y el Fondo Ganadero de Antioquia S. A.*

I. Los artículos 8º del Decreto-ley número 1050 de 5 de julio de 1968, 31 del Decreto-ley número 3130 de 26 de diciembre del mismo año y 461 del Código de Comercio, en forma general, es decir para todas las sociedades de economía mixta, disponen que todos los actos y hechos que ellas realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado "y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia" y que aquellos (actos) que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos.

II. Los artículos 3º del Decreto-ley número 3130 de 1968, 464 del Código de Comercio y 3º del Decreto-ley número 130 de 26 de enero de 1976 estatuyen que las sociedades de economía mixta en las que el aporte estatal sea del 90% o más del capital social se someterán a las disposiciones previstas para las empresas industriales y comerciales del Estado.

III. El artículo 2º del Decreto-ley número 130 de 1976 preceptúa que las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación o de sus entidades descentralizadas fuere inferior al 90% del capital social, se sujetan a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

IV. El Fondo Ganadero de Antioquia S. A. es como ya se dijo anteriormente, una sociedad de economía mixta, en la que el aporte nacional es inferior al 90% del capital social y la elección o nombramiento del Gerente o Director del mismo no constituye el ejercicio de una función administrativa que se concrete en la expedición de un acto de igual naturaleza.

En efecto, el acto de nombramiento no implica el ejercicio de funciones administrativas sujetas a las reglas propias del derecho público, sino por el contrario, desarrollo de actividades inherentes al rol ordinario de la sociedad y por tanto regidas por el derecho privado. Ya en sentencia de 9 de octubre de 1980 esta corporación, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Anales del Consejo de Estado, Tomo XCIX, números 467-468, Segundo Semestre 1980, pág. 480) con ocasión de la impugnación de la elección de directores y revisores fiscales de una sociedad de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial, por poseer el Estado en ella más del 90% de sus acciones, sostuvo la tesis antes expuesta.

Con mayor razón, tratándose en el caso *sub júdice* de una sociedad de economía mixta sujeta al régimen jurídico propio de éstas y no de las primeras, en el cual la ley contempla menos excepciones a la aplicación del derecho privado, tanto en lo que concierne a su aspecto orgánico como al de su actividad, lo que se explica por el predominio del capital privado sobre el estatal, no puede sostenerse que la elección del director o gerente constituya el ejercicio de una función administrativa.

Expuso la Sala Plena de esta corporación en la sentencia citada lo siguiente:

"El actor al interponer el recurso de apelación, afirma que 'el acto por el cual una asamblea general de una sociedad de economía mixta designa o elige directores y revisores fiscales tiende al «cumplimiento de las funciones administrativas» de la empresa y es, por tanto, un acto eminentemente administrativo'. No anda acertado el recurrente al calificar los actos de elección de miembros de juntas directivas y revisores fiscales como actos administrativos, para encajarlos dentro de la norma del artículo 31 del Decreto número 3130 de 1968, *in fine*, según la cual 'aquellos (actos) que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley son actos administrativos', pues tal excepción se refiere a aquellas funciones típicamente administrativas que en ocasiones confía la ley a las empresas industriales y comerciales del Estado, como suele ser la fijación de tarifas para determinados servicios, las funciones de vigilancia y control de la actividad de los particulares en ciertos campos específicos, el recaudo de tasas o contribuciones o la imposición de multas u otro tipo de sanciones; pero la elección de *gerentes*, directores y revisores fiscales corresponde al giro ordinario de la sociedad y por tanto no implica función administrativa alguna" (El subrayado no es del texto).

c) *Jurisdicción competente.*

I. El artículo 82 del C.C.A. somete a la jurisdicción de lo contencioso administrativo las controversias originadas en actos y hechos administrativos provenientes de las entidades públicas y de privadas cuando cumplan funciones públicas y en armonía con la anterior disposición los artículos 128 numeral 4º, 131 numeral 3º y 132 numeral 4º *ibídem* prevén que los actos de nombramiento o de elección efectuados por organismos públicos centralizados o descentralizados, del orden nacional o local, o de entidades privadas en cumplimiento de funciones públicas, son actos administrativos sujetos al control de la jurisdicción contenciosa administrativa.

II. Los artículos 31 del Decreto-ley número 3130 y 461 del Código de Comercio preceptúan que los actos que realicen las sociedades de economía mixta y que no impliquen el ejercicio de funciones administrativas están sujetos a la jurisdicción ordinaria.

Del mismo modo, según el artículo 2º del Decreto-ley 130 de 1976, y al ser el Fondo Ganadero de Antioquia una sociedad de economía mixta en que el aporte de la Nación es menor del 90% del capital social, está sometido a las normas del derecho común.

III. Los artículos 152 numeral 1 y 156 inciso final del C. de P. C. en armonía con el artículo 165 del C.C.A. erigen en causal de nulidad insaneable la falta de jurisdicción.

IV. No constituyendo el acto de nombramiento de Gerente o Director de una sociedad de economía mixta ejercicio de función admi-

nistrativa alguna, como ya se anotó en la letra B anterior, es la jurisdicción ordinaria y no la contencioso administrativa la competente para tramitar y decidir la presente controversia.

En mérito de lo expuesto y acogiendo el concepto de la señora colaboradora Fiscal, se resuelve:

I. Declárase la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive.

II. Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Colaboró en esta ponencia la Doctora Myriam Guerrero de Escobar, Magistrada Auxiliar de esta corporación.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada en sesión de 2 de octubre de 1986.

*Jorge Valencia Arango*, Presidente, ausente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn*, ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla*, Secretario General.

*CONCEJALES MUNICIPALES SUPLENTES.*

*Los suplentes no pueden actuar en remplazo de los principales, sino en ausencia temporal o absoluta de éstos y previa posesión, no es, no puede ser, ausencia temporal el retiro del principal de una sesión, como acto de protesta por lo que en ella se discute o decida, pues tal acto entraña —sin entrar a calificar su legalidad— una manifestación de ejercicio de la investidura y una tácita pero bien diciente desautorización a la actuación del suplente, pues, en el caso precisamente con el retiro lo que buscaba el principal era la desintegración del quórum (REITERACION JURISPRUDENCIAL).*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., dieciséis de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente Nº E-068. Actor: Luis Alfonso Duque.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 8 de julio de 1986, proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se denegaron todas las súplicas de la demanda.

*I. La sentencia apelada*

Son consideraciones de la sentencia apelada:

"Se refiere la Sala en primer término a la solicitud de fallo inhibitorio por la indebida escogencia de la acción y acumulación de pretensiones planteada por la señora Fiscal de la corporación".

"La doctrina imperante en el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo es la de que 'cuando se acumulen indebidamente acciones o pretensiones, debe evitarse el fallo inhibitorio y decidir o pronunciarse sobre la acción o pretensión que se hubiese tramitado adecuadamente' (Sentencia de 30 de abril de 1982, Expediente 822). (*Anales del Consejo de Estado*, Primer Semestre 1982, Nos. 473-474, Tomo CII, Año LVII, página 824)".

"Asimismo, tanto la jurisprudencia como la doctrina han sostenido que si se dan los presupuestos de la acción viable de acuerdo con la pretensión, el juez en su poder de interpretación de la demanda debe tramitar la acción correspondiente".

"Finalmente, como lo sostiene el H. Magistrado Julio E. Correa en su salvamento de voto visible a folio 59, lo que determina el procedimiento conducente 'es la naturaleza del asunto y no la voluntad de las partes' ".

"De otro lado, existe el mandato del artículo 86 del Código de Procedimiento Civil aplicable al caso de autos por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo y que a la letra dice:

" 'El juez admitirá la demanda que reuna los requisitos legales, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada' ".

"En el caso de autos, la pretensión será referida, sin lugar a dudas, a la nulidad de un acto de carácter electoral, como es, el de la elección de Personero y Tesorero efectuada el 9 de enero de 1986 por el Concejo de Facatativá, por tanto la acción tramitada es la electoral que el nuevo Código Contencioso Administrativo en su artículo 227 consagra como una modalidad de la nulidad".

"En cuanto a la indebida acumulación de pretensiones, también en acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal se pronunciará sobre la pretensión relacionada con la acción de nulidad de carácter electoral y si hubiere lugar se inhibirá para un pronunciamiento de fondo sobre la tercera pretensión referida a la continuación en el cargo de los funcionarios que los venían desempeñando".

"Del plenario se establece que el punto de litis sometido a consideración del Tribunal es la elección de Personero y Tesorero llevada a cabo en la sesión del 9 de enero de 1986 por el H. Concejo de Facatativá, así como de las proposiciones aprobadas en dicha sesión".

"Consta en el informativo que el Concejo de Facatativá, corporación integrada por doce concejales, en sesión del 9 de enero de 1986, llevada a cabo a partir de las siete y cincuenta y dos minutos (7:52) de la noche, procedió a elegir a Fernando Jiménez Sánchez como personero y a Hugo Rubio Millán como tesorero; así mismo aprobó las proposiciones números 01, 02 y 03 (folio 4 y siguientes)".

"Se sostiene en la demanda que la dicha sesión es nula porque en ella actuó el concejal suplente Jorge Parada, quien no podía hacerlo por formar parte del mismo partido o grupo político a que pertenecía el principal remplazado, hecho que dio origen a la transgresión del artículo 4º de la Ley 30 de 1969 y 53 del Acuerdo 33 de 1969".

"Se encuentra comprobado en autos que para el período constitucional 1984-1986 fueron elegidos como concejales de Facatativá las siguientes personas:

"Partido Conservador Colombiano:

"Principales: Eliécer Martínez Hernández. Suplentes: Rogelio Montealegre Bustos".

"Directorio Conservador Prodefensa Nacional:

"Principales: Luis Alfonso Duque Herrera. Suplentes: Lisímaco Díaz Moyano".

"Partido Liberal Colombiano:

"Principales: Manuel Guillermo Infante Braiman, Liserio Villalba Moreno, Luis Carlos Peña Jiménez. Suplentes: Fabio Izquierdo Ramírez, Jorge Parada Gómez, Luis Armando Amaya Vanegas".

"Movimiento Liberal Independiente de Facatativá:

"Principales: Miguel Angel Penagos M. Suplentes: Manuel Guillermo Vera".

"Movimiento Liberal Independiente:

"Principales: Manuel J. Bermúdez Sánchez. Suplentes: Edgardo A. Senior G.".

"Directorio Conservador de Facatativá:

"Principales: Bernardo Vargas Giraldo. Suplentes: Oscar Manuel Rojas Gómez".

"Nuevo Liberalismo:

"Principales: César Pardo Villalba, Guillermo González Gutiérrez. Suplentes: Rafael Peña Peña, Hugo A. Matallana Cifuentes".

"Nuevo Liberalismo con Galán:

"Principales: Mauricio Cancino García, Carlos Tulio Rincón Ramírez. Suplentes: Armando Benavides Cano, Luis Alejandro Maldonado G.".

"Que a la sesión llevada a cabo el día 9 de enero de 1968 contestaron a lista los siguientes:

"Principales: Licerio Villalba Moreno, Luis Carlos Peña Jiménez, Manuel José Bermúdez Sánchez, César Pardo Villalba, Guillermo González Gutiérrez, Mauricio Cancino García, Carlos Tulio Rincón Ramírez, Luis Alfonso Duque Herrera. Suplentes: Fabio Izquierdo Ramírez, Jorge Parada Gómez, Armando Amaya Vanegas, Luis Alejandro Maldonado García, Rogelio Montealegre Bustos, Oscar Manuel Rojas Gómez".

"No contestaron a lista pero se hicieron presentes los Honorables Concejales Hugo Alejandro Matallana, Rafael Peña Peña, Armando Benavides Cano".

"Que al desarrollarse el tercer punto del orden del día 'Elección de Funcionarios' previa una decisión sobre un receso y la manera como deben actuar los suplentes cuando los principales que han asistido se retiran, los concejales principales Luis Alfonso Duque H., Manuel J. Bermúdez y Licerio Villalba Moreno y los suplentes —que venían actuando— Rogelio Montealegre y Oscar Manuel Rojas, se retiraron del recinto".

"Que verificado el quórum reglamentario por la Presidencia, dio el siguiente resultado:

"Luis Carlos Peña Peña, César Pardo Villalba, Guillermo González G., Mauricio Cancino G., Carlos Tulio Rincón R., Fabio Izquierdo R., Jorge Parada G.".

"Las normas que se dicen transgredidas son del siguiente tenor:

" '*Artículo 4º de la Ley 30 de 1969.*

" 'Los presidentes de los concejos llamarán según el orden de colocación en la respectiva lista electoral, a los concejales suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales...' "

" '*Artículo 53 del Acuerdo 33 de 1969.*

" 'Dicho llamamiento se hará en orden alfabético. Si estuvieren presentes todos los principales, no se llamarán a los suplentes. Solamente podrán actuar los suplentes cuando se hayan excusado los principales, o cuando el Concejo dé su asentimiento. No podrán actuar simultáneamente principal y suplente que corresponda a un mismo sector político' ".

"No encuentra la Sala la transgresión planteada por la demanda por cuanto 'en orden de colocación en la respectiva lista electoral', le correspondía remplazar al principal Licerio Villalba Moreno, retirado del recinto, al señor Jorge Parada Gómez, por venir ya actuando Fabio Izquierdo Ramírez en remplazo de Manuel Guillermo Infante quien no asistió a la sesión".

"Por lo anterior se concluye que el quórum reglamentario (7 concejales) existió en la sesión impugnada y por tanto la nulidad impetrada no está llamada a prosperar" (fols. 114 a 119 C. 1).

*II. El recurso*

Aparece fundamentado así:

"La decisión tomada por la mayoría de los Honorables Magistrados se basó en el hecho de considerar que el quórum para decidir estaba integrado en la sesión efectuada el 9 de enero de 1986, por el Honorable Concejo de Facatativá (Cundinamarca), y además de conformidad con los salvamentos de voto y el concepto de Fiscalía, llegan a la conclusión que la acción instaurada no corresponde a la ordinaria, sino que ha debido iniciarse es la establecida para el proceso electoral".

"Pero resulta honorables Magistrados que la acción instaurada por el suscrito se basa es en la Declaratoria de Nulidad de los actos realizados por el Honorable Concejo de Facatativá, el 9 de enero de 1986, a partir del momento en que se negó la proposición de receso para la escogencia de los funcionarios, personero y tesorero, que se debía proveer en remplazo de los que estaban actuando en forma interina".

"Como se puede observar de conformidad con el acta levantada y correspondiente a la sesión del 9 de enero de 1986, estaban actuando con voz y voto 11 concejales y al momento de presentarse la respectiva proposición se retiraron 5 concejales, en consecuencia el quórum decisorio quedaba desintegrado y el Concejo estaba inhabilitado para continuar su sesión en forma decisoria y podría seguir funcionando

en forma deliberatoria, sin llegar a partir de ese momento a tomar determinaciones por falta de quórum ya que el Concejo Municipal de Facatativá, es de 12 miembros y por consiguiente con 6 miembros no podía seguir tomando determinaciones".

"Para poder continuar la sesión, la Mesa Directiva dejó actuar al Honorable Concejal Jorge Parada, quien se encontraba presente, pero no podía actuar con voto, por encontrarse presente el principal, Honorable Concejal Licerio Villalba, quien al retirarse dentro de una misma sesión no podía ser remplazado por el suplente, ya que no lo autorizó por escrito como lo prevé la ley, y la determinación a tomar por la Mesa Directiva, ha debido ser la de levantar la sesión por desintegración del quórum".

"El artículo 53 del Acuerdo 33 de 1969, que transcribió el Honorable Tribunal, a folio 119, expresa con claridad que para poder actuar los suplentes debe estar debidamente autorizado por el principal".

"En consecuencia a lo anterior la acción de nulidad, iniciada por el suscrito se basa en los actos realizados por el Concejo, a partir del momento en que se sometió a votación la proposición de receso, por desintegración del quórum, actos entre los cuales se incluyó la elección de personero y tesorero de Facatativá".

"Es necesario Honorables Magistrados tener en cuenta el acta de la sesión siguiente, la cual obra dentro del proceso, donde hubo salvamento de votos en la aprobación del acta levantada durante la sesión efectuada el 9 de enero de 1986, y en donde se dejan constancias expresas sobre los motivos que se tuvo en cuenta para el retiro de los concejales y por el cual se hace la salvedad en la votación de dicha acta".

"Considero Honorables Magistrados que la decisión tomada por el Honorable Tribunal de Cundinamarca, debe ser revocada en todas sus partes y decretar la nulidad de los actos realizados por el Concejo a partir de la proposición de recesión, el día 9 de enero de 1986, entre los cuales está la elección de personero y tesorero" (fols. 129 y 130 C. 1).

### *III. El concepto fiscal*

El doctor Euclides Londoño Cardona, Fiscal 4º de la Corporación, expone en su concepto de fondo:

"De los pedimentos formulados en el libelo inicial y del procedimiento en él indicado se infiere, sin esfuerzo dialéctico, el ejercicio de la acción de nulidad. Ciertamente, el actor pretende la declaratoria de nulidad del Acta número 001 del 9 de enero de 1986 correspondiente a la sesión efectuada en tal fecha por el Concejo Municipal de Facatativá y, como consecuencia de dicha declaración, se anule el nombramiento de personero y de tesorero que aparece consignado en las hojas 5 y 6 (folios 8 y 9) del acta aludida, indicando como procedimiento a seguir el señalado en el Libro IV, Título XV, artículos 135 a 148 del Código Contencioso Administrativo".

"En el entendimiento de esta agencia del Ministerio Público, identificándose con el criterio de los magistrados del Tribunal que se apartaron de la decisión recurrida y con el de la Fiscalía 2ª, el demandante no acertó al incoar la acción en comentario e indicar el referido trámite procesal, pues la acción pertinente es la acción pública de nulidad electoral y el procedimiento del caso es el electoral establecido en el C.C.A., por tratarse de nombramiento hecho por una corporación pública municipal".

"En caso análogo al que ahora es objeto de examen el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, mediante auto calendado el 6 de septiembre de 1986 en el que fue ponente el consejero Doctor Simón Rodríguez, expediente número E-029, actor Alejandro Cruz Guarín, fijó sobre el tópico debatido el siguiente derrotero jurídico, que reitera el lineamiento jurisprudencial ya trazado por la alta corporación, y que esta Fiscalía comparte:

" '1. La acción electoral, que es una acción de nulidad especial, tiene por objeto impugnar un acto administrativo tanto de elección como de *nombramiento*. En uno y otro caso persigue el legislador que al funcionario a quien se le otorga su investidura a través de uno u otro mecanismo reune los requisitos que la Constitución Política y las leyes establecen para acceder a los cargos y que no se encuentren dentro de las causales de inelegibilidad o incompatibilidad. Se preserva en ambas hipótesis la pureza de la elección y de la designación'.

" '2. Según el artículo 128, numeral 4 del C.C.C. (Decreto Nº 01 de 1984) el Consejo de Estado conoce en única instancia de «los procesos de nulidad de las elecciones de Presidente de la República, designado a la Presidencia, senadores y representantes a la Cámara, así como de los que susciten con motivo de las elecciones o *nombramientos* hechos por el Congreso, las cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquiera autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada del orden nacional» (Se subraya)' ".

"La norma anterior expresamente regula el caso *sub júdice* porque como se deduce inequívocamente de su texto, el Consejo de Estado conoce de la nulidad tanto de los actos de corporaciones electorales y de elección hechos por estas como de los actos de *nombramiento* efectuados por funcionarios públicos del nivel nacional, cual es el acusado, expedido por el Presidente de la República".

"En esta forma el texto pretranscrito completa el artículo 227 del C.C.A. que al definir la acción electoral contempló únicamente la nulidad de los actos de elección".

"3. Dentro de la misma orientación del artículo 128 comentado se encuentran los artículos 131, numeral 3 y 132 numeral 4 *ibídem*, en relación con actos de elección o *nombramientos* de corporaciones, autoridades o funcionarios del orden municipal, departamental, intendencial, comisarial y distrital que atribuyen competencia a los Tribunales Administrativos".

"II. El artículo 233, numeral 1º, inciso 2º, comprendido dentro del Capítulo V, Título XXVI de los procesos electorales, previene que 'el auto admisorio de la demanda deberá disponer, «entre otras medi-

das», ...si se trata de *nombramientos* se ordenará la notificación al *nombrado, como demandado'*. (Se subraya)".

"III. El artículo 238, inserto asimismo dentro del articulado de los procesos electorales, contempla entre las causales de acumulación de esta clase de negocios, el supuesto de que se ejercite 'la acción de nulidad contra unas mismas elecciones, un mismo registro de escrutinio o *un mismo nombramiento*, aunque sean distintas las causales de los respectivos demandados' (Se subraya)".

"4. El novísimo Código Procesal Administrativo sólo vino a ratificar lo que ya venía consagrado en el anterior (Ley 167 de 1941) en los artículos 189, 191 y 192, entre otros, ubicados dentro del Capítulo XX intitulado 'Juicios Electorales'".

"El artículo 189 es del siguiente tenor:

"'De los Juicios Electorales'.

"'Artículo 189. El Consejo de Estado conoce privativamente y en una sola instancia de los juicios contra las elecciones de Presidente de la República, senadores y representantes a la Cámara'.

"'Igualmente conoce de los juicios que se susciten con motivo de las elecciones o *nombramientos* hecho por el Congreso, las cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el Gobierno o por cualquiera autoridad, funcionario o corporación del orden nacional'. (Se subraya)".

"Y el 192 reza como sigue:

"'La elección o nombramiento de juntas de carácter nacional, departamental, municipal o de una intendencia o comisaría, o de personas que deban actuar en representación de cualesquiera de estas entidades públicas, son acusables en la misma forma y por los mismos motivos en que lo son las elecciones o *nombramientos* de empleados o funcionarios propiamente dichos, según las reglas de competencia anteriores' (Se subraya)"

"'El alcance del artículo 189 fue precisado por el Consejo de Estado en auto de 9 de marzo de 1973 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente número 29, en caso similar al presente y que conserva plena vigencia en el nuevo C.C.A.'".

"'El artículo 141 de la Carta establece como atribución del Consejo de Estado la de 'Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley' (se subraya). No hay duda de que las decisiones sobre inconstitucionalidad de un decreto las toma el Consejo como tribunal supremo de lo contencioso administrativo y que tales decisiones deben ser proferidas dentro de las reglas que señale la ley, vale decir, las contenidas en la Ley 167 de 1941 (C.C.A.) con sus adiciones y reformas. Como se advierte el legislador de 1941 previó la acusación ante el Consejo de Estado de los decretos del gobierno por motivos de inconstitucionalidad'".

"'Ahora bien, esta acción la denomina en forma genérica el artículo 66 de la misma obra, como acción de nulidad, que, en términos generales, se tramita por el procedimiento ordinario. Mas ocurre que

dentro de tal género, el mismo código prevé algunos juicios de nulidad especiales tales como los llamados juicios electorales, los cuales tienen procedimiento propio. De otra parte, las normas de los juicios electorales se aplican a los que se susciten respecto a los nombramientos hechos por el Gobierno o por cualquiera autoridad del orden nacional por expreso mandato del artículo 189, inciso 2º, así la acusación se funde en motivos de inconstitucionalidad. Así por ejemplo, si el Presidente de la República, quien es la primera autoridad administrativa del orden nacional, designa para el cargo de ministro a una persona que no reune las calidades que señala la Constitución en su artículo 100, de acuerdo con el envío que hace el artículo 133, o el nombramiento recae en persona que según el inciso 2º, de la misma disposición se encuentra inhabilitada para tal nombramiento, es claro que en tales eventos el decreto ejecutivo, expedido en uso de la facultad que al Presidente le otorga el numeral 1º del artículo 120 de la Carta, sería violatorio de las normas constitucionales en cita y su nulidad podría ser demandada ante el Consejo por violación de la Constitución. Pero tal acción de nulidad por inconstitucionalidad, cuyo conocimiento está adscrito al Consejo en forma genérica por el artículo 216 de la Carta, queda sometido a las normas del juicio de nulidad especial, denominado juicio electoral. En el presente caso, resulta indubitable que el acto acusado de inconstitucionalidad se refiere a un nombramiento hecho por el Presidente de la República, cuya nulidad, en el evento de encontrarse contrario a las normas constitucionales, sólo puede declararla el Consejo siguiendo el trámite propio de los juicios electorales. Y esta especie de acción de nulidad caduca en el término de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que se expide el acto de nombramiento, según voces del artículo 209 del C.C.A.' (Expediente Nº E-004)".

"Surge como corolario de lo anteriormente explicado lo siguiente:

"a) El presente negocio es de carácter electoral".

"b) El actor no puede cambiar de acción a su talante según su propia conveniencia (caducidad de la acción electoral). Hay que estar a la naturaleza de las pretensiones que se persiguen para así ubicar la acción que en cada caso corresponda".

"Es incuestionable que el carácter de orden público que ostentan las normas que gobiernan el procedimiento impide que las partes o el juez, a pretexto de interpretarlas, las acomoden o las cambien a su arbitrio. Como es evidente que en el caso *sub exámine* se trata de una acción electoral, orientada a obtener la invalidez de un acto administrativo originario de un órgano del orden municipal, que ha debido dirigirse por el cauce procesal adecuado (el proceso electoral), el Tribunal *a quo* estaba en el deber de inadmitir la demanda que, en las circunstancias advertidas, resultaba inepta para deducir una resolución de mérito sobre las pretensiones en ella formuladas, evitando así un desgaste inútil de energía jurisdiccional".

"Estima, pues, esta Fiscalía, que no se requiere abundar en razonamientos adicionales para concluir que el fallo impugnado debe revocarse y, en su lugar, proferir una decisión inhibitoria. Así lo solicita muy respetuosamente el distinguido consejero conductor" (fols 146 a 151 C. 1).

*IV. Consideraciones de la Sala*

a) Comparte la Sala las observaciones hechas por la Fiscalía sobre la indebida acumulación de pretensiones y la obligación del Tribunal de rechazar la demanda ante tales deficiencias de técnica.

b) Pero trabajando con la tradicional jurisprudencia de esta corporación sobre la necesidad de evitar, hasta donde sea legalmente posible, la sentencia inhibitoria, decidiendo sobre el fondo frente a aquella de su competencia y tramitada conforme al procedimiento señalado por la ley en atención a su naturaleza, considera que hizo bien el *a quo* al decidir, en el fondo, sobre la pretensión electoral.

c) La pretensión de simple nulidad tiene el procedimiento ordinario y en el caso específico del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es competente para conocer de ella, la Sección Tercera, mientras que la pretensión electoral tiene procedimiento especial y de ella conoce el Tribunal en pleno, como efectivamente lo hizo el *a quo*.

d) No hay duda, pese a los alegatos de la misma parte demandante que el libelo inicial busca fundamentalmente la nulidad de la elección, por el Concejo de Facatativá, de personero y tesorero municipales, pretensión netamente electoral y, adicionalmente, la nulidad de algunos de los actos consumados en la misma sesión y la permanencia en dichos cargos de quienes venían ejerciéndolos, de los cuales no conoce, ya se dijo, el Tribunal en pleno sino una de sus salas, por el procedimiento ordinario y, por lo mismo no son acumulables a las primeras.

e) El señalamiento que el libelo demandatario hace del procedimiento de los artículos 135 a 148 del C.C.A., resulta irrelevante, pues tales normas configuran el Título XV del Libro IV del C.C.A. "Reglas Generales", y no el procedimiento ordinario regulado en los artículos 206 y ss. ni el procedimiento electoral indicado en los artículos 223 y ss. del mismo estatuto.

f) Por lo tanto, ante la irregular admisión de la demanda, la única alternativa era la de adelantar el procedimiento atinente a las pretensiones fundamentales del escrito de demanda, pues la interpretación de la demanda, sin forzar los términos de la misma, es obligación del juez y su sometimiento al procedimiento legal es igualmente imperativo, jamás puede quedar al arbitrio de los particulares dada su naturaleza de orden público.

g) Ya en el fondo, la cuestión a decidir es la de saber si al retirarse una principal dentro del desarrollo de una sesión del Concejo Municipal, puede actuar *ipso jure*, el respectivo suplente.

Sobre la cuestión, hay algunos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales:

1. En sentencia de junio 16 de 1966, dijo el Consejo de Estado, Sección Cuarta:

"Para conjugar la respetabilidad y la eficacia de los concejos municipales, cuerpos de elección popular, a los que en la vida de la Nación está encomendada una delicada actuación administrativa, se han expedido normas que regulan en especial la asistencia de los suplentes.

Ellas, sin duda alguna, han sido fruto de la experiencia de varios años, a través de los cuales ha podido observarse cómo la desatención del bien público, y la primacía sobre él de los intereses de grupos locales, han dado lugar a la formación de cabildos contrapuestos y simultáneos".

"Se cuentan entre aquellas disposiciones el artículo 3º de la Ley 84 de 1915 y el Decreto número 49 de 1932, reglamentario de ella".

"Dice el artículo 3º de la Ley 84 de 1915:

" 'Los suplentes de los concejales pueden por derecho propio ocupar puestos en los concejos municipales respectivos cuando los principales no se hayan presentado a ocupar su puesto después de haber sido citados' ".

"No significa otra cosa ese precepto sino que los principales deben ser citados, y que si cuando habiéndolo sido no se presenten, pueden los suplentes asistir a las sesiones".

"De acuerdo con esa disposición en el artículo 12 del Decreto 49 de 1932 se dispone:

" 'En el cartel de convocatoria a sesión del Concejo Municipal, puede el concejal que sea notificado de dicha citación, manifestarse excusado de asistir a ella por cualquier causa. Presentada así la excusa o no compareciendo el notificado, pueden ya los suplentes por derecho propio ocupar sus puestos en el Concejo, sin más requisitos, conforme al artículo 3º de la Ley 84 de 1915' ".

"Entre los documentos traídos al juicio como elementos probatorios, obran los siguientes: La certificación expedida por el Registrador del Estado Civil de Facatativá, en la cual consta el personal de principales y suplentes, integrantes del Concejo Municipal mencionado, en el período del 1º de noviembre de 1960 al 31 de octubre de 1962; el acta de instalación de la cual se sabe que fue nombrado Presidente el concejal Julio Peña Peña y acordados los lunes y los jueves a las 6 p.m. para las sesiones ordinarias y los carteles de convocatoria suscritos por éste en su condición de tal, primero para la sesión que debería verificarse el 1º de enero de 1961 a las 12 m., y luego para una sesión que debería celebrarse el lunes 2 del mismo mes a las 6 p.m., por no haber habido asistencia a la primera. También se presenta copia del acta acusada".

"La convocatoria o citación a sesiones corresponde hacerla al Presidente de la corporación y a éste o al Alcalde del Municipio, cuando se trata de sesiones extraordinarias. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 161 de la Ley 4ª de 1913 y 6ª de la Ley 5ª de 1929. Sólo en el caso de que el Concejo haya señalado los días en que debe reunirse ordinariamente, de acuerdo con la facultad contenida en el ordenamiento últimamente mencionado, no se requiere citación previa para avisar la reunión, pero sí para dar a los principales la oportunidad de excusarse y a los suplentes la de poder integrar el quórum. El papel del secretario para el caso de la convocatoria es simplemente material; es servir de medio, porque la función directiva corresponde al Presidente y a falta de éste al Vice-Presidente de la corporación".

"En el caso que se estudia, el Presidente del Concejo Municipal de Facatativá era el concejal Julio Peña Peña el día 1º de enero de 1961, y a él correspondía la convocatoria a sesión. La hizo efectivamente, como consta de los documentos que pueden verse a folios 1 y 2 del cuaderno principal, por lo que no resulta cierto que él no se encontrara en la población en dicho día, ni justificada la citación que otros concejales pretenden haber hecho para la sesión en que se produjeron los actos acusados".

"El verdadero cartel de convocatoria a sesión, aquel a que se refiere el artículo 12 del Decreto 49 de 1932, y que sirve no sólo para citar al acto, sino también para legalizar la presentación de los suplentes, desde luego que es mediante él como se determina qué concejales principales no pueden concurrir, es el que autoriza el Presidente de la corporación. El Presidente es para ese caso, y para los demás que se relacionan con el funcionamiento regular del Cabildo, una autoridad que no puede ser suplantada, ni remplazada sino por los procedimientos legales".

"Basta el hecho anotado para deducir que la reunión verificada por algunos concejales el 1º de enero de 1961, a las seis p.m., no se hizo conforme a los procedimientos prescritos y que por ello estuvo viciada de ilegalidad. Y si a ello se agrega que el quórum se integró con suplentes que entraron a remplazar principales, no debidamente citados, ni debidamente excusados, no queda duda alguna sobre que la reunión mencionada no podía tener el carácter de una reunión del Concejo Municipal. Entidades como ésta tienen su propia ley y las que le preceden en el escalafón normativo; leyes de cuya observación no se puede prescindir porque entonces resulta imposible producir la auténtica voluntad colectiva, que no resulta sino de la auténtica concurrencia de las voluntades individuales".

"Según el acta acusada, los concejales concurrentes entendieron que se reunían 'por derecho propio', por tratarse de inaugurar las sesiones ordinarias correspondientes al período comprendido entre el 1º y el 31 de enero de 1961. Esa expresión la trae el artículo 5º de la Ley 72 de 1926, sobre facultades al Municipio de Bogotá, que la Ley 89 de 1936 hizo extensivas a otros municipios, y sirvió para diferenciar las sesiones ordinarias de las extraordinarias, dejadas a la convocación del Alcalde".

"Efectivamente el citado artículo 5º reza:

" 'El Concejo Municipal de Bogotá se reunirá por derecho propio cuatro veces en el año, el 1º de mayo, el 1º de agosto y el 1º de noviembre. Las sesiones durarán cada vez treinta días prorrogables a juicio del Concejo por diez días más'.

" 'El Alcalde puede convocar a sesiones extraordinarias al Concejo cuando a su juicio las necesidades del Municipio así lo requieran'.

" 'El Concejo se ocupará en las sesiones extraordinarias, de preferencia, de los asuntos sometidos a su consideración por el Alcalde' ".

"Pero aún la verificación de las sesiones ordinarias, aquellas que el artículo transcrito cuenta entre las que se celebran 'por derecho propio' de los concejales, está regulada por las prescripciones del De-

creto número 49 de 1932 y disposiciones complementarias, única manera de legalizar la asistencia de los suplentes y de evitar la formación fraudulenta de dos concejos municipales con el personal elegido para formar uno solo".

2. En respuesta a consulta del señor Ministro de Gobierno, dijo la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación:

*"Segunda pregunta:* '¿Pueden los concejales suplentes concurrir a las sesiones del Cabildo Distrital e intervenir en los debates de esta corporación, sin que se haya acreditado y aceptado por la Mesa Directiva la falta absoluta o temporal de los principales?'.

"Sucede, Honorables Magistrados, que es frecuente encontrar en las sesiones del Concejo Distrital y ver participar en las deliberaciones que se susciten en el seno de la corporación, al mismo tiempo, a concejales principales y suplentes, sin que se haya acreditado y aceptado la falta temporal de los primeros".

*"Respuesta:* La concurrencia de los suplentes a las sesiones de los concejos municipales no es caprichosa, sino que está regulada. Debe previamente acreditarse y aceptarse la ausencia del principal, por falta absoluta o temporal, para orden de la Corporación y para que no se rebase el número legal que la constituye y que puede intervenir en sus deliberaciones. Proceder de manera contraria es clara violación del orden jurídico, entre cuyas normas en la materia importan las siguientes:

"a) Con el buen propósito de facilitar el quórum para sesionar, la Ley 85 de 1916 acabó con el sistema de los suplentes personales y estableció el de los suplentes numéricos, que fue acogido como norma constitucional, hoy artículo 196, reforma de 1968;

"b) El número de suplentes será el mismo de los concejales principales y remplazarán a éstos en casos de falta absoluta o temporal, según el orden de colocación en la respectiva lista electoral (Constitución Nacional, artículo 196, inciso 1º);

"c) Se consideran faltas absolutas la muerte, la renuncia aceptada, y la incapacidad legal o física permanente para desempeñar el cargo, según el artículo 4º de la Ley 30 de 1969 sobre composición y funcionamiento de los concejos municipales;

"d) Como la Ley 30 de 1969 no señala las faltas temporales, podrían entenderse, por exclusión, que se comprenden las demás causales no enumeradas como absolutas. Pero es antecedente legal de innegable orientación, por análoga situación, lo preceptuado por el artículo 5º de la Ley 29 de 1969 en relación con los suplentes en las asambleas departamentales, así: 'En los casos de falta temporal se exige la excusa del principal o su requerimiento público y escrito por parte de la Presidencia de la asamblea para que asista a las sesiones';

"e) La citación de los concejales a las sesiones, da oportunidad a conocerse situaciones para concurrencia de suplentes. Dice el artículo 2º del Decreto 49 de 1932 que 'La citación de los concejales a las sesiones del Concejo Municipal, se hará por medio de notificación personal y colectiva, hecha por conducto del secretario respectivo y con indica-

ción precisa de los asuntos que serán objeto de la sesión. La citación la hará el secretario por medio de un empleado subalterno del Concejo o de un agente de la Policía';

"f) Constatada la falta absoluta o temporal, los suplentes son llamados a ocupar el cargo por el Presidente del Concejo, siguiendo el orden de colocación en la respectiva lista, según el artículo 4º de la Ley 30 de 1969. Vale la pena anotar que los suplentes de una lista no pueden remplazar a principales de listas diferentes a aquellas en que fueron elegidos.

"Por lo demás, lo anterior está en concordancia con lo que preceptúa el artículo 113 de la Constitución Nacional cuando dice: 'Los presidentes de las cámaras o de las comisiones de un receso del Congreso, llamarán a los suplentes en los casos en faltas absolutas o temporales de los principales'.

"g) Los concejales suplentes sólo podrán actuar después de haber tomado posesión del cargo (Ley 30 de 1969, artículo 4º), lo cual ocurrirá ante el Presidente del Concejo (Ley 4ª de 1913, artículo 259), y con sujeción al juramento (Ley 4ª de 1913, artículo 251);

"h) En la situación referente al Distrito Especial de Bogotá, cuyo estatuto es el Decreto-ley 3133 de 1968, se dispone en el artículo 5º: 'El Concejo es una corporación administrativa de elección popular que estará integrada por veinte (20) miembros principales. El número de concejales suplentes será el mismo de los principales y aquellos remplazarán a éstos en caso de falta absoluta o temporal, según el orden de colocación en la respectiva lista electoral'.

" 'El Presidente del Concejo Distrital hará llamar según el orden de colocación en la respectiva lista electoral, a los concejales suplentes en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales'.

" 'Son faltas absolutas la muerte, la renuncia aceptada y la incapacidad legal o física permanente para desempeñar el cargo'.

" 'Los concejales suplentes sólo podrán actuar después de haber tomado posesión del cargo (artículo 4º, Ley 30 de 1969)' ".

3. En sentencia de septiembre 12 de 1985 de la Sala Plena Contencioso Administrativa, expediente 1185, actor: Alberto Marín Cardona, Consejero ponente: Doctor Gaspar Caballero Sierra, se dijo:

"Con relación a los documentos presentados, visibles a los folios 11 a 14, del cuaderno número 2, respecto a la supuesta excusa de los concejales principales para dejar de asistir a la sesión del Concejo Municipal de Montenegro (Quindío), celebrada el 27 de noviembre de 1984, y que el Tribunal desestima en su autenticidad por cuanto las respectivas firmas no fueron autenticadas, es del caso relievar que tal exigencia no está prevista legalmente como para que la excusa del concejal se tenga como valedera, sino que lo importante para ello es que se haya presentado ante la respectiva corporación edilicia, por lo menos con antelación a la hora misma de la reunión, como para que el suplente pueda tener la oportunidad de remplazarlo. En tal orden de ideas lo que sí ha debido evidenciarse procesalmente es que los referidos documentos contentivos de las excusas hubiesen sido presentados

ante la Secretaría del Concejo Municipal antes referido, como acertadamente lo dice el Tribunal, pero desde luego, agrega la Sala, probándose por lo menos cuál fue el día de su recibo. Como ello se echa de menos, quiere decir, que mal podían los suplentes comparecientes actuar válidamente, puesto que como ha dicho el Consejo de Estado, para ello es menester, que los principales hayan sido previamente notificados de la sesión que se va a realizar, y que hayan manifestado su voluntad de renunciar o de no concurrir al Concejo a la sesión de que se trate (*Anales del Consejo*, Tomo CII, 1982, págs. 522 y ss.)".

h) Los anteriores precedentes autorizan concluir que los suplentes no pueden actuar, en remplazo de los principales, sino en ausencia temporal o absoluta de éstos y previa posesión. No es, no puede ser, ausencia temporal el retiro del principal de una sesión, como acto de protesta por lo que en ella se discute o decida, pues tal acto entraña —sin entrar a calificar su legalidad— una manifestación de ejercicio de la investidura y una tácita pero bien diciente desautorización a la actuación del suplente, pues, en el caso precisamente con el retiro lo que buscaba el principal era la desintegración del quórum.

i) Por lo demás, los artículos 53 y 55 del Acuerdo número 33 de 1969, contentivo del Reglamento Interno de Trabajo del Concejo Municipal de Facatativá, expresan:

"Artículo 53. Dicho llamamiento se hará en orden alfabético. Si estuvieren presentes todos los principales, no se llamará a los suplentes. Solamente podrán actuar los suplentes cuando se hayan excusado los principales, o cuando el Concejo dé su asentimiento. No podrán actuar simultáneamente principal y suplente que correspondan a un mismo sector político".

"Artículo 55. La mitad más uno del total de los concejales que integran la corporación establece quórum".

Ello indica, claramente, que ante el retiro de la sesión del concejal principal en acto de ejercicio de su investidura, no podía ser llamado el suplente sino por *"disposición del Concejo"* y tal decisión requería una votación de siete y no quedaban sino seis.

j) Lo anterior indica que siendo doce (12) los miembros del Concejo Municipal de Facatativá y estando presentes sólo siete (7), ante el retiro de un principal concurrente a la sesión, el quórum decisorio se desintegró y la elección de personero y tesorero verificada en tales condiciones es ostensiblemente ilegal.

No es necesario hacer referencia a la Ley 11 de 1986 (enero 16), ni al Decreto-ley 1333 de 1986, sobre Régimen Municipal, porque no estaban vigentes el 9 de enero del año en curso, fuera de que ellas validan, sobre el problema, las disposiciones reglamentarias dictadas por los mismos concejos y ya se vio que dispone al respecto el Reglamento Interno del Concejo de Facatativá.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, revoca, en todas sus partes, la sentencia apelada y, en su lugar,

*Resuelve:*

*Primero:* Es nula la elección de personero y tesorero municipales de Facatativá, Cundinamarca, recaída en los señores Fernando Jiménez Sánchez y Hugo Rubio Millán, verificada en la sesión del nueve (9) de enero de 1986 del Concejo Municipal de Facatativá, Cundinamarca.

*Segundo:* Comuníquese la presente sentencia al señor Alcalde Municipal de Facatativá y al señor Presidente del Concejo Municipal de dicho Municipio.

*Tercero:* Inhíbese para decidir en el fondo, sobre las restantes pretensiones del libelo inicial del litigio, por las razones dadas en la parte motiva de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

*Jorge Valencia Arango,* Presidente; *Hernán Guillermo Aldana D., Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*LEY PROCESAL. Interpretación.*

*LEY. Aplicación en forma literal.*

*DEMANDA. Notificación personal de la demanda al demandado.*

*DERECHO DE CONTRADICCION.*

*DERECHO DE DEFENSA.*

*ELECTORALES. Publicidad del proceso Contencioso Administrativo.*

*NOTIFICACION, JUICIOS ELECTORALES (Decreto 01 de 1984).*

*El mecanismo de notificación personal de la demanda a los demandados es un principio general del derecho procesal, vale decir, de derecho público, cuya existencia hace parte del debido proceso y cuya omisión por falta de consagración legal expresa no poder avalar el poder judicial. Desde luego, ese mecanismo es el medio principal para noticiar al reo de la demanda, pero, cuando no sea factible —por las razones que la ley procesal contempla— proceder a la notificación personal serán viables los mecanismos de notificación. Pero sólo entonces.*

*DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA. Consagración Constitucional: Artículo 26 de la Constitución Nacional. Concepto. La ley tiene competencia para organizar el procedimiento y señalar las bases propias del mismo. NOTIFICACION PERSONAL DE LA DEMANDA AL DEMANDADO. Se ha puesto a cargo del juez tomar medidas tendientes a lograr la comparecencia al proceso de quien, aún sin ser demandado, se halle con relación al objeto de la litis, en situación que esta no pueda resolverse de mérito sin su comparecencia. PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA CONSTITUCION Y A LA LEY.*

*PUBLICIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ELECTORAL (artículo 233 del Decreto 01 de 1984).*

*DERECHO DE CONTRADICCION. Implica la práctica efectiva del PRINCIPIO AUDIAM ALTERAM PARS en virtud del cual nadie puede ser condenado o privado de sus derechos reales o supuestos, sin haber sido oído y vencido en juicio, con la plenitud de las formas.*

*INTERPRETACION DE LAS NORMAS PROCESALES. Artículo 4º del C.P.C. APLICACION DE LA LEY EN FORMA LITERAL. NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., dieciocho de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expedientes Nos. E-009 y E-014. Acumulados, Electoral. Incidente de nulidad. Auto.

Se deciden el incidente de nulidad propuesto dentro del proceso por el señor apoderado del demandado Doctor Gilberto E. Castilla Solano, expediente número E-009, y la solicitud del decreto de pruebas de oficio, "insinuadas" por el señor apoderado del actor, expediente número E-014.

*I. Incidente de nulidad. Expediente número E-009*

1. Alegación del incidentante.

Al folio 59 del expediente número E-009, en el cual figura como actor el Doctor Alfredo Castaño Martínez, es visible memorial del apoderado del demandado doctor Gilberto E. Castilla Solano, en el cual solicita se declare la nulidad de lo actuado por cuanto no se dispuso ni practicó la notificación personal a su mandante del auto admisorio de la demanda.

Considera el peticionario que la notificación mediante edicto, ordenada por el auto admisorio de la demanda, no es idónea para cumplir la notificación personal, prueba de lo cual es que su mandante sólo vino a tener conocimiento de la existencia del proceso con ocasión del requerimiento que por conducto de la Secretaría de la Sala Electoral del Consejo de Estado se le hizo al Doctor Gilberto E. Castilla Solano para que presentara algunas pruebas documentales.

Estima el libelista que es indispensable la notificación personal de su procurado judicial para que se integre debidamente el contradictorio y se observe el principio del debido proceso, so pena de desconocer lo dispuesto por el artículo 26 de la Constitución Política.

Invoca en apoyo de su solicitud los artículos 165, 233 del C.C.A., en concordancia con el artículo 152.8 del C. de P. C., los que conjuga con los números 53 y 83 *ibídem.*

Arguye que en caso de elección debe procederse a la notificación personal al elegido del auto admisorio de la demanda y cree que ello es así por cuanto, como en el caso de nombramientos, la decisión administrativa crea para el elegido una situación jurídica individual, subjetiva, que determina su necesaria citación personal al proceso, sin lo cual no sería posible integrar el contradictorio.

2. Alegaciones del impugnante en el incidente.

De la solicitud de nulidad se dio traslado de rigor a las partes y, dentro del término, el señor apoderado del actor lo descorrió para oponerse a la declaración de nulidad solicitada. Funda su oposición en que en el proceso número E-009 en el cual obra como demandante el Doctor Alfredo Castaño Martínez no se han de realizar nuevos escrutinios, caso de prosperar la pretensión, pues se basa la nulidad de la elección del demandado en la falta de calidades del elegido.

Que la notificación, concluye el impugnador de la solicitud de nulidad, en la forma como se ordenó por el señor consejero conductor inicial del proceso es la prevista en el numeral 1 del artículo 233 del C.C.A., la cual se ajusta a derecho, pues no se trata de nombramiento, hipótesis esta en la cual sí se ordena la "notificación del auto admisorio de la demanda en forma personal".

Cree, por tanto, el señor apoderado del actor del proceso número E-014, que no se configura la causal de nulidad mencionada en el numeral 8º del artículo 152 del C. de P. C.

Agrega que el derecho a la defensa no ha sido conculcado al demandante, prueba de lo cual es que ha aportado pruebas, ha constituido apoderado y alegado nulidades del proceso y dentro de él.

*Para resolver se considera:*

1. El principio del debido proceso y el derecho de defensa.

El artículo 26 de la Constitución Política consagra la garantía constitucional del debido proceso, según la cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La norma constitucional supone que la ley tiene competencia para organizar el procedimiento y señalar las bases propias del mismo, así como para definir el Tribunal competente que ha de dar el derecho en cada caso.

La autoridad legislativa tiene competencia para establecer el debido proceso dentro del cual la autoridad judicial debe actuar. Pero siendo tanto aquella como ésta poderes constituidos, vale decir, derivados de la Nación que regula esa actividad, dentro de los cánones que ella ha establecido en la Constitución, no podría implantar procedimientos que no fueran traducción razonable del principio constitucional. Mas como el legislador podría establecer procedimientos que no fueran debidos, vale decir, que no contuvieran previsiones suficientes a garantizar, a quienes puedan ser juzgados, la posibilidad de intervenir oportunamente para defender sus derechos y hacer valer sus pretensiones, no le sería dable al juez, instructor o fallador, *in extremis*, seguir un procedimiento, fuere él establecido por la ley que, en contradicción con la Constitución Política, no consagrara suficientemente el debido proceso, y el derecho a la defensa, que el sistema Sajón consagra con el significativo término del due process of law.

La Constitución colombiana consigna en el artículo 26 citado el precioso derecho a la defensa dentro de los procesos administrativos. legislativos o jurisdiccionales.

La garantía de ese derecho no estará, en opinión de la Sala Unitaria, suficientemente amparada si la ley que lo trata de efectivizar no prescribe y establece medios idóneos que impidan asaltar por vía procedimental a los justiciables en las distintas actuaciones procesales.

La estructura procesal colombiana, en términos generales ha previsto que para trabar debidamente una relación procesal contenciosa o

voluntaria se debe notificar la existencia de la litis a quienes pueden resultar afectados con el fallo.

Para ese efecto, se ha consagrado la notificación personal de la demanda al demandado. Más aún, se ha puesto a cargo del juez tomar medidas tendientes a lograr la comparecencia al proceso de quien, aún sin ser demandado, se halle con relación al objeto jurídico de la litis, en situación que ésta no pueda resolverse de mérito sin su comparecencia.

La justicia impartida a quienes siendo demandados, no gozan de medios idóneos para enterarse de la existencia de procesos que los afectan, no podrían reclamar el calificativo de imparcial, pues los afectados no dispondrían de la plenitud de oportunidades para contradecir a sus demandantes. Sería una concepción puramente normal de la justicia sin contenido real.

El principio de la igualdad de los ciudadanos frente a la Constitución y a la ley sufriría hondo e irreparable quebranto si se permitiera impunemente que una parte pudiera demandar y la efectada con las resultas del fallo no pudiera tener oportunidad para proponer las medidas de defensa idóneas que tenga o quiera hacer valer.

2. El proceso contencioso administrativo electoral.

La ley ha organizado la publicidad del proceso contencioso administrativo electoral y, para efectos de trabar la litis, ha dispuesto que si se trata de demanda contra actos de nombramiento, aquella se debe notificar personalmente al demandado; si se demanda un acto de declaratoria de elección, cuya nulidad no conlleve eventualmente la necesidad de practicar nuevo escrutinio electoral, la demanda se ha de notificar por edicto que durará fijado cinco días en la secretaría de la corporación correspondiente, y de modo personal al agente del Ministerio Público, y si de su contenido así como de su eventual prosperidad se infiere que hay necesidad de practicar nuevo escrutinio, la notificación implicará, además que se la haga a todos los ciudadanos que resultaron elegidos, para lo cual se procederá mediante edicto que durará fijado diez (10) días en la Secretaría y se publicará por una sola vez en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral (artículo 233 del C.C.A.).

3. La notificación en el caso de autos.

En la demanda en el proceso número E-009 se indicó la dirección del demandado, Doctor Gilberto Castilla Solano.

En el auto admisorio de la demanda se dispuso (fol. 7) que la demanda se notificara por edicto a todos los interesados, lo cual se hizo en actuación visible al folio 8 del expediente.

La cuestión propuesta por el apoderado del demandado debe analizarse a la luz de los principios generales del debido proceso y de las actuaciones concretas producidas por las partes.

Con relación al primer aspecto, considera el suscrito consejero sustanciador que el principio llamado del debido proceso, como derivación

de las garantías de imparcialidad en el juzgamiento, implica necesariamente la posibilidad que debe brindarse a quien es demandado en un proceso para que concurra oportunamente a ejercer su derecho a defenderse de los cargos que se le imputen, o defender los derechos que se le tratan de desconocer y para que oportunamente presente las pruebas de su derecho en ejercicio de legítima defensa, si a bien lo tiene.

La estructura del artículo 233 del C.C.A., vigente, en cuanto al caso de autos se refiere, no es una paradigma de esa garantía, pues el demandado no tiene, como no tuvo en el caso presente, conocimiento personal de que su elección como suplente al Senado había sido atacada en acción judicial, por lo cual la actuación así cumplida se habría surtido sin respetar el proceso debido, y podría tacharse de inconstitucionalidad y ser invalidada.

La razón de fondo de la solución doctrinaria y constitucional que consagra el artículo 26 de la Constitución Política, radica en la igualdad de los ciudadanos frente a la ley. En caso de que alguien demande a otro, éste tiene frente al ataque jurídico que se encausa a través del proceso, el derecho a responder también dentro de él, en oportunidad adecuada para contradecir las pretensiones de su oponente o aceptarlas, según las razones de hecho y de derecho que le asistan.

El derecho de contradicción de que se trata, halla así respaldo en los principios generales del derecho público y su desconocimiento por la ley, mayormente por el juez, engendrarían motivo de invalidación de la actuación procesal.

Fundado en la igualdad ante la ley, que es principio general ínsito de la Constitución, el derecho de contradicción implica la práctica efectiva del principio *audiam alteram pars* en virtud del cual nadie puede ser condenado o privado de sus derechos reales o supuestos, sin haber sido oído y vencido en juicio, con la plenitud de las formas.

Ese principio es de suyo importante cuando se debaten intereses patrimoniales y lo es más aún, si diferencia cuantitativa puede existir en la materia, cuando se trata de arrebatar a alguien situaciones obtenidas en el marco del derecho público, como un nombramiento, una designación, una elección, un permiso, etc.

La Sala destaca que en el caso de autos, el elegido lo ha sido por manifestación de la voluntad soberana de la Nación, y en esa medida "representa a la Nación entera". Sostiene que el mecanismo de notificación por edicto es suficiente amparo y es el debido proceso que proclama la Carta, para enterar al elegido de la existencia de demanda que pone en tela de juicio su carácter de representante de la Nación, no es afirmación que carece de asidero en la Constitución, pues por debido proceso debe entenderse, naturalmente, un sistema de actuación que ofrezca amplia oportunidad de defensa. Y la notificación regulada en la forma descrita para este evento, no se ajusta a la concepción que se deriva del texto del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Si el demandado, por efecto de un mecanismo legalmente establecido, pero insuficiente para garantizarle oportuno conocimiento de la acción que contra él se intenta, no pudiere en forma efectiva defenderse, bien podrá proponerse la invalidación de semejante procedimiento.

En el sistema del C.C.A., se debe señalar que el demandado, notificado supuestamente de la demanda por un edicto, ni siquiera podría defenderse mediante la procuración de un curador *ad litem,* pues el nombramiento de éste no está previsto en la norma contencioso administrativa, que resulta, a juicio de la Sala Unitaria, violatorio y en contradicción con los principios generales del derecho y del precepto consagrado en el artículo 26 de la Carta, toda vez que el procedimiento, para el efecto que se estudia, no ofrece la característica de procedimiento debido en la forma de notificación personal que es la propia de un juicio en un estado de derecho o que se pretenda tal.

La notificación por Edicto a que alude el artículo 233 del C.C.A. lo entiende la Sala Unitaria como mecanismo complementario, o, si se quiere, sucedáneo, de la notificación personal, que está subentendida tanto por la ley procesal civil como la Contenciosa Administrativa, y a lo cual es factible acudir cuando la personal se ha hecho imposible. Es necesario agotar la posibilidad de practicar ésta para pretender que ella pueda ser sustituida por la notificación mediante edicto, como, en las actuaciones administrativas lo exige la ley y lo reclama la jurisprudencia.

En el caso concreto se le comunicó al demandado la existencia del proceso, el día 20 de mayo de 1986 (fl. 21 del expediente) y el día 6 de junio de 1986, el demandado remitió al Consejo de Estado los documentos que se le solicitaron para demostrar que había ejercido su profesión y declaraciones "extrajuicio" que acreditarían su ejercicio profesional.

Obviamente al momento de habérsele solicitado los documentos referidos al demandado por el actor, ya había precluido para aquél la oportunidad para solicitar pruebas.

De por demás está decir que las pruebas que él aportó —declaraciones "extrajuicio"— para demostrar que había ejercido la profesión y por tanto que la causa *petendi* de la acción no era fundada, no han sido aducidas ni en la oportunidad adecuada que le garantice el derecho a la defensa, ni para pedir que se ratificaran dentro del proceso; su acervo probatorio estaba ya limitado por el ordenamiento procesal.

Así las cosas, la Sala Unitaria estima que la garantía del demandado a la defensa no ha sido cumplida en este proceso, no por culpa del conductor original del mismo, que aplicó la ley que organiza el sistema de notificaciones en estos casos, pero que no es garantía plena de proceso debido, según imperativo constitucional positivo y principio general de derecho procesal, aplicable por disposición del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto vale la pena transcribir:

"Artículo 4º Interpretación de las normas procesales. 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. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

La aplicación literal de la ley, hecha desde luego de buena fe, conduce a juicio del suscrito ponente, a desconocer la igualdad del demandado frente al actor. Rompe el equilibrio jurídico en que deben hallarse las partes, en virtud de una discriminación involuntaria pero real que olvida el principio de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, y la importancia del derecho a contradecir en el proceso el ataque jurídico.

La argumentación dada en contra de la solicitud de nulidad por parte del señor apoderado del actor, sería válida y no llevaría a discutirla, si en verdad la tardía comparecencia del demandado al proceso no hubiera ocurrido en las ya anotadas circunstancias que implican vulneración del principio del derecho a la defensa, y pérdida de la oportunidad para pedir pruebas.

La estructura del proceso civil, en el cual se debaten básicamente intereses privados entre particulares ha establecido que la forma inicial, obligatoria y principal de dar a conocer la existencia de un proceso es la notificación personal al demandado y a los terceros intervinientes necesarios.

Lo anterior significa que el mecanismo de notificación personal de la demanda a los demandados es un principio general del derecho procesal, vale decir, de derecho público, cuya existencia hace parte del debido proceso y cuya omisión por falta de consagración legal expresa no podrá avalar el poder judicial. Desde luego, ese mecanismo es el medio principal para notificar al reo de la demanda, pero, cuando no sea factible —por las razones que la ley procesal contempla— proceder a la notificación personal serán viables los mecanismos subsidiarios de notificación. Pero sólo entonces.

Si ello ocurre en el campo del derecho privado cuyos intereses por respetables que sean no podrían colocarse en condición superior a los intereses públicos, que corresponden al proceso electoral contencioso administrativo, síguese que el sistema de este proceso para garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción en éstos procesos no puede funcionar en condiciones menos amplias que aquellas consabidas para la jurisdicción privada.

Por lo expuesto, en guarda del principio del debido proceso, y entendiendo que la notificación por edicto ha de ser sucedánea de la notificación personal, la Sala Unitaria de la Sala Electoral, acceder a la petición de nulidad formulada por el apoderado del demandado.

*II. Insinuación de pruebas*

En cuanto a la insinuación hecha por el señor apoderado del actor en el proceso número E-014, para que de oficio se decrete la prueba de inspección judicial sobre las papeletas depositadas para Senado en la circunscripción electoral de Santander, se considera:

El decreto de oficio de la prueba supone que el juez, por propia iniciativa, y a fin de esclarecer la verdad de los puntos objeto del debate judicial disponga la práctica de los que sean pertinentes.

Por auto que se halla en firme la práctica de la prueba solicitada fue denegada y no habría base para proceder contra la medida procesal indicada.

La ley electoral (arts. 14, Ley 85 de 1981 y 33 Ley 96 de 1985) y la procesal contenciosa administrativa, artículo 233 del C.C.A. establecen que el recuento de los votos no procede dentro del proceso. Es viable su práctica como consecuencia de la declaratoria de nulidad de una elección, por ello la prueba cuya ordenación se insinúa no se ajustaría estrictamente a la ley.

De otro lado, sumo cuidado ha de tener el juez en la materia, no sea que aparezca, voluntaria o involuntariamente, mejorada la situación probatoria de las partes, con rompimiento del equilibrio procesal. La facultad judicial no podría mudarse en discrecional protección al descuido, olvido o negligencia de las partes.

La inspección judicial aludida desembocaría en la práctica, en la realización de nuevo conteo de votos. Recuento no autorizado por la ley sino en los casos ya indicados, lo que inhibe al conductor del proceso para acceder a la solicitud del señor apoderado del actor.

Por las anteriores razones, se

*Resuelve:*

1º Declárase la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso número E-009, actor Alfredo Castaño Martínez, a partir del auto admisorio de la demanda.

2º No es del caso decretar las pruebas de oficio insinuadas por el señor apoderado del demandante Jesús Osorio Riátiga en el proceso número E-014.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Hernán Guillermo Aldana Duque.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*NULIDAD POR AGOTAMIENTO DE JURISDICCION.*

*Los particulares cuando acuden al Juez del Estado para que haga actuar la normatividad general a su caso concreto, con el obrar de aquel se agota la jurisdicción que deba prestar el Estado.*

*Pero llevar la misma controversia ante más de un juez como ha ocurrido en el evento* sub lite, *no es aspiración legítima ni normal ejercicio del derecho de acción (aplicación del artículo 152 núm. 1 C. de P. C.). JURISDICCION: ACTIVIDAD.*

*JURISDICCION. Actividad.*

*JURISDICCION. Agotamiento.*

*Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.*— Bogotá, D. E., dieciocho de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Proceso Nº E-010. Actor: Manuel Elías Barcha Garcés.

1. La Secretaría, en virtud del artículo 237 del C.C.A. informó que para fines de una posible acumulación de procesos, se hallaban en trámite ante esta Corporación "dos procesos electorales", así: uno distinguido con el número E-010 repartido al presente consejero el 12 de abril de 1986 y el otro número E-011 repartido al honorable consejero doctor Miguel Betancourt Rey el 11 de abril de 1986.

2. La Sala electoral mediante decisión de 23 de agosto de 1986 denegó la acumulación de procesos, sobre la base de estos considerandos: Se trata de una misma demanda electoral presentada en ambos expedientes, y en consecuencia: el demandante es el mismo ciudadano Manuel Elías Barcha Garcés, su apoderado en los dos negocios es el doctor Pardo Claver Doria, la investidura impugnada es la misma del representante Ismael Aldana Vivas, una misma es la causa *petendi* y unas mismas las peticiones, esto es, que se practique un nuevo escrutinio, se cancele la credencial del señor Aldana Vivas y en cambio se le conceda al actor.

Esta providencia está en firme.

3. La jurisdicción como función pública de administrar justicia que es o como expresión de una de las funciones de las tres ramas del Estado, tiene como actividad dirimir los conflictos y decidir las controversias de los miembros de la colectividad. Su carácter eminentemente sustitutivo hace que los órganos que la ejercen, sustituyan la voluntad de los particulares por la de ellos, cuando aquéllos por su propia cuenta no se avengan a la observancia del orden jurídico.

Acertadamente advierte *Couture*: "Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico les ha investido del derecho de acción y al Estado del deber de la jurisdicción".

4. Pues bien, los particulares cuando acudan al Juez del Estado para que haga actuar la normatividad general a su caso concreto, con el obrar de aquél se agota la jurisdicción que debe prestar al Estado.

Pero llevar la misma controversia ante más de un juez como ha ocurrido en el evento *sub lite*, no es aspiración legítima ni normal ejercicio del derecho de acción.

Luego continuar con este proceso paralelamente con el inicialmente promovido ante otro consejero entrañaría un uso indebido de la jurisdicción que a la postre podría resultar en fallos contradictorios, de todo lo cual saldría maltrecha la justicia.

En tales circunstancias el presente proceso número E-010 está viciado de nulidad por agotamiento de jurisdicción. Si de acuerdo con el artículo 152 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 165 del C.C.A., el proceso es nulo cuando "corresponde a distinta jurisdicción" o en otras palabras, que la justicia administrativa no debe conocer de él, con más razón lo será cuando la jurisdicción se ha consumado por haberse promovido otro proceso sobre la misma materia litigiosa cual es el E-011 (más antiguo).

En mérito de lo expuesto, se declara nula la totalidad de la actuación en el presente proceso número E-010.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

*Simón Rodríguez Rodríguez,* Consejero de Estado.

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*DEMANDA ELECTORAL. REQUISITOS. PETICION DE LAS PRUEBAS QUE EL DEMANDANTE PRETENDE HACER VALER. FIJACION EN LISTA. Actividades que pueden desarrollarse.*

*Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.*— Bogotá, D. E., treinta de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente Nº E-013. Actor: Fabio Fernández Marín.

El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de súplica contra el auto de fecha 22 de mayo del corriente año, proferido por el sustanciador del proceso, en cuanto no decretó como pruebas las pedidas en el término de la fijación en lista.

La providencia suplicada en tal respecto se fundamenta en que el artículo 137 del C.C.A., dispone que en toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa debe estar contenida la petición de pruebas por parte del demandante, lo cual es aplicable a los procesos electorales y que la prevención que hace el artículo 233 (num. 3) *ibídem* sólo está dirigida a la contraparte, o sea, al demandado. Y al efecto, precisa: "No podrían interpretarse los artículos 137 del C.C.A. y el 702 de la Ley 96 de 1985 en el sentido de que la parte actora puede pedir pruebas en el término de fijación en lista, pues ello conduciría a desvirtuar la razón de ser del término establecido para el demandante que le garantiza a su contraparte el conocimiento oportuno de los medios que utilizará el actor, para poder contraprobar".

Los argumentos expuestos por el recurrente se pueden sintetizar así: La Ley 167 de 1941 (art. 218) permitía que las partes en el juicio electoral solicitasen las pruebas durante el término de fijación en lista, pero luego el artículo 40 de la Ley 85 de 1981 cambió el sistema "quizás por equivocación", cuando al subrogar el anterior precepto dispuso que en esa oportunidad no pueden pedirse pruebas. En tal orden de ideas se pone de presente que el Consejo de Estado, a pesar de lo anterior, sostuvo en auto de sala unitaria, de fecha 14 de enero de 1983, que dentro del aludido término si se puede solicitar la práctica de pruebas. El artículo 207 del C.C.A. permite que los intervinientes puedan solicitar pruebas en la oportunidad ya dicha, y que dentro de ese concepto hay que considerar como tal al demandante. El artículo 70 de la Ley 96 no está significando que las pruebas del demandante tengan que ser pedidas únicamente en la demanda y las del demandado dentro del término de fijación en lista, puesto que

la partícula "o" allí empleada es una disyuntiva que significa lo uno o lo otro, por lo cual no es dable la conclusión del auto recurrido. La frase empleada por el precitado artículo lo que está significando es que todas las pruebas, "todas absolutamente todas", no solamente las del demandado sino las del demandante, pueden solicitarse dentro de aquél término, y que este último a su vez tiene el derecho de pedirlas desde la demanda, puesto que no es permisible que donde la ley no distingue, entre el intérprete a hacer distinciones.

Para resolver, la Sala

*Considera:*

El capítulo IV del título XXVI del C.C.A. que lleva el epígrafe "de los procesos electorales" nade prevé sobre los requisitos que en particular haya de contener la demanda, y por tal circunstancia se ha entendido que debe recurrirse a la norma del artículo 137 en cuanto dispone que "toda demanda ante la jurisdicción administrativa" ha de contener las indicaciones allí referidas. Entre estas se encuentra "la petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer".

Dentro del estricto marco del procedimiento ordinario se tiene la previsión de que durante el término de fijación en lista los demandados y los intervinientes pueden contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas (art. 207, 3) por lo que queda claro que en dicho trámite la vocación probatoria del demandado queda circunscrita a esa oportunidad y la del demandante a la demanda misma. Naturalmente que cuando el precepto legal habla de intervinientes, luego de hacer la mención del demandado, y la del demandante en otras disposiciones, no puede entenderse que dicha expresión cobije de nuevo al demandante, como lo pretende el recurrente, puesto que tal denominación se refiere a los terceros que por tener un interés propio en la litis que se desarrolla, se les permite su presencia allí como coadyuvantes o impugnadores (art. 146 C.C.A.).

Empero, como pasa a verse, las oportunidades probatorias en el proceso contencioso administrativo admiten algunas variantes. Así se tiene que en la contestación de la demanda el demandado puede pedir pruebas (art. 144, *ibíd.*), si bien obviamente aquella ha de darse dentro del mismo término de fijación en lista, lo cual no empecé a que el demandado antes del vencimiento de éste pida pruebas en la contestación, y luego en la fecha misma de tal vencimiento, en diferente escrito, pida de manera particular la práctica de otras.

En el proceso electoral se dan particulares situaciones, como quiera que el demandante puede pedir pruebas en el libelo inicial de demanda como también durante el término de fijación en lista, según las voces del artículo 233,3 de la obra en cita. En efecto, esta norma especial no trae la limitante del artículo 207, referida al procedimiento ordinario, de que en esa precisa oportunidad sólo los demandados y los intervinientes soliciten pruebas, y antes bien por no establecer distingo alguno, puesto que de manera general señala que durante el término de fijación en lista "podrá contestarse la demanda y solicitarse pruebas" tiene que entenderse que una y otra parte contendientes pueden efectuar actos de postulación probatoria; lo que en resumen significa que para

esos fines resultará común tanto para el demandante como para el demandado.

Pudiera pensarse que esa nueva oportunidad probatoria del demandante quebrantara el tratamiento igualitario de las partes en dicha materia, lo que de suyo no implica un desmedro del principio de la igualdad procesal, que como garantía fundamental se resume en el precepto: *audiatur altera pars,* o sea, que el proceso debe avanzar y desarrollarse mediante el sistema dialéctico de la contradicción. En todo caso una doble temporalidad probatoria para el demandante en el proceso electoral no implica que el demandado quede en circunstancias de desfavorabilidad, puesto que lo importante es que éste se encuentre en condiciones de participar en el trámite de la publicidad y contradicción de la prueba, a lo cual no se opone lo primero. De *jure condendo* fuese pertinente una única oportunidad probatoria igual tanto para demandante como para demandado. Lamentablemente el legislador no fue cuidadoso en semejante materia. Así se tiene que en todos los procesos contencioso administrativos pueden proponerse excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos (art. 164 *ibídem*). Ante tal eventualidad, en que el excepcionante se convierte en actor (*reus in excipiendo fit actor*), es de lógica que a la otra parte, al demandante inicial, se le dé la oportunidad de pedir pruebas sobre los hechos en que dichas excepciones se funden. Sin embargo en el proceso administrativo no se consagra, como en el proceso civil, la posibilidad para el demandante de solicitar pruebas adicionales en el supuesto de excepciones de fondo (art. 399 del C. de P. C.).

Se vuelve a repetir que la garantía procesal en materia probatoria no estriba propiamente en que la contraparte tenga el conocimiento oportuno de los medios probatorios que utilizará el actor, para poder contraprobar, como se dice en el auto recurrido, puesto que la importancia cardinal radica en la posibilidad de que la prueba pase por el tamiz de la publicidad y de la contradicción. No es posible suponer que en el proceso electoral puedan darse pruebas esotéricas que tomen por asalto a la otra parte, sino que serán de recibo los ordinarios medios de convicción adecuados a la naturaleza misma de la contienda, puesto que no puede olvidarse que son los hechos afirmados en la demanda los que deben probarse, y cuya carga compete al actor. Más bien podría darse una singular incongruencia cuando el demandado excepcionase bajo el fundamento de nuevos hechos, y el demandante no tenga la oportunidad de contraprobarlos como ha quedado dicho.

Por lo anterior habrá de revocarse la providencia objeto del recurso en cuanto denegó las pruebas solicitadas por el demandante dentro del término de fijación en lista, y en su lugar se procederá a decretarlas, con la sola excepción de la contenida bajo el número 36 (cuaderno número 3, fol. 18) en cuanto su objeto "es comprobar que en las actas de escrutinio de los jurados de votación (formularios E.6.C) hubo de manifiesto" errores aritméticos, "al apuntar los votos obtenidos por cada lista o candidato para el Senado" puesto que un acto de tal naturaleza implica de suyo una operación de recuento de votos que sólo es factible de realizar por las comisiones escrutadoras, según los términos de los artículos 14 de la Ley 85 de 1981 y 33 de la Ley 96 de 1985.

Por lo expuesto, se

*Resuelve:*

1. Revócase el auto de fecha 22 de mayo de 1986 en su numeral 4º en cuanto denegó las pruebas pedidas y presentadas por la parte demandante en el término de fijación en lista, por ser extemporánea la petición probatoria.

2. Como consecuencia de lo anterior, decrétanse y ténganse como pruebas las solicitadas por el demandante en el memorial visible a los folios 1 y ss. del cuaderno número 3, bajo los números 1 a 16 y 18, 40 y 42, para lo cual se librarán los oficios que sean del caso, y las presentadas con el mismo escrito, relacionadas bajo los números 17, 20 a 35, 39 y 41.

Así mismo decrétase la prueba de inspección judicial, con intervención de peritos grafólogos, con la finalidad de establecer los hechos relacionados en el punto número 19 del referido memorial, como la solicitada bajo el número 36 para establecer los hechos allí relacionados, con la salvedad de verificar errores aritméticos, como se dijera en la parte motiva de esta providencia.

Oportunamente, por el consejero sustanciador se señalara fecha y hora para la práctica de dichas inspecciones.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada.

*Gaspar Caballero Sierra, Hernán Guillermo Aldana Duque, Miguel Betancourt Rey, Antonio José de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Jorge Valencia Arango.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*DEMANDA ELECTORAL. REQUISITOS. PETICION DE PRUEBAS (Salvamento de voto).*

*Oportunidad.*

## *SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO MIGUEL BETANCOURT REY*

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Expediente Nº E-013. Actor: Fabio Fernández Marín.

Respetuosamente me separo de los compañeros de Sala en relación con el auto que precede. Sobra entrar a discutir la motivación de aquel porque el salvamento implicaría la exposición total de los elementos de la interpretación, y se dilataría demasiado: por ejemplo, en relación con el elemento literal, el único que maneja el auto, sería preciso explicar que la contradicción de la prueba implica precisamente que la parte contraria pueda "contraprobar", lo cual es imposible cuando el actor espera el último minuto del período de fijación en lista para sorprender al demandado adicionando su memorial de pruebas inicial.

Me limito, pues, a dejar como salvamento la ponencia que había presentado a la Sala para resolver la súplica y que aquella votó negativamente.

Bogotá, a treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

*Miguel Betancourt Rey.*

*SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO PONENTE*
*DOCTOR MIGUEL BETANCOURT REY*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Miguel Betancourt Rey.*

Expediente Nº E-013. Actor: Fabio Fernández Marín.

El apoderado de la parte actora interpuso el recurso de súplica ordinaria contra el auto de 22 de mayo último, proferido por el sustanciador del proceso, auto por el cual este denegó tener como pruebas algunas presentadas por el actor durante el período de fijación en lista y denegó la práctica de otras pedidas por él en el mismo período. El motivo, aducido primero por los demandados y luego por el auto, fue la extemporaneidad de la solicitud, resultante de aplicar el numeral 5 del artículo 137 del C.C.A., pues según éste el actor debe pedir en la demanda todas las pruebas que pretenda hacer valer en el proceso. El auto ordenó algunas otras de esas nuevas pruebas solicitadas por el actor, pero no porque él tuviera derecho a que se le decretaran, sino porque el sustanciador podía hacerlo de oficio, fundado en el artículo 169 del C.C.A.

El recurso atañe a las pruebas denegadas.

La médula de la argumentación del actor consiste en que por tradición legislativa en materia electoral todas las pruebas, tanto las del actor como las de los demandados y terceros, han de pedirse dentro del término de fijación en lista (art. 218 de la Ley 167 de 1941), y que cuando el numeral 3 del artículo 233 del C.C.A. dice que durante dicho término podrán "solicitarse pruebas", sin privar de esa facultad al demandante, no hace más que arreglarse a aquella tradición. De modo que según este numeral 3, más el numeral 5 del artículo 137, el actor puede pedir pruebas tanto en la demanda como en el lapso de fijación en lista, mientras que el demandado y los intervinientes lo pueden sólo durante dicho lapso: de lo contrario —afirma—, no se garantiza la igualdad de las partes en el proceso, porque el actor no sabe qué pruebas solicitará el demandado.

Para resolver, la Sala considera:

1º Efectivamente, fue tradición legislativa, y no sólo para los procesos electorales, que todas las pruebas, tanto las del actor como las de los demandados y terceros, se pidieran dentro del término de fija-

ción en lista. Pero esa tradición respetaba el muy importante y moderno principio de que las partes han de tener igualdad dentro del proceso (C.P.C., art. 37, numeral 2); y es por eso por lo que no admitía que mientras el demandado sólo tuviera una ocasión para pedir pruebas, la de la fijación en lista, el actor tuviera dos, esa y la de la presentación de la demanda.

Tal es el efecto de la igualdad procesal aplicado a este punto, no el que de ella pretende derivar el recurrente; pues si este último se aceptara, su resultado no sería la justicia sino una mera sucesión infinita de términos probatorios: el de la presentación de la demanda para el actor, el de la fijación en lista para el demandado (que este puede utilizar en el último minuto de tal período), uno adicional para que el actor haga nueva solicitud adecuada a la del demandado, otra para el demandado, y así interminablemente. Sobra decir que tal sistema dilatorio no aparece en la legislación ni sería compatible con ella.

2º Aquella tradición que concentraba todas las solicitudes de pruebas dentro del período de fijación en lista, desapareció con el Decreto 1 de 1984, que prefirió adoptar muchas de las novedades de la técnica judicial actual, en buena parte introducidas ya desde 1970 en el C.P.C. Una de estas, derivada de los principios de celeridad y lealtad, consistió en que, salvo muy pocas excepciones como las relativas a incidentes, el actor debía solicitar todas "sus" pruebas, "poner todas las cartas sobre la mesa" desde la demanda misma, y el demandado las suyas apenas iniciada la litis *contestatio* (art. 95). El equivalente de esta escisión en el nuevo C.C.A. consistió en que el actor debía pedir "sus" pruebas únicamente en la demanda, y el demandado y los "intervinientes" (vocablo cuyo sentido explican los arts. 52 y 53 del C.P.C.) durante la fijación en lista. Así se expresaron varias normas generales del C.C.A.: el numeral 5 del artículo 137 (sobre cuyo sentido no puede haber duda alguna), el numeral 4 del artículo 144 y el numeral 3 del artículo 207. Con ello se respetó el principio de igualdad: para ordenar intelectualmente sus medios probatorios, sin omitir los secundarios y mucho menos los esenciales, el actor dispone de todo el lapso previo a la presentación de su demanda; y el demandado, del lapso de la fijación en lista. Trasladado el asunto a los procesos electorales, no se halla motivo alguno ni explícito ni implícito, para que el legislador hubiera adoptado un criterio opuesto, de suerte que el numeral 3 del artículo 233 del C.C.A. sólo puede interpretarse observando el mismo principio de la igualdad que establece el numeral 2 del artículo 37 del C.P.C. o, para invocar otras bases técnicas que llevan el mismo resultado, observando la "armonía" o la "analogía" de ese numeral 3 con las restantes normas citadas del mismo C.C.A. y del C.P.C. (C.P.C., art. 37, numeral 8).

3º Pero la regla precedente se atempera con el nuevo principio de la iniciativa probatoria del juez, introducido también en 1970 en el C.P.C., enunciado reiterativamente en el C.C.A. y aplicado por el consejero sustanciador en el auto recurrido.

Por lo expuesto, la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado resuelve:

Confírmase el auto recurrido.

Notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha.

*Jorge Valéncia Arango*, Presidente de la Sala; *Ernesto Vásquez Rocha*, Conjuez; *Gaspar Caballero Sierra, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Miguel Betancourt Rey.*

*Darío Quiñones Pinilla*, Secretario.

Bogotá, D. E., a treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

*Miguel Betancourt Rey.*

*CONCEJALES MUNICIPALES. PROHIBICIONES LEGALES PARA SER ELEGIDOS. (Ley 11 de 1986, art. 54). REQUISITOS PARA SER ELEGIDOS.*

*La norma en mención tiene la finalidad explícita de restringir el acceso a las posiciones de representación popular en el ámbito municipal y para tal efecto requiere el candidato:*

*a) Ser ciudadano en ejercicio; b) No haber sido condenado a pena de prisión, salvo por delitos políticos; c) NO HABER SIDO CONTRATISTA DEL RESPECTIVO MUNICIPIO dentro de los dos años anteriores a la elección; d) NO HABER SIDO EMPLEADO OFICIAL DENTRO de los seis (6) meses anteriores; e) NO HABER SIDO EXCLUIDO DEL EJERCICIO DE UNA PROFESION POR CUALQUIER CAUSA y, f) NO HABER SIDO SANCIONADO MAS DE DOS (2) VECES POR FALTA A LA ETICA PROFESIONAL Y A LOS DEBERES DE UN CARGO.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Electoral.* — Bogotá, D. E., dieciocho de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente Nº E-050. Actor: José Uriel Orrego Montoya.

Apelación del auto de 3 de junio de 1986, del Tribunal de Risaralda que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de la elección de Mercedes del Socorro Bernal Trujillo como concejal de Belén de Umbría. Auto.

Mercedes del Socorro Bernal Trujillo, domiciliada y residente en Pereira, según afirma en memorial de junio 13 del año en curso, mediante el cual sustenta el recurso de apelación que había interpuesto contra el auto de 23 de abril del mismo año dictado por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que admitió la demanda formulada por José Uriel Orrego Montoya, para que se anule la elección de la apelante como concejal del Municipio de Belén de Umbría, para el período comprendido entre 1986 y 1988 y decretó la suspensión provisional de su elección.

Dos (2) días después, el 25 de abril, el actor modificó la demanda y el Tribunal en providencia de la Sala de tres (3) de junio, repite la providencia anterior, incluso la suspensión provisional; la demanda recurrió también de la nueva providencia.

La apelante sustenta el recurso diciendo que el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, no es aplicable, pues si se tiene en cuenta la fecha de promulgación de la ley, el 17 de enero de 1986, fecha en que fue publicada en el Diario Oficial, se le estaría dando efecto retroactivo. Afirma que no se da en su caso la causal de inelegibilidad del artículo 54, porque estaba en licencia voluntaria por sesenta (60) días a partir del 2 de febrero de 1986, como aparece en el certificado que obra en el expediente.

Al resolver acerca de la solicitud de suspensión provisional, el Tribunal expresó:

> "Ciertamente, no cabe duda de que los educadores al servicio de las entidades públicas son empleados oficiales (específicamente, empleados públicos), lo que, desde luego, al tenor de la norma que se cita como vulnerada (...'tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo Municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales...'), los hace inelegibles como concejales si han tenido aquel carácter dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección. En el caso *sub júdice*, la constancia expedida por la Jefatura de la División de Recursos Humanos de Planteles Educativos (fol.) comprueba idóneamente que la licenciada Mercedes del Socorro Bernal Trujillo aún en la fecha misma de los comicios tenía el carácter de docente en el Colegio Juvenal Caro Moreno, es decir, era empleada oficial, y apenas sí presentó su renuncia el 14 de abril de 1986. En consecuencia, y como quiera que la elección de concejal se llevó a cabo el 9 de abril de 1986 y la declaratoria de tal elección el 18 de marzo de 1986, mediante Acta Parcial de Escrutinio General cuya fotocopia auténtica fue acercada a los autos, la violación alegada se percibe, como lo quiera el 2º inciso del artículo 152 del C.C.A., a través de una sencilla comparación y del examen de las pruebas aportadas".

Para resolver,

*Se considera:*

Sería deseable que la suspensión provisional de un acto administrativo sólo fuera procedente ante la abierta contradicción con normas de la Constitución o de la ley, y en todo caso, con normas de superior jerarquía. Sin embargo, el nuevo Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984, en el artículo 152, la autoriza cuando la acción que se intenta es la de simple nulidad, si la violación de la ley se puede percibir a "través de una sencilla comparación, *o del examen de las pruebas aportadas*". Para la Sala, cuando la suspensión se decrete con base en las pruebas aportadas, estas deben ser irrebatibles, como en el caso *sub júdice*, en que no se controvierte por la demandada que al tiempo de la elección como Concejal Principal del Municipio de Belén de Umbría, en las elecciones populares verificadas el 9 de marzo del año en curso de mil novecientos ochenta y seis (1986), ella era em-

pleada oficial en el sector de la educación, alegando sólo en este punto que su vinculación como docente era con la Nación y no con el Departamento o el Municipio.

Para la mejor comprensión del punto a decidir, se transcribe el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, que dice:

> "Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo Municipio *o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales,* ni quienes, en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión o sancionados más de dos veces por falta a la ética profesional y a los deberes de un cargo" (Lo subrayado es de la Sala).

La norma transcrita tiene la finalidad explícita, de restringir el acceso a las posiciones de representación popular en el ámbito municipal y para tal efecto requiere del candidato: a) Ser ciudadano en ejercicio; b) No haber sido condenado a pena de prisión, salvo por delitos políticos; c) No haber sido contratista del respectivo Municipio dentro de los dos años anteriores a la elección; d) No haber sido empleado oficial dentro de los seis (6) meses anteriores; e) No haber sido excluido del ejercicio de una profesión por cualquier causa, y f) No haber sido sancionado más de dos (2) veces por faltas a la ética profesional y a los deberes de un cargo.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, está comprobado con el documento oficial de folio 6 y con la aceptación de la apelante, que no discute el hecho, que ella fue empleada oficial como docente hasta el 14 de abril de 1986, fecha en la cual presentó renuncia del cargo que desempeñaba en el "Colegio Juvenal Caro Moreno Nocturno" de Pereira, es decir, que no sólo fue empleada oficial seis (6) meses antes de la elección como concejal, sino durante la elección y un mes después.

Por lo demás, la ley, artículo 54 de la Ley 11 de 1986, no hace ninguna distinción en cuanto al ámbito dentro del cual se ejerza el cargo oficial, ni tampoco si la relación laboral del candidato es con la Nación, el Departamento o el Municipio, por lo cual basta con el simple ejercicio del cargo oficial, en cualquier nivel; entendida de este modo la prohibición, la decisión del Tribunal *a quo* aparece ceñida a derecho.

Sin embargo, el argumento de la apelante en el sentido de que la aplicación de la ley en su caso, le daría carácter retroactivo, carece de validez. En efecto, la ley vigente al tiempo de su elección el 9 de marzo de 1986 prohibe la elección como concejal a la persona que seis (6) meses antes, hubiere ejercido cargo público y la apelante no sólo ejerció un cargo público seis (6) meses antes a la elección, sino incluso en el día de la elección, 9 de marzo, pues su desvinculación se produjo por renuncia el 14 de abril siguiente, es decir, más de un mes después

de su elección, por lo que si se acepta su razonamiento, la ley sería inoperante.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala en lo Contencioso Electoral,

*Resuelve:*

Confírmase el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

*Jorge Valencia Arango, Hernán Guillermo Aldana D., Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Antonio José de Irisarri R., Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*CONCEJALES MUNICIPALES. PROHIBICIONES LEGALES PARA SER ELEGIDOS (Ley 11 de 1986. Artículo 54). REQUISITOS PARA SER ELEGIDOS (Salvamento de voto).*

*1º Cuando el precepto en cuestión cobija a todos los empleados oficiales, necesariamente habría que comprender dentro de estas no solamente los de la respectiva comarca municipal, sino también los de orden nacional.*

*2º Calificar si alguien tiene la calidad de empleado oficial, es algo que atañe a la eficacia de la misma prueba, NO SUSCEPTIBLE DE SERVIR DE MEDIO DENTRO DEL INSTITUTO DE LA SUSPENSION PROVISIONAL PARA LLEGAR A ESTABLECER LA VIOLACION DE LA NORMA SUPERIOR, dado que ella tiene que ser directa o manifiesta.*

*La sencilla comparación a que alude el texto legal entre el acto que se acusa y la norma superior, como su mismo nombre lo indica, tiene que estar desprovista de todo artificio.*

*SUSPENSION PROVISIONAL. EN ACCIONES DE NULIDAD.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., tres de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Referencia: Expediente Nº E-050. Actor: José Uriel Orrego Montoya.

*SALVAMENTO DE VOTO*

Nos hemos permitido discrepar del auto anterior, y al efecto consignamos a continuación los motivos que nos llevaron a ello:

El tema en examen se circunscribe en saber si la medida provisoria objeto de la apelación se encuentra conforme a derecho, teniendo en cuenta que ella sólo es de recibo cuando se dé una manifiesta violación de una norma superior, que se pueda percibir a través de una sencilla comparación, o del examen de las pruebas aportadas (art. 152 C.C.A.).

Naturalmente que la sencilla comparación a que alude el texto legal entre el acto que se acusa y la norma superior, como su mismo nombre lo indica, tiene que estar desprovista de todo artificio, en cuanto la simple y fácil confrontación entre ambos extremos lleve a la inmediata conclusión de que la violación del texto normativo superior es manifiesta, ostensible, tozuda, sin tener necesidad de acudirse al complejo razonamiento para señalar por vía de la doctrina o de la jurisprudencia el alcance o sentido de ese texto que se invoca como quebrantado. Eso evidentemente sucedería en el caso puesto a examen judicial. Se trata de saber si la prohibición señalada en el artículo 54 de la Ley

11 de 1986 cobija a todos los empleados oficiales, sin distingo alguno, ya sean del orden nacional, departamental o municipal. La demandada estima que la prohibición está referida sólo a los empleados municipales y no a los nacionales, como es el caso de ella.

Realmente el texto legal supuestamente violado, precisa lo siguiente:

> "Para ser elegido concejal se requiere ser ciudadano en ejercicio y no haber sido condenado a pena de prisión. Se exceptúan de esta prohibición los condenados por delitos políticos. Tampoco podrán ser elegidos concejales, quienes dentro de los dos años anteriores a la elección, hayan sido contratistas del respectivo municipio o dentro de los seis (6) meses anteriores a la misma fecha hayan sido empleados oficiales, ni quienes en cualquier época y por autoridad competente, hayan sido excluidos del ejercicio de una profesión, o sancionados más de dos veces por falta a la ética profesional y a los deberes de un cargo público".

Es cierto que por la vía de la hermenéutica se ha señalado que donde la ley no distingue no le es lícito al intérprete entrar a distinguir lo que bien podría llevar a entender que cuando el precepto en cuestión cobija a todos los empleados oficiales, necesariamente habría que comprender dentro de estos no solamente los de la respectiva comarca municipal, sino también los del orden nacional. Pero en todo caso calificar si alguien tiene la calidad de empleado oficial, en cuanto ostenta autoridad por estar vinculado a la administración pública por una situación jurídica reglamentaria, es algo que atañe a la eficacia misma de la prueba, no susceptible de servir de medio dentro del instituto de la suspensión provisional para llegar a establecer la violación de la norma superior, dado que ella tiene que ser directa o manifiesta como se dijera antes.

Empero, vale aclarar que el artículo 152 señala además que la manifiesta violación puede inferirse del examen de las pruebas aportadas, lo cual pudiera entenderse que el juzgador echando mano de los medios de convicción allegados al proceso por el demandante, pudiese valorarlos sin mediar el contradictorio propiamente dicho, y como paso previo a la suspensión provisional. No es ese el sentido de la norma, que por otra parte ha de tener una interpretación restrictiva, ya que de lo contrario aquellos viejos principios del derecho probatorio, como los de formalidad, publicidad y contradicción, pudieran quedar desconocidos al admitir para los fines de la suspensión, pruebas aducidas por el demandante y no discutidas aún por la otra parte. Por tal circunstancia, se ha entendido que esas pruebas aportadas, de cuyo examen pueda percibirse la manifiesta violación de la norma superior, tienen necesariamente que referirse a ciertos documentos que acrediten la existencia y el proceso de formación del acto administrativo, o sea, que por elementales, anteriores o iniciales, contribuyan a su evidencia. Por ello, con acertado criterio dice Carlos Betancur Jaramillo en su libro "Derecho Procesal Administrativo" (Señal Editora, 2ª ed., pág. 212), refiriéndose a dicho tópico que "quiso sólo el legislador hacer una apertura en el análisis preliminar y evitar así que con exceso de rigor el juzgador se negara a estudiar la suspensión pretextando que la estimación preliminar de cualquier documento violaría los principios de publicidad y contradicción". El mismo autor, agrega más adelante:

"En este orden de ideas, podrá el juez administrativo estimar para efectos de la suspensión propuesta, por ejemplo, las actas contentivas de los debates sufridos por una ordenanza o un acuerdo; los documentos de citación a las sesiones de la Corporación que lo dictó; la certificación o constancia sobre la composición del organismos, en cuanto a miembros principales y suplentes".

*Gaspar Caballero Sierra, Antonio José de Irisarri R.*

*PERITAJES POR EL DAS. EXPENSAS.*
*Al DAS está prohibido recibir ese pago.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Miguel Betancourt Rey.*

Expediente: Nº E-041. Actor: Germán Bula Hoyos y Cayetano Marsiglia Salas.

Del contenido del último auto, el demandante impugna mediante reposición la fijación de honorarios para el DAS y la devolución del despacho número 30 al Tribunal Administrativo de Córdoba para que dé cumplimiento a la comisión que se había decretado desde el auto inicial de pruebas (fol. 311 de este cuaderno).

En cuanto a lo primero, el suscrito considera:

Desde el auto de 6 de octubre (fol. 383), ejecutoriado, ya se dispuso que la prueba grafológica sería a costa del solicitante y a favor del DAS. Las normas en que se ampara la fijación son los artículos 239 y 389 del C.P.C. La fijación hecha no alcanza ni siquiera de lejos a cubrir los "honorarios" que corresponderían a ese peritaje, sino parte de los gastos necesarios para efectuarlo: laboratorios, instrumental técnico y materiales, principalmente. La función esencial del DAS es la seguridad y la ayuda a la actividad policiva y penal, no a la jurisdicción contenciosa administrativa. Está, pues, bien que asuma las expensas de aquellas, pero no la de estas. Hoy casi todos los establecimientos públicos reciben el pago de expensas, sea total, sea parcial; por ejemplo, la Universidad Nacional, el Hospital Militar, el Hospital de San Juan de Dios, la Caja Nacional de Previsión. Pero es entendido que si al DAS le está prohibido recibir ese pago y lo rechaza, será reintegrado al depositante. Si tiene razón el actor al plantear la hipótesis de prosperidad de alguna objeción al dictamen, por lo cual el auto se revocará en cuanto atañe a la forma de la consignación.

Y en cuanto a lo segundo:

Es contradictorio que el actor, cuando se trata de lograr las pruebas solicitadas por él, pida y logre prórrogas de términos (fls. 396, 400, 409 y 411), al paso que cuando se trata de las solicitadas por el demandado, que ya el actor trató de impedir y retardó (fols. 382 y 384), se oponga a la prórroga. Basta esto, sin necesidad de mencionar

la iniciativa probatoria del Consejo de Estado, para denegar también esta segunda solicitud.

Por lo dicho, el suscrito consejero decide:

Confírmase el auto recurrido, salvo en cuanto a la forma de la consignación, que no mencionará al DAS y dirá: a la orden del Consejo de Estado, Sala Electoral, por concepto de expensas judiciales.

Notifíquese.

*Miguel Betancourt Rey.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario.

*CONCEJALES MUNICIPALES. ELECCION. INHABILIDAD EN LA ELECCION. PARA "QUIENES DENTRO DE LOS DOS AÑOS ANTERIORES A LA ELECCION HAYAN SIDO CONTRATISTAS DEL RESPECTIVO MUNICIPIO" (Ley 11 de 1986). VER: ELECTORALES. CONCEJALES. ELECCION. LEY 11/86. ARTICULO 54.*

*No pueden ser elegidos concejales "quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio". Alcance de la expresión "Contratista del Municipio". La mencionada prohibición debe aplicarse también a los contratistas de los establecimientos públicos municipales.*

*Consejo de Estado. — Sala Contenciosa Electoral.* — Bogotá, D. E., veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Miguel Betancourt Rey.*

Expediente Nº E-071. Actor: Samuel Antonio Villada Otálvaro.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto y sustentado oportunamente por el actor, contra la sentencia de fecha 2 de agosto de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

*Demanda y oposición*

En acción pública electoral, el ciudadano Samuel Antonio Villada Otálvaro demandó la nulidad del acto mediante el cual fue declarado elegido concejal principal del Municipio de Armenia, por el partido conservador, para el período constitucional de 1986 a 1988, el abogado Alberto Gómez Mejía, según acta general de escrutinios del 16 de marzo de 1986, suscrita por los delegados del Consejo Nacional Electoral y del Registrador Nacional del Estado Civil, pidiendo igualmente la anulación de la correspondiente credencial.

Dijo el actor, en síntesis, que tras haberse inscrtio oficialmente la candidatura, aceptada esta por el citado profesional y celebrado los comicios del 9 de marzo de 1986, la lista encabezada por el mismo obtuvo un número de votos suficiente para que, al efectuarse los escrutinios del 16 de marzo siguiente, se declarara su elección por cuociente electoral.

Agregó que el declarado elegido, empero, dentro de los dos años anteriores a su elección, había sido contratista "...mediante la moda-

lidad de contratación directa a través de órdenes de trabajo y/o servicios, con el Municipio de Armenia —Departamento Administrativo de Planeación y el Municipio de Armenia— Empresas Públicas Municipales, para realizar actividades de consultoría y estudios técnicos especializados en ciencias jurídicas, sociales, económicas y administrativas...", con arreglo al artículo 195 del Código Fiscal de Armenia, contratación esta relativa a la hacienda pública municipal que, entre el 17 de marzo de 1984 y el 16 de marzo de 1986 había tenido ocasión de concretarse, según la prueba documental allegada al proceso y que involucraba al ente público territorial denominado Municipio de Armenia, integrado por la administración central y sus institutos descentralizados, por lo que, en conclusión, encontró haberse configurado manifiesta violación del artículo 54 de la Ley 11 de 1986, que hacía anulable la elección, a términos de lo dispuesto en el artículo 228 del Código Contencioso Administrativo.

El demandado, quien acudió al proceso como "impugnador" alegó, en resumen, que entre el Municipio y sus entes descentralizados, como lo eran en el caso planteado por la demanda, el Departamento Administrativo de Planeación y las Empresas Públicas Municipales de Armenia, existían diferencias sustanciales señaladas en las propias normas de su creación, a saber, los acuerdos números 43 del 15 de diciembre de 1962, 08 del 10 de marzo de 1978 y 15 de 1985, aprobados por el Concejo Municipal, que concernían particularmente a su distinta e identificable personalidad en derecho y la plena autonomía administrativa y financiera de cada uno, que no permitían extender el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la contratación con el Municipio, a los contratos suscritos con tales entes, menos cuando el aludido régimen era de interpretación restringida, de acuerdo con el artículo 1º, numeral 4º, de la Ley 96 de 1985.

Observó, de otra parte, que si la Ley 11 había sido sancionada el 16 de enero de 1986 y sólo podía empezar a regir a partir de su publicación, en fecha que no pudo precisar, por así disponerlo su artículo 81, no se le podían atribuir efectos retroactivos en contra suya, toda vez que, aún suponiendo que existiese la inhabilidad, el único contrato que probablemente hubiera quedado comprendido dentro de la vigencia de esa ley, podía haber sido el de 21 de enero de 1986 que, según lo probó, no llegó a perfeccionarse ni a cumplirse jamás y, además, como los restantes contratos que acepta haber ejecutado, no se celebraron con el Municipio de Armenia.

*Providencia recurrida*

Al negar las súplicas de la demanda, destaca el Tribunal *a quo* que, por haberlo admitido así el demandado, es incontrovertible que efectivamente él fue contratista de las Empresas Públicas Municipales y del Departamento Administrativo de Planeación de Armenia, en lo que halla coincidencia con las afirmaciones del actor, mas difiriendo de estas en el asunto de fondo de si contratar con tales entidades equivale a hacerlo con el Municipio mismo, o aquellas se deben considerar separadas de la noción jurídica y política de éste, caso en el cual no se daría la inhabilidad denunciada.

Analiza los artículos 1º y 2º del Acuerdo número 43 de 1962, 23 del Acuerdo número 08 de 1978 y 5º del Acuerdo número 15 de 1985, aprobados por el Concejo Municipal de Armenia, donde se asigna a las entidades en cuestión el carácter de establecimientos públicos descentralizados y autónomos, aunque allí se diga que forman parte de la administración municipal, viniendo a concluir que "...el Municipio es un ente distinto de sus organismos descentralizados y la prohibición, o mejor, la inhabilidad consagrada en el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, se refiere a quienes en los dos años anteriores a su elección hubieran sido contratistas del Municipio. Si el legislador hubiera querido extenderla a los organismos descentralizados, así lo hubiera expresado, es decir, hubiera establecido en forma expresa la inhabilidad..."

Comenta que las disposiciones 7, 26 a 35 y 38 a 47 de la citada Ley 11, refiriéndose a otros tópicos, mencionan al Municipio y sus entes descentralizados independientemente, de modo que si estos no fueran autónomos, bastaría que la ley hiciera mención simplemente al municipio.

Estima, de otro lado, que el actor confunde lo que es la noción jurídica del Municipio con la función administrativa del mismo, porque la primera, de conformidad con los artículos 8º del Decreto 1333 de 1986, 4º y 80 de la Ley 153 de 1887 y 633 del Código Civil, se traduce en una personalidad en derecho independiente, mientras que la segunda es actividad administrativa en diversos campos y prestación de servicios por intermedio de multitud de organismos, como el concejo, la alcaldía, las secretarías, los establecimientos públicos, etc.

Recoge, finalmente, el concepto de la Fiscalía del Tribunal, para quien las entidades con las que contrató el demandado son personas jurídicas muy diferentes del Municipio de Armenia.

*Sustentación de alzada*

De la variada argumentación a que se extiende la sustentación del recurso, se extracta:

Si el artículo 1º de la Ley 11 de 1986 establece que "...La presente ley tiene por objeto dotar a los municipios de un estatuto administrativo y fiscal que les permita, dentro de un régimen de autonomía, cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, promover el desarrollo de sus territorios...", no se puede concebir una administración municipal desligada de sus entes descentralizados, porque si los mismos no fueran parte integrante de ella, mal se les podía someter a un régimen legal común.

Para el caso concreto, las Empresas Públicas Municipales y el Departamento Administrativo de Planeación son organismos del Municipio de Armenia mediante los cuales este cumple sus funciones, pero la especialización por servicios no puede equipararse a un fraccionamiento del Municipio como ente público y territorial.

Conforme al artículo 26 *ibídem*, desde su creación y durante su existencia, las entidades descentralizadas del orden municipal están sujetas a las disposiciones del concejo, subordinación que no tendría

ninguna explicación si aquellas no fueran parte integrante del municipio.

Su régimen de contratación es el mismo código fiscal del municipio.

Sus presupuestos son simples "anexos" del presupuesto municipal sometido por el alcalde a la aprobación del concejo.

La representación que ejercen los directores o gerentes, se debe tener como una delegación de la representación que ejerce el alcalde en el municipio, restringida y sometida a las decisiones de las juntas administrativas o directivas presididas por el alcalde.

Los concejales no pueden contratar con el Municipio pero, si como lo dice el Tribunal, los establecimientos descentralizados difieren de la noción jurídica del Municipio, la contratación con tales establecimientos sería perfectamente viable, lo que evidentemente contraría el espíritu de la ley.

*Concepto fiscal*

Transcribe la señora Fiscal Segunda de esta Corporación el artículo 54 de la Ley 11 de 1986, que considera aplicable al caso, porque se encontraba vigente en el momento de realizarse la elección demandada, y arguye que según conocidas reglas de hermenéutica, si el sentido de la ley es claro, no se ha de desatender su tenor literal, con el pretexto de consultar su espíritu.

Seguidamente expresa:

"Tenemos pues que si el artículo 54 de la Ley 11 de 1986 se refiere únicamente a quienes hayan sido contratistas del Municipio, se debe entender que únicamente con ese ente jurídico se relaciona la prohibición, pues de haber querido incluir a los entes descentralizados, lo hubiera dicho expresamente. Por otra parte se observa, que ya de por sí la causal de prohibición tal y como quedó redactada, constituye un exceso de celo por mantener la moralidad de quienes puedan ser en un momento dado elegidos concejales, esto si se tiene en cuenta que en la situación que plantea la anterior prohibición, la condición de contratista se refiere al pasado, a dos años antes de la fecha en que se es elegido concejal. Caso este diferente al que presentaba la Ley 69 de 1936, artículo 7º, en donde se establecía: 'desde la sanción de la presente ley ningún contratista de Obras Públicas Municipales, ni sus apoderados, podrán ejercer el cargo de concejeros municipales, mientras conserven el carácter de contratista o apoderado'.

"La norma últimamente citada, se refería a ejercer el cargo de concejal coetáneamente con el hecho de ser contratista, evitando con ello el tráfico ilegal de influencia que pudiera presentarse en ese momento.

"Debe anotarse que las razones en que se fundamenta la sentencia apelada, son compartidas por este despacho. En consecuencia, esta agencia del Ministerio Público se permite solicitar a la Honorable Sala, se confirme la sentencia apelada".

*Consideraciones de la Sala*

1ª Está demostrado que el 21 y el 23 de enero de 1986 el demandado fue contratista del Departamento Administrativo de Planeación Municipal y lo había sido desde mucho tiempo atrás (fols. 2 y 3 C. Nº 2; y 11 a 19 C. Nº 4); que cuando menos hasta el 7 de marzo, dos días antes de su elección como concejal, fue contratista de las Empresas Públicas de Armenia (fols. 25 y ss. C. Nº 4); y que esas dos entidades son establecimientos públicos, personas jurídicas de la administración descentralizada del Municipio de Armenia, desde el punto de vista subjetivo diferentes de la persona jurídica del Municipio mismo (acuerdos 43 de 1962, 8 de 1978, 19 de 1981 y 15 de 1985).

2ª La Ley 11 de 1986 fue expedida el 16 de enero. Según su artículo 81, debía empezar a regir a partir de la fecha de su publicación, y esta se efectuó el 17 de enero en el Diario Oficial número 37310.

3ª Según el artículo 54 de dicha ley, no pueden ser elegidos concejales "quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo Municipio". Dado que la ley no puede ser retroactiva, tal período de los dos años no puede computarse desde antes del 17 de enero de 1986, de suerte que en el presente caso sólo contaría la calidad de contratista del Municipio entre el 17 de enero y el día de la elección, 9 de marzo.

4ª El punto sobre el cual se ha centrado el debate es el alcance de la expresión "contratista del Municipio", que ha servido para que el demandante afirme que es tan sólo quien tiene relaciones contractuales con la persona jurídica Municipio, y el actor diga que lo es también quien las tiene con los establecimientos públicos municipales. La providencia recurrida adoptó la primera opinión.

No cree la Sala que el litigio puede desatarse mediante razones exclusivamente literales, pues la palabra "Municipio" tiene múltiples sentidos, que van, por ejemplo, desde el simplemente territorial hasta el político, pasando por el sociológico (población e idiosincracia), el religioso, el cultural, el jurídico subjetivo, y el administrativo. Importante es, pues, atenerse más bien a las razones y finalidades del artículo 54 de la Ley 11 de 1986 y del conjunto de esta. Muy útil hubiera sido hallar además la explicación directa de aquel vocablo en los "Anales del Congreso", pero desafortunadamente en ellos no aparece comentario sobre él. No se trata, obviamente, de extender o restringir el sentido de "contratista del Municipio", de aplicarlo a personas en quienes no pensó el legislador, o de dejar de aplicarlo a personas que sí tuvo en mente, sino de averiguar a quiénes quiso referirse.

Que esté prohibido ser concejales a quienes han sido contratistas de la persona jurídica Municipio dentro de los dos años anteriores a la elección, tiende sin duda a evitar que el elegido, al ejercer sus funciones de concejal, sea desviado por los intereses personales que ha tenido como contratista (v. gr. para imaginar, en abstracto, lo extremado, que valiéndose de intermediarios siga gozando de contratos con el Municipio). Pues bien, ¿no existe el mismo riesgo tratándose de quienes han sido contratistas de los establecimientos públicos municipales? Existe y en mayor grado, pues, en la práctica, los concejos

"gobiernan" la administración descentralizada del municipio, y esta suele disponer de medios económicos más considerables que los de la administración centralizada. Con que *a fortiori* la mencionada prohibición debe aplicarse también a los contratistas de los establecimientos públicos municipales.

Esta sola consideración anunciaría ya que también estos últimos son "contratistas del Municipio" en el sentido del artículo 54 citado, de suerte que por tal razón este vocablo no podría entenderse en el sentido sujeto de derecho. Pero la misma conclusión se confirma sin duda en el artículo 1º de la ley, que señala su finalidad entera: "La presente ley tiene por objeto dotar a los municipios de un estatuto administrativo y fiscal que les permita dentro de un régimen de autonomía, cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo, promover el desarrollo de sus territorios y el mejoramiento socio-cultural de sus habitantes, asegurar la participación efectiva de la comunidad en el manejo de los asuntos públicos de carácter local y propiciar la integración regional". De suerte que la ley, aunque en su artículo 1º y en el 54 hable de "Municipio", no se refiere al sujeto de derecho sino al conjunto jurídico administrativo, que tiene administración centralizada y administración descentralizada, a la última de las cuales están dedicadas por cierto, fuera de las normas generales de la ley, todas las especiales de su Capítulo VI. Y en otros artículos de esa ley, como el 7º, el 16, el 22 y el 44, la expresión "de los municipios" significa esto mismo que se acaba de expresar.

Pero tal amplio sentido administrativo y patrimonial de los vocablos "nación", "departamento" y "municipio" no se halla únicamente en dicha ley, sino en otras muy numerosas regulaciones, como los artículos 64, 105, 182, 187 (ordinal 3º) y 201 de la Constitución Nacional; los bien expresivos artículos 1º y 4º de la Ley 151 de 1959; el artículo 1º (sobre todo el parágrafo) del Decreto 1050 de 1968; el 9º del Decreto 2400 de 1968; el Decreto 3130 de 1968; el artículo 467 del Código de Comercio; y, en fin, toda la legislación que distingue entre empleados oficiales de la "nación", del "departamento" y del "municipio".

5ª Estando, pues, demostrado que el demandado fue contratista de los dos establecimientos públicos municipales entre el 17 de enero de 1986 y fecha casi unida a la de la elección, violó el artículo 54 de la Ley 11 de 1986.

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

*Resuelve:*

1º Revócase la sentencia de primera instancia y en su lugar se decrete la nulidad de la elección de Alberto Gómez Mejía como concejal del Municipio de Armenia para el período comprendido entre 1986 a 1988. Dicho concejal será remplazado por el suplente que corresponda.

2º Comuníquese esta decisión a los señores Registrador Nacional del Estado Civil, Alcalde de Armenia y Presidente del Concejo del mismo Municipio.

En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

*Jorge Valencia Arango,* Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Gaspar Caballero Sierra, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello, Miguel Betancourt Rey.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario.

# TITULO VII

## REVISION DE IMPUESTOS

## CAPITULO I

### APELACIONES

*IMPUESTO A LAS VENTAS.*

*Artículo 26 del Decreto 1988 de 1974.*

*1º Responsables del impuesto a las ventas. Requisitos.*

*2º Declaración de ventas. Presentación.*

*3º Ventas exentas. Saldo a favor en la cuenta corriente del impuesto sobre las rentas. DEVOLUCIONES. Reiteración jurisprudencial.*

*IMPUESTOS. OBLIGACION TRIBUTARIA.*

*Elementos.*

*IMPUESTOS. Devoluciones.*

*VER: IMPUESTO A LAS VENTAS.*

*Consejo de Estado. — Sala de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra.*

Referencia: Radicación 0100. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuestos a las ventas por el cuarto bimestre de 1975. Demandante: Frutera Colombiana S. A., FRUCO.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda en el proceso impetrado por el apoderado judicial de la Empresa Frutera Colombiana S. A., "FRUCO", contra los actos administrativos que le determinó sus impuestos a las ventas objeto de devolución por el 4º bimestre de 1975. La sentencia del Tribunal ha sido objeto de apelación por el apoderado de la actora.

*La demanda*

Solicitó la demanda revisar la operación administrativa de liquidación del impuesto sobre las ventas contenidas en los siguientes actos administrativos: a) Liquidación de Revisión 06115 de 19 de septiembre de 1977 originaria de la Sección de Auditoría Externa de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá. b) Resolución 002190 de junio 7 de 1979, proferida por la División de Recursos Tributarios de Bogotá, y c) Resolución R-000604-V de septiembre 29 de 1983 de la Dirección de Impuestos Nacionales (División de Recursos Tributarios). Estos actos administrativos redujeron el valor de los descuentos por

impuestos pagados de un monto original solicitado de $ 2.040.851 a un monto aceptable de $ 1.053.321. En las explicaciones de los actos administrativos se dice que "se rechaza la suma de $ 758.032 que el responsable solicita como impuestos descontables... toda vez que no se reunen los requisitos de tiempo y forma establecidos en los artículos 26 y 27 del Decreto 1988 y en los artículos 11 del Decreto 2815 de 1974 y circulares 05 y 011 de 1974 y 1975 respectivamente".

Igualmente se sostiene que "se rechaza la suma de $ 241.584 que el responsable solicita como impuestos pagados en aduanas, toda vez que no se cumple con los requisitos de tiempo y forma establecidos por los artículos 26 y 27 del Decreto 1988 de 1974 y circulares 05 y 011 de 1974 y 1976 respectivamente".

También se aplican intereses corrientes sobre la diferencia que se tasa entre la suma cancelada por la administración y la que tasó el contribuyente en su liquidación privada.

Base de toda la polémica que se ha sostenido en la jurisdicción está en que la administración desechó la parte de los descuentos solicitados porque no hay simultaneidad entre la contabilización de descuento y el momento en que se solicitaron en la declaración en el respectivo bimestre.

Como normas violadas el actor invoca varias que hacen relación al derecho penal. Arguye en esencia que la administración ha impuesto una sanción (el desconocimiento de un descuento) sin que la actora haya incurrido en hecho prohibido por *ley*. Alegó igualmente errada aplicación de las normas que reglan el régimen de descuentos del impuesto sobre las ventas.

*Sentencia del Tribunal*

El tribunal denegó las peticiones de la demanda con los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, sostuvo, en el derecho tributario no se trata de aplicar las leyes del derecho penal. Los elementos de la legalidad tributaria son diferentes a los elementos de la legalidad primitiva. Aquellos emanan del artículo 43 de la Carta y hacen relación a la obligación de una persona de contribuir a las cargas públicas. Estos miran a la comisión de delitos o contravenciones, lo cual entra en ámbitos de legalidad diferentes. Con base en esta elemental consideración el Tribunal desecha la presunta violación del artículo 28 de la Constitución Nacional.

b) También rechaza el Tribunal la presunta violación de los artículos 20 y 63 de la Carta que trae a colación el demandante porque las considera impertinentes al caso.

c) El actor alega que la administración ha aplicado reglas tributarias en forma retroactiva. Es así como la circular 11 de 1976 es de abril 11 de 1976, posterior a la declaración de ventas que fue presentada el 19 de septiembre de 1975. No obstante el Tribunal desechó este argumento pues, en su sentir, la circular no creó nuevas reglas de derecho sino que apenas dio aplicación a los artículos 26 y 27 del De-

creto 1988 de 1974 que eran las normas aplicables a la declaración presentada por la demandante. En este mismo sentido no encontró el *a quo* válida la presunta violación de los artículos invocados de la Ley 153 de 1887, ni los que tocan con los artículos 30 y 31 de la Ley 52 de 1977.

d) En relación con la aplicación de las normas tributarias relacionadas con el problema de los descuentos el debate se centra en las siguientes consideraciones: 1) El artículo 27 del Decreto 1988 de 1974 claramente establece que los descuentos deben efectuarse "a más tardar en la declaración que corresponda a los dos períodos siguientes a la fecha de la compra o importación" y además añade la norma que "el no hacer la solicitud en la oportunidad indicada acarrea pérdida del derecho". Observó el *a quo* que en este caso no se tuvo elemento de juicio que demostrase que la sociedad responsable hubiese hecho uso del derecho dentro del tiempo que determina la ley. 2) Así mismo, el Tribunal destaca que la contabilización del descuento debe corresponder con el bimestre en el cual se hace la declaración en la que se solicita el descuento. 3) Del texto de los artículos 26 y 27 del Decreto 1988 de 1974 que establece el régimen de la cuenta corriente consagran que los responsables del impuesto de ventas tendrán derecho a solicitar descuentos con base en el cumplimiento de varios requisitos: el descuento se hace a través de una cuenta corriente lo cual indica la contabilización del mismo; el descuento se solicita en una declaración que puede corresponder o a la del período gravable dentro del cual se hizo la compra o importación o a uno cualquiera de los períodos gravables siguientes a la fecha en que se hizo la compra o importación. De no someterse a las oportunidades de ley se pierde el derecho. Ello quiere decir que aunque el impuesto que da origen al descuento puede haberse causado con anterioridad a la fecha en que se solicita como tal, el descuento solicitado debe corresponder con el que aparece contabilizado en la cuenta corriente. "Tal correspondencia impone forzosamente que la contabilización del descuento debe hacerse en el bimestre que corresponda a la declaración en la cual va a solicitarse el descuento. En otras palabras, debe haber simultaneidad entre la declaración y la contabilización, y aquella, la declaración, debe corresponder a cualquiera de los tres bimestres a que se refiere el artículo 27".

Finalmente, observa el Tribunal que, la sociedad no ha desvirtuado la validez de la actuación administrativa.

*Apelación*

El demandante, al sustentar la apelación, insiste en los argumentos que emanan del derecho penal y que en su sentir son también aplicables al derecho tributario.

*Vista fiscal*

La señora Fiscal Sexta ante esta corporación considera que la decisión del Tribunal amerita ser confirmada. Acoge la fiscal la tesis sostenida por el Tribunal en el sentido de que una cosa son las sancio-

nes de carácter penal y otra las consecuencias que la ley tributaria establece para el reconocimiento de determinado derecho debido a la ausencia u omisión de requisitos.

Considera que el rechazo de los descuentos por parte de la administración se ajustó a derecho por dos razones: Para que el descuento sea procedente debe existir simultaneidad entre la solicitud del descuento en la declaración de ventas y su contabilización en los libros del responsable, factores que no se dan en el caso de autos.

Esta formalidad fue también exigida por la circular 11. El Consejo de Estado en la sentencia que negó la nulidad de la circular 11 de abril 9 de 1976 estableció que esta circular no era normativa sino interpretativa.

Se considera:

La Sala acoge el criterio del Tribunal y el de la señora Fiscal:

1. El asunto de autos *no* está enmarcado dentro de las reglas del derecho *punitivo* ni mucho menos del derecho penal. Una cosa son las obligaciones pecuniarias que nacen de reglas de derecho tributario. Respecto de ellas la ley establece los principios rigurosos que sirven para delimitar el ámbito de la llamada "obligación tributaria": los sujetos pasivos, el objeto, al hecho imponible, la base gravable. Otra muy distinta es el fenómeno de la tipicidad penal regida en un todo por la ley, desde luego, pero dirigida a un sentido teológico muy distinto, la protección del orden social.

2. Lo que se discute es si son o no de recibo los descuentos solicitados por la actora. Para tener derecho a los descuentos es necesario ceñirse en un todo a los requisitos de ley. Esta misma Sala, al estudiar el punto fijó el siguiente criterio:

"En efecto, parece ser que el régimen en materia del impuesto a las ventas, vincula muy estrechamente el contenido de la declaración bimensual de ventas, con los asientos débito y créditos que debe llevarse en el libro de cuenta corriente del impuesto, en forma tal que la declaración debe reflejar el resultado periódico de la mencionada cuenta. Así, vemos cómo el artículo 26 del Decreto 1988 de 1974, estatuye:

" 'Los responsables del impuesto sobre las ventas deben llevar una cuenta corriente, en la cual:

" 'a) El valor del impuesto por las ventas se acredita a «impuesto sobre las ventas por pagar».

" 'b) El valor de los impuestos pagados o causados por las compras, importaciones o devoluciones de mercancías, se debite.

" '*Parágrafo*. El valor del saldo crédito se consignará en las oficinas de Impuestos Nacionales respectivas, en los plazos señalados por resolución del Ministerio de Hacienda'.

" 'Lo dispuesto en el parágrafo de la disposición transcrita, unido a la circunstancia de que la declaración de ventas debe presentarse dentro del mes siguiente al correspondiente período bimestral (período fijado por la Resolución 10411 de septiembre 27 de 1974, expedida por

el Ministerio de Hacienda), conforme al artículo 15 del Decreto 2815 de 1974, está indicando la necesidad de llevar con oportunidad razonable, el movimiento de la cuenta corriente del impuesto por los responsables del mismo.

"Ahora bien. No parecería lógico que el saldo débito que pueda arrojar a favor del responsable la cuenta corriente del impuesto, no deba establecerse dentro de la misma oportunidad y antelación, toda vez que es el propio movimiento de la cuenta que al final del bimestre arrojará si existe saldo crédito o débito para un determinado período y, en tales condiciones, lo previsto en el artículo 27 del Decreto 1988 de 1974, no excluye el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 26 y todo lo demás; significaría el cumplimiento de un requisito adicional para efecto de la viabilidad de los descuentos solicitados y que hayan sido materia de previa contabilización. Refuerza esta posible interpretación, lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 25 del varias veces citado Decreto 1988, que reza: 'Cuando hubiere ventas exentas, los correspondientes productores *que figuren con saldo a su favor en la cuenta corriente del impuesto sobre las ventas* (subrayado en el texto), pueden solicitar su devolución de conformidad con los reglamentos'. De esta disposición surge claramente, la necesidad de asentar oportunamente en la cuenta corriente del impuesto las diferentes operaciones a través de las cuales el propio responsable del impuesto concreta su situación tributaria" (Sentencia de febrero 2 de 1978. Consejero ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández).

3. En el asunto de autos la responsable omitió el cumplimiento de los requisitos de ley. Así lo estimó la administración cuando observó que la empresa actora "no contabilizó los descuentos simultáneamente con el bimestre en el cual los solicitó, según lo dispone el numeral 5º" de la circular 11 de 1976.

Así las cosas, por estas razones y por lo expuesto por el Tribunal y la señora Fiscal es del caso confirmar la actuación del *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.

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*IMPUESTO DE RENTA: COSTO PRESUNTIVO. APLICACION. OBLIGACION TRIBUTARIA.*

*Determinación de su monto e imposición de sanciones por infracción a las normas impartidas. Sanción por inexactitud. La administración debe demostrar que el declarante incurrió en maniobra fraudulenta que se le imputa, probar que incurrió en falsedad u omisión de las cuales hubiera podido derivarse un impuesto inferior al que le corresponde.*

*IMPUESTOS. Sanción por inexactitud.*

*Consejo de Estado. — Salá de lo Contencioso Administrativo. — Sección Cuarta.* — Bogotá, D. E., cinco de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada Auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Expediente Nº 0452. Actor: Fructuoso Figueroa Vargas. Apelación sentencia de enero 25 de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila. Impuestos. Fallo.

Mediante apoderado, el actor Fructuoso Figueroa Vargas, identificado con cédula de ciudadanía número 1.649.106, declarante en la ciudad de Pitalito, apela contra la sentencia de enero 25 de 1986, por la cual el Tribunal Administrativo del Huila, resolvió las pretensiones de la demanda formulada contra la determinación del impuesto de renta y complementarios que por el año gravable de 1979 le practicó la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva.

Dice el memorial del recurrente:

"Mi inconformidad con la sentencia que apelo radica en que en la adición de la demanda propuesta oportunamente y vista a los folios 25 y siguientes del cuaderno principal manifiesta que no era procedente el rechazo de los costos por cuanto si bien es cierto no se dio cumplimiento de los requisitos del artículo 4º del Decreto 1495 de 1978, no es menos cierto que el artículo 11 del mismo decreto que ordenaba el rechazo de los cotos por incumplimiento de los requisitos del artículo 4º fue suspendido por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 20 de septiembre de 1982 y anulado en definitiva mediante sentencia del 14 de julio de 1984. A esta petición no hizo referencia en ningún caso el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Huila.

"Igualmente mi inconformidad radica en la determinación del costo presuntivo en un 25% del valor de los ingresos según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, toda vez que en el alegato de conclusión y con fundamento en las pruebas aportadas declaraciones de renta correspondientes a años anteriores y posteriores, la utilidad del contribuyente oscilaba entre un punto dieciocho por ciento y un tres punto diecisiete por ciento este último correspondiente al año gravable de 1977 año de la bonanza cafetera. Me remito por tanto ante los Honorables Consejeros de Estado observar mi alegato de conclusión..." (fols. 81 y 82).

Por su parte la Administración Tributaria, mediante delegada apela igualmente contra la sentencia, la cual considera violatoria de los artículos 135 numeral 1º del C.C.A., 31 del Decreto 2053 de 1974 y 49 del Decreto 3803 de 1982. Se sustenta la apelación en los siguientes términos:

1º No se agotó debidamente la vía gubernativa. Habiéndose practicado la liquidación oficial, previo requerimiento al contribuyente para que comprobara las partidas solicitadas en su declaración por concepto de costos por compra de mercancías "sin facturas ni documento equivalente", compensaciones por servicios personales, por no enviar comprobantes parafiscales requeridos al efecto, intereses sin llenar requisitos del artículo 55 del Decreto 187/75, el contribuyente no dio respuesta a los requerimientos ordinario y especial. Con ocasión del recurso de reconsideración el señor apoderado impugnó todos y cada uno de los factores del mayor impuesto, sin presentar alegato de fondo, sólo aduce que en el término de los dos meses contemplados en el artículo 48 del Decreto 1651/61 enviaría las pruebas conducentes, sin que ellas fueran allegadas al proceso, ni debatidos los puntos de inconformidad planteados en la liquidación; en consecuencia, no habiéndose producido el consabido debate, ni controvertido jurídicamente el acto liquidatorio, esta División se vio precisada a confirmar la liquidación de revisión al no invocarse desconocimiento de las normas tributarias, ni allegado pruebas para analizar, por lo tanto no quedó agotada la vía gubernativa (fol. 78).

2º La violación del artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, se concreta por la representante de la administración así: "...en primer lugar porque el responsable no debatió en la vía gubernativa la posibilidad de aplicarse el costo presuntivo a sus ingresos declarados, en segundo lugar porque este mecanismo se aplica siempre y cuando el contribuyente no tenga forma de comprobar el costo real, en este caso el responsable está obligado a llevar libros de contabilidad, tal como lo manifiesta al interponer recurso de reconsideración, cuando dice que allegará certificado de contador que acredite la contabilización legal de los costos solicitados; la norma es clara cuando dice que dicho costo presuntivo se aplicará cuando la determinación del costo real no sea posible por pruebas directas, tales como las declaraciones de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos, es decir —concluye la delegada administrativa— estando el responsable obligado a llevar contabilidad, el costo real era posible determinarlo por alguno de los medios mencionados por la nor-

ma por lo tanto el costo real presuntivo no es posible aplicarlo porque el contribuyente no lo pruebe, se aplica siempre y cuando sea imposible su determinación real".

3º Finalmente, la violación del artículo 49 del Decreto 3803/82, se deriva para la representante administrativa, del hecho de que la sentencia suprime la sanción por inexactitud impuesta al contribuyente, decisión que considera ilegal "ya que *en la liquidación privada se solicitaron gastos inexistentes* (*ante la imposibilidad de probarlos*) tratándose de un responsable obligado a llevar contabilidad. La obligación del responsable era, en primer lugar, contestar los requerimientos, sustentar debidamente el recurso arrimando al proceso las pruebas anunciadas y comprobar el costo real solicitado en la privada mediante cualquiera de las formas establecidas por el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974" (Destaca la Sala).

Concluye de todo lo anterior que se debe improbar la sentencia apelada y confirmar la determinación impositiva, ya que la entidad que la profirió "cumplió a cabalidad con las disposiciones legales, otorgó todas las posibilidades para la defensa del contribuyente, sin que debatiera el acto liquidatorio ni allegara pruebas que lograran desvirtuar la adición realizada".

*Hechos fundamentales de la acción:*

De autos se establecen los siguientes hechos:

1º En la liquidación oficial practicada al contribuyente se desconocieron partidas solicitadas por costos y deducciones en la correspondiente declaración tributaria y se determinó su renta gravable por el ejercicio de 1979, así:

| | | | |
|---|---|---|---|
| Total rentas de distinto origen declaradas | | | $ 12.663.078 |
| Total deducciones solicitadas | | $ 12.585.618 | |
| Se rechazan por no comprobar: | | | |
| Por compra de mercancía | $ 12.479.078 | | |
| Compensaciones por servicios personales | $ 29.400 | | |
| Intereses no comprobados | $ 30.000 | $ 12.538.478 | $ 47.040 |
| *Renta líquida gravable* | | | $ 12.616.038 |

Se sancionó además por inexactitud, invocando el artículo 28 de la Ley 52 de 1977, con el 20% del impuesto correspondiente, sanción cuyo monto ascendió a $ 13.802.200.

Advierte la liquidación que el desconocimiento de los factores anteriores, se produce por cuanto el contribuyente no dio respuesta a los requerimientos ordinario y especial ni comprobó los gastos.

2º Obra en autos (fls. 12 a 14) la Resolución número 014 de febrero 2 de 1984, por la cual la Administración de Impuestos Nacionales de Neiva —División de Recursos Tributarios— resuelve el

recurso de reconsideración contra la liquidación, confirmándola, en razón a que el recurrente quien impugnó todos y cada uno de los factores de la misma, no presentó alegato de fondo, ni allegó las pruebas pertinentes.

3º La sentencia impugnada negó la declaratoria de nulidad de la liquidación, pretendida en la demanda por vicios concernientes a su notificación. Resolvió favorablemente la petición relativa a modificarla en los siguientes aspectos:

a) De los ingresos declarados dedujo un 75% por concepto de costo presuntivo, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con el artículo 15 del mismo estatuto y 31 de la Ley 52 de 1977;

b) Dejó sin efecto la sanción por inexactitud impuesta al contribuyente.

*Consideraciones de la Sala:*

El artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, faculta a la Administración Tributaria, para apartarse del costo informado en la correspondiente declaración, pero a su vez le ordena aplicar un costo presuntivo, siempre que se presente cualesquiera de las siguientes situaciones:

1º Que existan indicios de que el costo informado por el contribuyente no es real y,

2º Cuando no se conozca el costo de los activos enajenados, ni sea posible establecerlos mediante pruebas directas, como tales, cita las declaraciones de renta del contribuyente o de terceros, la contabilidad o los comprobantes internos o externos, es decir, los documentos que den cuenta de la adquisición de los activos.

Los costos presuntos deberán señalarse por el Director General de Impuestos Nacionales, atendiendo datos estadísticos de la misma entidad u otras cuyas informaciones fueren aplicables, en consideración a la actividad de la cual se deriva la renta.

Expresamente dispone la norma en comentario, en su inciso 20. "Si lo dispuesto en el inciso anterior no resultare posible, *se estimará* el costo en el setenta y cinco por ciento (75%) del valor de la respectiva enajenación, sin perjuicio de las sanciones que se impongan por inexactitud de la declaración de renta, o por no llevar debidamente los libros de contabilidad" (Destacamos).

La obligación tributaria nace cuando ocurren los hechos previstos en la ley. La determinación de su monto y la imposición de sanciones por infracción a las normas impositivas, deben fundarse en los hechos que aparezcan establecidos en el respectivo expediente, por los medios que al efecto preceptúen las leyes tributarias o las normas generales sobre pruebas que contiene el Código de Procedimiento Civil, o las que regulen el hecho que trata de demostrarse. La Administración posee amplias facultades de verificación de la veracidad de las declaraciones del contribuyente que debe presentarle, cuyos datos la ley presume ciertos.

Para ello puede exigir del mismo contribuyente la presentación de documentos que registren sus operaciones, cuando esté obligado a llevar contabilidad (Ley 52 de 1977, arts. 1º, 30, 32, 33 y ss.).

No habiendo contestado el contribuyente los requerimientos administrativos, la oficina liquidadora estaba facultada para apartarse de los costos declarados. Pero la falta de respuesta no relevaba a dicha oficina de la aplicación del costo presuntivo, porque éste es mandato expreso de la ley, aplicable a la situación configurada por la falta de pruebas "directas", con independencia de la circunstancia que se origine. La norma no condiciona su aplicación al evento de que exista el deber de llevar contabilidad o no.

Ahora bien: El actor solicitó en su demanda precisamente que se diera aplicación a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2053 de 1974, en concordancia con el artículo 15 del mismo estatuto, que señala cómo debe establecerse la renta líquida gravable. A ello accedió el Tribunal disminuyendo de los ingresos el 75% por concepto de costo presuntivo, el apoderado objeta la sentencia, invocando la suspensión y posterior anulación del artículo 11 del Decreto 1495 de 1978. Dicha norma disponía ilegalmente que "la no presentación o la omisión de datos cuya relación es obligatoria, se sancionará con la no aceptación de las deducciones o costos correspondientes..." Precisamente el Tribunal corrigió la violación en que había incurrido la Administración al desconocer totalmente los costos, con base en una norma ilegal.

Menos aún pueden prosperar las objeciones de la delegada de la Dirección General de Impuestos Nacionales. No se configura la falta de agotamiento de la vía gubernativa que alega, por cuanto para el efecto basta que se interponga el recurso con el cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad, de los cuales no forma parte la fundamentación jurídica sino la exposición de los motivos de inconformidad. El "alegato de fondo" o de conclusión propia del proceso judicial, que no encaja exactamente en el procedimiento administrativo.

La misma Administración al atender el recurso se refirió a los motivos expuestos por el contribuyente, de donde mal puede ahora alegar falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Por último, las sanciones, como las infracciones a las cuales corresponden, deben estar previstas en ley anterior al hecho que las configura, por expresa disposición constitucional (art. 28). El contribuyente presentó su declaración de renta y patrimonio el 28 de abril de 1980. El Decreto 3803 de 1982, que invoca la delegada en favor del sostenimiento de la sanción por inexactitud en aquella, no podría aplicarse a menos que más fuera favorable, lo cual no es del caso.

El artículo 27 de la Ley 52 de 1977 configuró así la inexactitud:

"Constituye inexactitud la declaración de datos básicos falsos incompletos o inexistentes, o la omisión de los que debieron declararse.

No se configura inexactitud cuando el menor impuesto que hubiera podido resultar se derive errores de apreciación ni de las dife-

rencias de criterio entre las oficinas de impuestos y los contribuyentes, relativos a la interpretación del decreto aplicable siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos".

El artículo 19 de la misma ley definió los datos básicos como "aquellos que conforman la declaración de los hechos generadores de la obligación de cada tributo y las informaciones necesarias para determinar correctamente las bases gravables y liquidar el impuesto correspondiente", o sea los que constituyen propiamente la denuncia de los hechos ocurridos respecto del contribuyente durante el ejercicio —ingresos, costos deducciones—, por ejemplo que inciden en la determinación de la base gravable.

La ley no confunde la ocurrencia de los hechos con su demostración ni presume que son falsos cuando no se prueben los declarados. En la determinación de tributos sólo son procedentes las presunciones establecidas por la ley, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. Las conductas sancionables no pueden presumirse en ningún campo del derecho. Para imponer sanción por inexactitud, la Administración debe demostrar que el declarante incurrió en maniobra fraudulenta que se le impute, probar que incurrió en falsedad u omisión de las cuales hubiera podido derivarse un impuesto inferior al que le corresponde.

El incumplimiento de requisitos o la falta de pruebas que el contribuyente deba cumplir o aportar podrá ocasionar el desconocimiento de los factores a que se refieren, pero en ningún caso dará lugar a la sanción por inexactitud establecida en la ley para una infracción que sólo puede cometerse en la denuncia de los hechos generadores del impuesto.

Al dejar sin efecto la sanción por inexactitud impuesta al demandante, el Tribunal obró conforme a derecho, toda vez que la Administración no demostró que los costos declarados fueran falsos, ni fue establecido así en el expediente.

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 del Tribunal Administrativo del Huila, fechada el 25 de enero de 1986, por la cual decidió las pretensiones de la demanda del señor Fructuoso Figueroa Vargas, contra la determinación administrativa del impuesto de renta y complementarios a su cargo por el ejercicio fiscal de mil novecientos setenta y nueve (1979).

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

(Se deja constancia que la anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha).

*Hernán Guillermo Aldana Duque,* Presidente; *Enrique Low Murtra, Jaime Abella Zárate, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*ACCION DE REPARACION DIRECTA.*
*1º Concepto.*

*2º Diferencia con LA ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.*

*3º Causa de la petición.*

*4º HECHOS ADMINISTRATIVOS. Definición del Decreto 01 de 1984.*

*5º ACTO ADMINISTRATIVO DE DIFICIL COMPROBACION.*

*DEVOLUCION DE LO INDEBIDAMENTE PAGADO. TRIBUTOS. ACCION PERTINENTE.*

*Tal vez una de las consecuencias de la supresión del juicio especial de impuestos y su incorporación en el artículo 85 (Decreto 01 de 1984) es que, es principio y de preferencia, los conflictos tributarios deben debatirse a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, incluidas las cosas de "devolución de lo que pagó indebidamente" como se indica en el inciso final de dicho artículo. OBLIGACION TRIBUTARIA. Sujeto pasivo y activo. Obligaciones. LIQUIDACION PRIVADA. El pago de la deuda en ella reconocida, en principio no puede calificarse "COMO PAGO DE LO NO DEBIDO". LIQUIDACION PRIVADA. FIRMEZA. ¿Constituye un hecho?*

*HECHOS ADMINISTRATIVOS. Definición.*

*IMPUESTOS. Liquidación privada. Pago.*

*JURISDICCION. PRESUPUESTO SUSTANCIAL DEL PROCESO. JURISDICCION EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.*

*Finalidad (Decreto 01 de 1984).*

*OBLIGACION TRIBUTARIA.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Magistrada auxiliar: *Doctora Ruth Younes de Salcedo.*

Referencia: Radicación número 0590. Actor: MC Kesson Corporation NIT 90.903.665. Impuestos. Apelación auto inadmisorio de la demanda.

Se resuelve la apelación contra el auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que dispuso inadmitir la demanda mediante la cual MC Kesson Corporation, con NIT 90.903.665, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento que consagra el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, pretende que "...se ordene el restablecimiento de derecho que consiste, en este caso, en la devolución de la suma $ 6.071.864, indebidamente pagados por concepto de impuesto complementario de ganancias ocasionales".

Se fundamenta el Tribunal en que la acción instaurada no es la procedente para los fines pretendidos en la demanda, por cuanto no se da la condición de que exista grave dificultad para probar el acto o hecho administrativo demandado. "En el caso en estudio —dice la providencia— existe una operación administrativa de liquidación que para el año 1981 está constituida por la confirmación de la liquidación privada, respecto de la cual había que solicitar la nulidad para pedir además el restablecimiento del derecho, o sea que la petición segunda no podía hacerse directamente". Aun cuando el Tribunal considera, que la acción viable es la prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, concluye que no hay posibilidad de entender la acción como restablecimiento del derecho, porque el poder fue conferido para ejercitar la acción de reparación directa y cumplimiento y porque "no se demuestran los extremos previstos en la ley para ejercitar la acción correcta".

En la demanda se expusieron los hechos, así:

"3. Mi poderdante presentó oportunamente su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1981, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

"4. En dicha declaración incluyó como parte de sus ingresos (ver anexo Nº 14) la suma $ 15.179.660.oo por concepto de ganancias ocasionales correspondientes a la utilidad sobre los pagos recibidos en el año de 1981 por la venta de acciones realizadas por la sociedad en los años de 1978 y 1979.

"5. En la liquidación privada presenta conjuntamente con su declaración de renta de 1981, determinó (renglón 220 del formulario oficial) la cantidad de $ 6.071.864.oo, monto del impuesto sobre la ganancia ocasional que había sido declarada en ese año.

"6. La declaración privada presentada por la sociedad para el año gravable de 1981 quedó en firme el 23 de abril de 1984 (21 y 22 fueron días inhábiles), por haber transcurrido el término legal (dos años contados a partir de la fecha de presentación de declaración de renta) sin haberse notificado liquidación de revisión.

"7. El 9 de agosto de 1982 se notificó la liquidación de revisión número 102234 correspondiente al año de 1979, en la cual se liquidó impuesto de renta sobre la totalidad de la ganancia ocasional obtenida en la venta de acciones en los años de 1978 y 1979".

.....

A los hechos anteriores agrega que el gravamen determinado oficialmente a la sociedad en el año de 1979, sobre el mismo ingreso

por el cual había pagado impuesto según su liquidación privada de 1981, fue cancelado por la sociedad, la cual no discute ya el derecho de gravar la utilidad en venta de activos en el mismo año en que se realiza y no en el de recibo efectivo.

El recurrente expone su oposición a lo resuelto por el Tribunal, así:

"El estudio de las razones que me llevaron a hacer uso de la acción de reparación directa y cumplimiento y los fundamentos de la demanda no pueden ser objeto de la admisión de la misma, sino que necesariamente requieren un análisis de fondo.

"La negativa de curso o inadmisión de la demanda sólo depende de los requisitos y formalidades previstos en los artículos 137 y siguientes del Decreto 01 de 1984. De manera que sí, como en el caso que me ocupa, todos los requisitos y formalidades a que aluden las normas citadas se han cumplido, la demanda debe ser aceptada".

Del salvamento de voto de la Magistrada Clara González de Barliza a la providencia anterior destaca el libelista: "La debida o indebida escogencia de la acción solamente puede ser calificada en la sentencia para producir un fallo de mérito o inhibitorio".

*Consideraciones de la Sala:*

Los principales interrogantes que se plantean en este juicio son:

—¿Procede o no la acción de "reparación directa y cumplimiento", que regula el artículo 86 del Decreto 01 de 1984, para la solicitud de devolución de lo indebidamente pagado, incluido en la liquidación privada?

—¿El tema de escogencia de la acción debe resolverse *ab initio*, en la admisión de demanda o puede dejarse para el final, en la sentencia?

*La acción de reparación directa para devolución de impuestos:*

Esta acción, que tiene como antecesora la que consagraba el artículo 68 del Código de 1941 con más propiedad, se caracteriza en el estatuto procedimental vigente, según los términos del artículo 86 del Decreto 01 de 1984, en que no es pública sino erigida para proteger el interés particular; a diferencia de la acción de restablecimiento del derecho del artículo 85 que requiere agotar previamente el procedimiento de reclamación ante la administración, en esta permite al ciudadano acudir "directamente" a la jurisdicción. Aunque el artículo relaciona varias posibles pretensiones, en realidad todas tienen como común denominador que se dirigen a "restablecer el derecho", ya sea que se trate de la reparación de un daño por ocupación de inmuebles, o el incumplimiento de un deber de la administración o la devolución de lo indebidamente pagado (esta es la invocada por el demandante).

Se anota además, que el factor que más singulariza esta acción es *la causa* de la petición que debe ser un *hecho* de la administración o un *acto de difícil comprobación.*

Estos últimos elementos han provocado las mayores dificultades en la interpretación y aplicación de la norma. Por "hechos administrativos" debe entenderse sólo "los acontecimientos y las omisiones capaces de producir efectos jurídicos y en cuya realización no influyan de modo directo o inmediato la voluntad o inteligencia" por definirlos así el tercer inciso del artículo 83. El concepto de "acto administrativo de difícil comprobación", calificado con razón por la crítica como elemento de confusión no tiene descripción en la ley y por su carácter subjetivo resulta impreciso e incierto. En materia de impuestos resulta especialmente difícil establecer estos conceptos por cuanto existe y se practica, por lo general, una prolija y minuciosa reglamentación que se desarrolla por escrito, dando lugar a actos impugnables.

Tal vez una de las consecuencias de la supresión del juicio especial de impuestos y su incorporación en el artículo 85 es que, es principio y de preferencia, los conflictos tributarios deben debatirse a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, incluidos los casos de "devolución de lo que pagó indebidamente" como se indica el inciso final de dicho artículo.

Como quiera que para la determinación de la obligación tributaria se requiere la cuantificación de la deuda, la ley señala deberes al sujeto pasivo y correlativas facultades al órgano encargado de hacerla cumplir. La liquidación privada forma parte del contenido de la declaración tributaria, tiene su misma naturaleza, es un hecho debido, un deber formal impuesto por la ley. Mediante la declaración el contribuyente denuncia al Fisco los hechos que son objeto de imposición, ocurridos durante un ejercicio; en la liquidación privada él mismo aplica a su caso concreto el régimen del tributo, estableciendo las bases gravables y el impuesto que le corresponde pagar.

La Administración puede modificarla, dentro del término que le señale la ley, siguiendo el procedimiento establecido, pero el hecho de que no ejercite sus facultades de determinación no significa que incurra en abstención ilegal, ni que convierta en acto administrativo aquella liquidación privada. La liquidación privada constituye un deber legal impuesto al sujeto pasivo del gravamen y el pago de la deuda en ella reconocida, en principio, no puede calificarse como "pago de lo no debido".

Por el transcurso del tiempo, sin que la Administración la modifique, tan sólo por mandato de la ley, adquiere firmeza y ejecutividad sin que la aplicación de este ordenamiento legal signifique el acaecimiento de un "hecho" administrativo o un acto en la modalidad de abstención. Se recuerda que para el artículo 68 del Decreto 01 de 1984, "las liquidaciones privadas que hayan quedado en firme" prestan mérito por jurisdicción coactiva.

En cuanto a la certificación relativa a que la liquidación privada quedó en firme y se convirtió en definitiva, no tiene, como sostiene el Tribunal, el carácter de acto administrativo, por cuanto no decide nada, ni expresa la voluntad del órgano respectivo. Los efectos que la ley asigna a la liquidación privada no se crean, alteran o modifican por la certificación aludida, puesto que ellos surgen directamente de aquella.

En lo que el actor ha insistido, o sea, la "devolución de lo pagado indebidamente", no se ha debatido en la administración, ni constituye un hecho ilegal, ni un acto de difícil comprobación.

Las anteriores consideraciones conducen a esta Sala a no aceptar las peticiones del recurrente, así como apartarse de algunas razones del Tribunal.

*Jurisdicción antes de escogencia de la acción:*

Influida por el principio conocido como el antiformalismo la Sala ha sido partidaria de interpretar las pretensiones del actor para encauzarlas por la acción adecuada, con miras a que el proceso culmine en un fallo de mérito y no en uno inhibitorio.

Este mismo criterio, unido al de economía procesal, hace más exigente el análisis en la etapa de la admisión de la demanda, como lo hizo el Tribunal en el presente caso, pero con las siguientes observaciones adicionales.

La jurisdicción, como función pública de administrar justicia, constituye presupuesto sustancial del proceso, sin el cual no puede iniciarse válidamente. No se trata del punto relativo a la escogencia de la acción, sino de establecer previamente a la admisión de la demanda si queda comprendida dentro del ámbito funcional del órgano ante el cual se formula. De lo contrario, el juez no puede darle curso. El proceso se halla instituido para resolver las pretensiones del demandante mediante sentencia de mérito, la cual sólo puede dictarse como culminación de un proceso válido. No puede postergarse para la oportunidad del fallo el establecimiento del requisito sin el cual el proceso no pudo tener nacimiento.

Conforme al artículo 82 del Decreto 01 de 1984 la jurisdicción en lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias originadas en actos y hechos administrativos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas.

En general supone la ley que los asuntos se controviertan primero con la Administración y apartándose de este esquema, el artículo 86 permite acudir en forma *directa* a la jurisdicción, la cual sólo puede entrar a actuar cuando se dan los presupuestos de la acción allí relacionados. Es por ello que la Sala se detuvo a examinar el elemento de "pago indebido" y al no encontrarlo en el caso de la cancelación del impuesto fijado en la liquidación privada en firme, estima que no puede ponerse en movimiento el aparato jurisdiccional.

Para ello se ha tenido en cuenta la pretensión del demandante dirigida a que se ordene el restablecimiento del derecho que consiste, en la devolución de sumas indebidamente pagadas en la liquidación privada de 1981.

Las reflexiones consignadas llevan a esta Sala a confirmar la inadmisión de la demanda, por razones diferentes a las que adujo el Tribunal.

En virtud de lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Resuelve:*

Confírmase el auto de fecha 18 de enero de 1986, por el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso inadmitir demanda presentada por la sociedad MC Kesson Corporation antes Foresmost MC Kesson Corporation, NIT 90.903.665, para que se ordene la devolución de una suma cuyo pago efectuó según su liquidación privada correspondiente al ejercicio de 1981.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(Se deja constancia que la presente providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha).

*Hernán Guillermo Aldana D.*, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

*CONSULTA EN PROCESOS DE IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS.*

*Esta Corporación decidió, en sentencia de febrero 4 de 1985, que en los procesos judiciales en materia de impuesto de renta y complementarios no cabe el grado de consulta.*

*IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS LIQUIDACION DE REVISION.*

*Facultades de revisión oficiosa.*

*Notificación (art. 29 del Decreto 1651 de 1961).*

*IMPUESTOS. LIBROS DE CONTABILIDAD INSPECCION OCULAR E INSPECCION PERICIAL.*

*Funcionarios que deben realizarlas (art. 123 del Decreto 154 de 1968, art. 8º de la Ley 145 de 1960 en concordancia con el art. 11 del Decreto 2265 de 1969).*

*IMPUESTOS. DIFERENCIAS EN CAMBIO. TRATAMIENTO. Cuando ellas forman parte del costo o son deducciones incurridas en divisas extranjeras (Decreto 437 de 1961, arts. 46 y 160).*

*1º Modalidades que se presentan.*

*2º El AJUSTE CAMBIARIO sólo es deducible cuando se refiere a la importación de mercancías compradas a crédito.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Proyectó: *Doctor Darío Rodríguez Vargas.*

Referencia: Expediente número 0395. Actor: Fábrica de Muebles Artecto S. A. Apelación de la sentencia de enero 28 de 1981 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Revisión de la liquidación de impuestos sobre la renta por el año gravable de 1971. Fallo.

Se resuelve el recurso de apelación propuesto por el apoderado judicial de la sociedad Fábrica de Muebles Artecto S. A., identificada con el NIT número 60.003.202, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca el 28 de enero de 1981, por la cual se accedió parcialmente

a las súplicas de la demanda dentro del juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos sobre la renta y complementarios por el ejercicio fiscal de 1971.

Tal operación está integrada por la liquidación de revisión número 01263 de abril 2 de 1974, la Resolución número A-002026-P de junio 8 de 1976 y la Resolución número R-01673-H de marzo 29 de 1977, originaria esta última de la Dirección General de Impuestos Nacionales.

*Antecedentes:*

La sociedad actora el 3 de abril de 1972 dentro de la oportunidad legal, presentó la declaración de renta y patrimonio del período gravable de 1971. En la liquidación privada contenida en el denuncio rentístico se determinó por impuestos la suma de $ 1.680.516 (fl. 27 del cuaderno de antecedentes administrativos).

La Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, teniendo en cuenta el Acta de visita contable del 11 de marzo de 1974 y los descargos presentados por la sociedad contribuyente, practicó el 2 de abril de 1974 la liquidación de revisión número 01263, en la cual estableció un impuesto a su cargo en la suma de $ 11.732.060 (fls. 4 a 8 del cuaderno principal).

En escrito del 30 de abril de 1975, la compañía actora solicitó la nulidad de la liquidación de revisión por haberse enviado a una dirección diferente a la última informada. De otra parte impugnó el desconocimiento de los costos, el rechazo de las deducciones por concepto de pérdida por diferencia en cambio y los intereses pagados. Finalmente objetó las sanciones de inexactitud y por libros de contabilidad, determinadas por los funcionarios de impuestos.

El recurso se desató primero por la Resolución número A-002026-P de junio 8 de 1976 expedida por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá y luego por la Resolución número R-01673-H de marzo 29 de 1977 originaria de la Dirección General de Impuestos Nacionales, que agotó la vía gubernativa.

*La demanda:*

Por médio de apoderado judicial el 4 de agosto de 1977, la sociedad acudió en acción de revisión de impuestos ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, invocando como normas violadas, los artículos 29, 89 y 139 del Decreto 1651 de 1961; 70 y 330 del Código de Procedimiento Civil; 50 y 123 del Decreto 154 de 1968; 8º de la Ley 145 de 1960; 11 del Decreto 2265 de 1969 y 160 del Decreto 437 de 1961.

Pretende la parte actora que se declare en primer término, la invalidez de la liquidación de revisión número 01263 de abril 2 de 1974, por el hecho de haber sido notificada por edicto, sin la debida citación al apoderado especial de la Compañía y en consecuencia la notificación sólo vino a surtirse por conducta concluyente, después de haber transcurrido el término de tres meses que señala el artículo 29 del Decreto 1651 de 1961.

A continuación considera también procedente, la invalidez del acto de liquidación de impuestos, por haber sido practicada la diligencia de inspección contable por funcionario que no reunía la calidad de contador público, violando las normas que regulan la profesión de la Contaduría, y por ende se desestimaron unos costos en la suma de $ 6.406.224, infringiendo el artículo 89 del Decreto 1651 de 1961.

Por último solicita, se acepten como deducción los intereses pagados en préstamos obtenidos para la adquisición de acciones que a su vez generaron renta gravable, y la deducción por pérdida por la diferencia en cambio, en los términos del artículo 160 del Decreto 437 de 1961. No da muchas explicaciones sobre estas presuntas violaciones, aunque insiste en la ilegalidad del rechazo de las partidas referidas en los hechos del libelo, por cuanto en su sentir de deducciones son procedentes porque se trata de préstamos que fueron utilizados en la compra de activos fijos.

*La sentencia de primera instancia:*

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, aceptó únicamente de las pretensiones de la demanda, la deducción por concepto de los intereses pagados en la suma de $ 1.070.944, originados en la deuda contraída para compra de acciones.

Consideró el *a quo*, que los intereses para ser deducibles requieren además de guardar relación de causalidad con la renta declarada, cumplan los requisitos de los artículos 15 y 27 del Decreto 1366 de 1967. Evento que se presenta en el caso de autos, según el Tribunal.

En relación con la solicitud de invalidez de la liquidación de revisión, por haber sido practicada la inspección contable por funcionario que no ostentaba la condición de contador público, observó el Tribunal, que el artículo 123 del Decreto 154 de 1968, no exige que el funcionario que practique la visita sea contador, sino más bien sea un empleado a quien se haya comisionado por parte de la dependencia competente, para practicar la inspección contable.

Agrega el *a quo* en lo atinente con la nulidad del acto de liquidación de impuestos, por no habérsele notificado el apoderado especial de la compañía, que el artículo 29 del Decreto 1651 de 1961, establece al respecto que la notificación deberá efectuarse personalmente al contribuyente, y si ello no es posible se hará por edicto. Por lo tanto no ve el Tribunal ninguna irregularidad en el evento a estudio.

Finalmente en cuanto a los costos en la suma de $ 6.406.224 y deducciones solicitadas en concepto de pérdida por diferencia en cambio, mantuvo su rechazo por no estar ajustadas a la ley fiscal para su reconocimiento.

*Apelación:*

Interpuso el recurso de alzada, fue sustentado por el apoderado judicial de la parte actora, quien reiteró sus planteamientos inicialmente formulados en la demanda, relacionados con la calidad que debe tener el funcionario de impuestos al realizar la inspección contable al tenor de lo establecido en los artículos 8º y 9º de la Ley 145 de 1960.

*Oposición:*

Durante el trámite de la apelación se constituyó en parte impugnadora, el delegado de la Dirección General de Impuestos Nacionales, quien solicitó la confirmación de los actos administrativos expedidos en la vía gubernativa por encontrarse acordes con la realidad procesal.

*Concepto fiscal:*

Por su parte el señor Fiscal Tercero ante esta Corporación, rindió concepto de fondo, solicitando la modificación del fallo apelado en el sentido de aceptar la deducción por pérdida de diferencia en cambio por la suma de $ 1.210.000 pues considera, que estos ajustes no se refieren al uso de divisas extranjeras para pagar gastos, sino más bien para obtener préstamos en el exterior con la finalidad de adquirir acciones que han generado renta gravable. En los demás aspectos de la demanda pide la confirmación, pues comparte el criterio del Tribunal de instancia.

*Se considera:*

La litis contiene cinco aspectos que se estudiarán separadamente:

1º Invalidez de la liquidación de revisión, por indebida notificación.

2º Nulidad del acto de liquidación de impuestos, por irregularidades en la diligencia de inspección contable.

3º Rechazo de los costos solicitados en la suma de $ 6.406.224.

4º Desconocimiento de la deducción por intereses en cuantía de $ 1.070.944.

5º Rechazo de la deducción en concepto de diferencia en cambio, en la suma de $ 1.210.000.

1º *Invalidez de la liquidación de revisión, por indebida notificación:*

Alega el apoderado de la parte actora, la invalidez de la liquidación de impuestos, por no haberse enviado la citación previa para recibir la notificación a la dirección informada por él, al contestar el acta de visita contable, violando con este proceder los artículos 29 y 139 del Decreto 1651 de 1961, 70 y 330 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre este particular, observa la Sala que el artículo 29 del Decreto 1651 de 1961 consagra la facultad de revisión oficiosa, delegable por medio de la cual el Director de Impuestos Nacionales dentro de los dos años siguientes a la fecha de presentación del denuncio rentístico, puede revisar, por una sola vez, las liquidaciones oficiales de impuesto sobre la renta y sus complementarios, con el fin de adicionar bienes y rentas omitidos por la contribuyente o corregir errores por los cuales se haya ocasionado un menor impuesto.

A su turno el inciso 3º del artículo en comento, establece la forma de notificación de la liquidación de revisión, la que puede asumir varias modalidades, personal o por edicto. Para la notificación personal, debe enviarse una nota de citación dirigida a la dirección informada en la última declaración de renta. Si la contribuyente no concurre a la notificación personal dentro del término señalado en la citación, ésta se hará por edicto.

La Sala comparte lo expuesto por el Tribunal y por su colaborador fiscal, pues al estudiar con detenimiento la forma como la Administración procedió a notificar la liquidación de revisión número 01263 de abril 2 de 1974, se observa que la Sección de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, envió a la sociedad demandante el Oficio número 003196 el 3 de abril del citado año, a la calle 26 número 35-33 de esta ciudad, domicilio fiscal informado en la declaración de renta de la actora, visible a folio 22 del cuaderno de antecedentes administrativos, y como el representante legal no compareció a notificarse dentro de los diez (10) días siguientes, los funcionarios de impuestos procedieron a notificarla por edicto, fijado el 23 de abril de 1974 y desfijado el 30 del mismo mes y año (fls. 122 del cuaderno de antecedentes y 5 del cuaderno principal).

En estas condiciones, no puede sostenerse la invalidez de la notificación por edicto, pues la Administración podía enviar el aviso de citación, o a la dirección señalada en la respectiva declaración de renta, o a la dirección informada por el apoderado de la firma. Además la liquidación de impuestos fue notificada dentro de los tres meses siguientes a la expiración del término de revisión, según el inciso 4º del artículo 29 citado.

De otra parte, no cabe duda que los interesados tuvieron conocimiento oportuno de la existencia de la liquidación de revisión, pues ejercitaron los recursos gubernativos dentro de los términos de ley, lo que muestra que la notificación cumplió sus efectos por conducta concluyente (art. 12 del Decreto 2733 de 1959), y en consecuencia no se lesionó el derecho de defensa de la actora. No prospera este cargo.

2º *Nulidad del acto administrativo de liquidación de irregularidades en la diligencia de inspección contable:*

Alega la parte actora, la nulidad de la liquidación de revisión, pues en su sentir la inspección contable que practicó a la sociedad contribuyente el funcionario de impuestos fue realizada sin que tal empleado reuniese la calidad de contador público, con ello se violó los artículos 123 del Decreto 154 de 1968, 8º de la Ley 145 de 1960 y 11 del Decreto 2265 de 1969.

Para la Corporación, lo decidido por el *a quo* en lo atinente a este punto, que fue acogido por el señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado, se ajusta a derecho.

En efecto, el artículo 123 del Decreto 154 de 1968, no exige que la diligencia de inspección ocular a los libros de contabilidad de los contribuyentes, se practique por funcionario que tenga la condición de contador público, tan sólo requiere que el funcionario administrativo esté debidamente autorizado para ello, evento que se presenta en el caso *sub júdice.*

Ahora bien, el artículo 8º de la Ley 145 de 1960, en concordancia con el artículo 11 del Decreto 2265 de 1969, se refiere a los casos en los cuales se practique una inspección pericial, que sí requiere la autorización de un contador público, situación diferente a la diligencia de inspección contable llevada a cabo por la investigadora tributaria Mercedes Méndez de Yejas, debidamente comisionada por la oficina competente, para verificar algunos hechos de la sociedad demandante.

A lo anterior sólo resta agregar, que las nulidades son de interpretación restrictiva y que el hecho invocado por la parte actora, no está erigido dentro de las normas tributarias como causal de nulidad de la actuación administrativa, para que así pueda declararse.

3º *Rechazo de los costos solicitados en la suma de $ 6.406.224:*

Sostiene el apoderado de la firma demandante, que en la vía gubernativa se solicitó la práctica de una inspección ocular a los libros de contabilidad, con intervención de peritos de la Dirección General de Impuestos Nacionales, sin que las autoridades fiscales la decretaran ni la practicaran, con violación del artículo 89 del Decreto 1651 de 1961, pues la efectuada por la Administración se realizó sin la participación de contadores públicos. No explica el actor en más detalles los razonamientos de esta violación.

Las autoridades tributarias desestimaron la partida en mención por concepto de costos, puesto que según la liquidación de revisión la sociedad actora estableció el costo de la mercancía vendida por el sistema de juego de inventarios y como no lleva inventarios permanentes, pues no reposan las tarjetas de control que exige el artículo 40 del Decreto 437 de 1961, no son aceptables los ajustes hechos, toda vez que compensa las pérdidas con el correspondiente aumento del costo de ventas.

El Tribunal de instancia denegó el cargo, porque en su sentir la Administración, ya había practicado esa prueba dentro de su facultad oficiosa, y reiteró lo dicho en relación con la diligencia de inspección contable practicada por funcionario que no tiene la calidad de contador público.

Acoge la Sala el criterio del *a quo* y del señor Agente del Ministerio Público, pues no encuentra violación alguna de la norma invocada como infringida, por los funcionarios de impuestos. La diligencia de inspección ocular a los libros de contabilidad de la empresa, fue ejercida oficiosamente dentro de las facultades de que está investida la Administración tributaria, por parte de sus funcionarios, quienes levantaron un acta y dieron un acta y dieron traslado de ella a la contribuyente para que presentara sus descargos, y con base en dicha acta y en los descargos respectivos, procedió a practicar la revisión de la liquidación oficial, en los términos y circunstancias del artículo 29 del Decreto 1651 de 1961. En consecuencia no prospera el cargo, debe confirmarse en este aspecto la sentencia.

4º *Intereses desestimados como deducción por valor de $ 1.070.944:*

Como la apelación procede únicamente de la parte actora, la Sala se abstiene de hacer consideraciones sobre este punto de la litis, que

fue resuelto en forma favorable a las pretensiones de la demanda por parte del Tribunal. Esta Corporación decidió, en sentencia de 4 de febrero de 1985, que en los procesos judiciales en materia de impuesto de renta y complementarios no cabe el grado de consulta. Por esta razón, al surtirse la apelación interpuesta solamente por la demandante, no es posible entrar a estudiar sino los aspectos que fueron adversos a la actora.

5º *Desconocimiento de la deducción por concepto de diferencia en cambio en la suma de $ 1.210.000:*

Los funcionarios desestimaron esta partida, porque consideraron que los ajustes en cambio son deducibles cuando se originen en créditos para importación de mercancías, de conformidad con lo estatuido en el artículo 46 del Decreto 437 de 1961, y como en el presente caso este ajuste se originó en la compra de acciones, operación que no se encuentra dentro del objeto social de la compañía.

El Tribunal por su parte, argumentó que según los artículos 46 y 160 del Decreto 437 de 1961, los ajustes de cambio producidos en diferencia de tasas de cambio, por préstamos obtenidos en divisas extranjeras, son deducibles cuando se adquieran para cancelar costos o deducciones.

El Ministerio Público consideró al respecto, que era del caso aceptar este rubro, habida cuenta de que los ajustes se hicieron para pagar intereses de préstamos obtenidos en el exterior, para compra de acciones, la cual se halla dentro de la actividad social de la empresa.

Los artículos 46 y 160 del Decreto 437 de 1961 disponen el tratamiento fiscal que debe dársele a las diferencias en cambio, cuando ellas forman parte del costo o son deducciones incurridas en divisas extranjeras.

El artículo 46 citado establece:

"Los pagos hechos en dólares u otras divisas extranjeras se estimarán, al determinar el costo de quien hace los pagos, por el precio de adquisición en moneda colombiana de las respectivas divisas.

"Cuando se compren o importen a crédito mercancías que deban ser pagadas en divisas extranjeras, los saldos pendientes de pago en 31 de diciembre de cada año gravable, se ajustarán tanto en el activo como en el pasivo, al valor comercial en 31 de diciembre que para las respectivas divisas fije la División de Impuestos Nacionales.

"En la fecha en que se realice el pago de las deudas a que se refiere el inciso anterior, el contribuyente deberá hacer el correspondiente ajuste en la cuenta de compra de mercancías, o de pérdidas y ganancias, según que estén en existencia o que se hayan vendido, por la diferencia entre el valor en pesos colombianos efectivamente pagado y el valor que se encuentre acreditado al respectivo proveedor por concepto de las mercancías a que los pagos se refieran.

"El contribuyente deberá acompañar a su declaración de renta y patrimonio copia de los asientos de contabilidad referentes a los ajustes previstos en este artículo.

"Parágrafo. Las utilidades o pérdidas provenientes de la utilización de divisas de la adquisición de mercancías, cuando aquellas constituyan activos movibles para el contribuyente, se tomarán en cuenta al determinar la renta líquida gravable de éste".

Por otra parte el artículo 160 del Decreto 437 de 1961 estatuye:

"Los pagos hechos en dólares u otras divisas extranjeras se estimarán, el determinar la deducción de quien hace los pagos, por el precio de adquisición en moneda colombiana de las respectivas divisas.

"Cuando existan deudas por concepto de deducciones que deban ser pagadas en divisas extranjeras los saldos pendientes de pago en 31 de diciembre de cada año gravable, se ajustarán por pérdidas y ganancias, y la cuenta por pagar, al valor comercial en 31 de diciembre, que para las respectivas divisas fije la División de Impuestos Nacionales.

"En la fecha en que se realice el pago de las deudas a que se refiere el inciso anterior, el contribuyente deberá hacer el correspondiente ajuste por pérdidas y ganancias, y la cuenta por pagar respectiva, por la diferencia entre el valor en pesos colombianos efectivamente pagado y el valor de la deducción a que los pagos se refieren.

"El contribuyente deberá acompañar a su declaración de renta y patrimonio, copia de los asientos y contabilidad referentes a los ajustes previstos en este artículo.

"Parágrafo. Las utilidades o pérdidas provenientes de la utilización de divisas extranjeras en el pago de deducciones, cuando aquellas constituyan activos movibles para el contribuyente, se tomarán en cuenta al determinar la renta líquida gravable de éste".

En este orden de ideas, observa la Sala que las diferencias en cambio ocurridas por las deudas que deba pagarse en moneda extranjera deben tratarse fiscalmente para las siguientes modalidades, por:

1º Importación de mercancías a crédito.

2º Importación de activos fijos a crédito (maquinaria y equipo).

3º Divisas obtenidas en el exterior para la compra de mercancías, maquinaria y equipo.

4º Gastos en el exterior que deben pagarse en divisas.

5º Créditos obtenidos en el exterior para el pago de gastos realizados en moneda extranjera.

6º Divisas obtenidas a crédito y convertidas en pesos colombianos para sufragar los gastos generales de un negocio o empresa.

En el caso que se examina, la compañía solicitó en la vía gubernativa el reconocimiento de la deducción, por diferencia en cambio, originada en las deudas contraídas con la sociedad extranjera Manufactures Hanover Trust Co., de US$ 1.000.000 y que fue aplicada íntegramente a la compra de acciones en el país.

Sobre este particular, acompañó junto con la adición al denuncio rentístico, cuatro (4) asientos contables firmados por el revisor fiscal de la sociedad contribuyente, y dos notas créditos del Banco de Colombia, por concepto de pago de acciones en éste (fls. 275 a 288 del C. C. A.).

La Corporación ha tenido oportunidad de estudiar y resolver en diversos fallos lo relacionado con la deducción en materia de diferencia en cambio. En sentencia de mayo 20 de 1983, con ponencia del Consejero doctor Enrique Low Murtra, al comentar el artículo 46 del Decreto 437 de 1961, expuso lo siguiente: "La Sala encuentra correcta la actuación del Tribunal. El ajuste cambiario sólo es deducible cuando se refiere a la importación de mercancías compradas a crédito. El artículo 46 del Decreto 437 de 1961 restringe la deducción a este caso. *No acepta el ajuste de cambios en casos en los cuales la diferencia cambiaria no obedece propiamente a compras de mercancías sino a otros fenómenos con frecuencia ajenos al giro ordinario de los negocios.* Es natural que en esos casos la modificación del cambio no se acepte como deducción bien porque no representa en extricto sentido una expensa necesaria, o bien porque, aún siendo gasto ligado a la operación de la empresa pudo haberse realizado sin incurrir en un costo cambiario con efectos nocivos en la balanza de pagos..." (subrayamos).

En sentir de la Sala, el Tribunal de instancia actuó correctamente al no acceder a la petición de la parte actora, puesto que la compañía en el caso *sub júdice* no se encuentra en ninguna de las modalidades de deducciones que deban ser pagadas en divisas extranjeras al tipo de cambio vigente a la fecha en que se realice el pago.

De otra parte, en los antecedentes examinados no aparece que las divisas adjudicadas en préstamo para la adquisición de acciones hayan constituido para la sociedad demandante un activo movible, o sea, que ella normalmente dentro del giro ordinario de sus negocios se hubiese dedicado a la compra y venta de acciones, toda vez que el objeto principal de la firma lo constituye, la importación, exportación y venta de toda clase de muebles y de materias primas, accesorios y elementos que se empleen en la fabricación de esos muebles, lo que unido a las razones expuestas llevaran a confirmar el fallo apelado.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Falla:*

*Confírmase* en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, el 28 de

enero de 1981, dentro del proceso de revisión de impuestos de la sociedad Fábrica de Muebles Artecto S. A.

Cópiese, notifíquese, 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.

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Jaime Abella Zárate.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*IMPUESTOS. COMPARACION PATRIMONIAL (Artículo 74 del Decreto 2053 de 1974).*

*IMPUESTOS, OBLIGACIONES CIVILES O COMERCIALES PARA EFECTOS TRIBUTARIOS. PRUEBA (Decreto-ley 1651 de 1961, artículo 81).*

*IMPUESTOS. DECLARACION DE RENTA. DOCUMENTOS QUE LA RESPALDAN. CONSERVACION (Decreto 2053 de 1974. Artículo 124).*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., diez de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Proyectó: *Doctor Darío Rodríguez Vargas.*

Referencia: Expediente número 0343. Actor: Cortés Goldsworthy Hermanos Limitada. Apelación de la sentencia de 27 de noviembre de 1985, del Tribunal Administrativo de Caldas. Revisión de la liquidación de impuestos de renta por el año fiscal de 1979. Fallo.

Se resuelve el recurso de apelación propuesto por la sociedad *Cortés Goldsworthy Hermanos Limitada,* identificada con el Nit. número 90.803.967, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas, el 27 de noviembre de 1985, por la cual denegó las súplicas de la demanda dentro del juicio de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuestos sobre la renta, por el año gravable de 1979.

Tal operación administrativa, está integrada por la Liquidación de Revisión número 000431 de julio 21 de 1982 emanada de la Sección de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales, y de la Resolución número 114 de septiembre 30 de 1983, originaria de la División de Recursos Tributarios de la citada administración.

*Antecedentes:*

La sociedad actora el 14 de abril de 1980 presentó declaración de renta y patrimonio, por el año fiscal de 1979, ante la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales. En su liquidación privada se determinó por impuestos a su cargo la suma de $ 45.062 (fls. 1 a 5 del cuaderno núm. 3).

La mencionada administración, le envió el Requerimiento Especial número 000486 el 6 de abril de 1982, a fin de que comprobara el pasivo denunciado en la suma de $ 2.096.690 a favor de la sociedad "El Descanso Limitada", y la determinación consecuente de la renta gravable por el sistema de comparación patrimonial (Fl. 12 del cuaderno núm. 3).

La sociedad contribuyente dio respuesta al anterior requerimiento, por medio de escrito fechado el 12 de julio de 1982 y acompañó una fotocopia autenticada de la declaración de renta de la sociedad "El Descanso Limitada" (Fls. 13 a 21).

A su turno la Sección de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionales de Manizales, teniendo en cuenta el Requerimiento Especial número 000486 de abril 6 de 1982 y el memorial de respuesta presentado por la contribuyente, practicó el 21 de julio del citado año, la Liquidación de Revisión número 000431, determinando la renta por el sistema especial de comparación patrimonial, al rechazar el pasivo por $ 2.096.690 a favor de la sociedad "El Descanso Limitada", por cuanto consideró que la prueba aportada carecía de valor probatorio y en consecuencia debió acompañar el documento de fecha cierta donde constara dicho crédito (Fls. 31 y 32).

Contra esta liquidación, la compañía actora interpuso recurso de reconsideración, mediante memorial radicado el 21 de septiembre de 1982. En dicho escrito impugnó el rechazo del pasivo y la determinación de la renta de comparación patrimonial (Fls. 33 y 34, 48 a 50).

La división de Recursos Tributarios de la mencionada administración, por medio de Resolución número 114 de septiembre 30 de 1983, confirmó la actuación del funcionario liquidador, considerando que el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, impone a los contribuyentes el deber de conservar por dos años los documentos correspondientes a la cancelación de las deudas.

A renglón seguido, destaca la administración, que en el caso a estudio la obligación crediticia, debía constar en algún documento, no sólo porque así lo ordena el artículo mencionado, sino porque dada la calidad de comerciante del acreedor (art. 19 del C. de Co.), debió haber emitido documentos contables de orden externo que registrara el préstamo.

A continuación señalan las autoridades tributarias, que carece de lógica el que un crédito por más de dos millones de pesos, se otorge sin ninguna clase de garantía para el acreedor.

Finalmente, la oficina de Recursos Tributarios estimó que la sociedad "El Descanso Limitada", fue creada con el propósito de servir de evasión fiscal a terceros, puesto que declaró al cabo de nueve meses de constituida un patrimonio de $ 57.000.000, cuando su capital inicial era de $ 10.000 (Fls. 51 a 59).

Y en relación con la prueba aportada a los autos, los funcionarios de impuestos afirman que la declaración de renta de la sociedad "El Descanso Limitada", es un documento apócrifo, pues quien apare-

ce firmando el formulario el 25 de agosto de 1981 en calidad de representante legal, ya había fallecido en el año de 1978, según certificación de la Registraduría del Estado Civil.

*Súplicas y fundamentos de la demanda:*

Ante la decisión final de las oficinas gubernativas, la sociedad contribuyente acudió el 6 de febrero de 1984 ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas, en acción de revisión de impuestos. Invocando como normas violadas, los artículos 74 y 124 del Decreto 2053 de 1974 y 116 del Decreto 187 de 1985.

Sostiene la demandante, que en la declaración de renta el pasivo denunciado a su cargo y a favor de la sociedad "El Descanso Limitada", por valor de $ 2.096.690 reunía los requisitos indicados en el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974.

Agrega a continuación, que en la etapa gubernativa envió fotocopia autenticada de la declaración de renta de la citada compañía, en la cual aparece relacionado el crédito con su identificación y valor correspondiente.

Arguye la actora, con relación a las razones esgrimidas por la administración para mantener el rechazo del pasivo, que las oficinas de impuestos condicionaron su aceptación a los hechos que debe cumplir un tercero, pues las obligaciones y derechos de uno no pueden depender de otro.

Igualmente, estimó que la comparación patrimonial reglada en el artículo 74 del Decreto 2053 de 1974, se refiere a los patrimonios líquidos declarados por la contribuyente, y no los determinados por la administración, violando con este proceder el inciso 2 del artículo 91 del Decreto 187 de 1985, porque en su sentir la ley no hace alguna distinción para estos efectos (Fls. 20 a 25 del cuaderno núm. 4).

*La sentencia de primera instancia:*

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas, en sentencia proferida el 27 de noviembre de 1985, denegó las pretensiones de la demanda, pues consideró procedente remitirse a los argumentos expuestos en el fallo de junio 20 de 1985, de esa Corporación, por tratarse de las mismas situaciones de hecho y de derecho.

Al examinar el primer punto el *a quo*, llegó a la conclusión de que el pasivo solicitado por la sociedad actora, por concepto del crédito otorgado a su cargo por la sociedad "El Descanso Limitada", en la suma de $ 2.096.690, era inexistente, porque no fue comprobado debidamente en la vía gubernativa ni en la etapa jurisdiccional.

La sentencia de primera instancia, estimó al respecto, que a la fecha de presentación de la declaración de renta de la sociedad acreedora "El Descanso Limitada" (agosto 25 de 1981), la persona que aparece suscribiéndola como José Ignacio Echeverry Quintero, había fallecido en el año de 1980, según constancia de la Registraduría del Estado Civil.

Destaca a continuación el *a quo*, que la prueba arrojada al proceso (declaración de renta de la sociedad "El Descanso Ltda."), tampoco demuestra la existencia del pasivo, pues no bastaba con la observancia de los requisitos formales de identidad y monto de la deuda, sino que era imperioso acompañar el instrumento documental que sirviera de soporte a la obligación crediticia.

En consecuencia, el Tribunal *a quo* confirmó la actuación de los funcionarios de impuestos, al determinar la renta por el sistema especial de comparación patrimonial (fls. 34 a 51 del juicio).

*Sustentación del recurso de apelación:*

Durante el término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la apoderada judicial de la sociedad actora, interpuso recurso de apelación, que fue sustentado en escrito de enero 27 de 1986.

Reitera los argumentos expuestos en la demanda y que corre a folios 19 a 25 del juicio.

*Vista fiscal:*

Surtido el trámite al Ministerio Público, la Fiscalía Sexta ante esta Corporación, en su concepto propuso confirmar la sentencia del Tribunal.

Después de hacer un recuento de la actuación administrativa, anota que la prueba idónea del pasivo era la documental, tal como lo sostuvo la Administración (fls. 62 a 66 del juicio).

*Para resolver se considera:*

El punto básico de la demanda, surge de la aplicación del sistema de comparación de patrimonios determinados por la Administración al rechazarle a la sociedad demandante el pasivo por la suma de $ 2.096.690, que denunció a favor de la sociedad "El Descanso Ltda.", en su declaración de renta del año gravable de 1979.

En el expediente, se observa que a la compañía actora, se le solicitó mediante requerimiento ordinario del artículo 30 de la Ley 52 de 1977 y posteriormente por requerimiento especial, la comprobación del pasivo solicitado en el denuncio rentístico, advirtiéndole que la falta del mismo le acarrearía la determinación de la renta por el sistema especial de comparación de patrimonios.

Como en el caso de estudio, la contribuyente no demostró plenamente la existencia del pasivo, en la etapa de determinación del impuesto, el funcionario liquidador determinó la renta en la siguiente forma (fl. 32 del cuaderno Nº 3):

| | |
|---|---|
| Patrimonio líquido a 31 de diciembre de 1979 . . . . . | $ 4.725.310.oo |
| Más pasivo rechazado . . . . . | $ 2.096.690.oo |
| Patrimonio fiscal a 31 de diciembre de 1979 . . . . . | $ 6.822.000.oo |
| Patrimonio líquido a 31 de diciembre de 1979 . . . . . | $ 1.000.000.oo |
| DIFERENCIA | $ 5.822.000.oo |
| Menos reajuste 24.4% sobre $ 3.000.000.oo . . . . . | $ 732.000.oo |
| RENTA GRAVABLE . . . . . | $ 5.090.000.oo |

Para desvirtuar la aplicación del anterior sistema, la actora argumentó, tanto en el trámite jurisdiccional como en la precedente etapa gubernativa, en relación con el rechazo del pasivo frente al aspecto probatorio, que no todas las deudas debían estar amparadas por documentos de fecha cierta, pues los hechos consignados en declaraciones de terceros, se tendrían como testimonio, y por ende la declaración de renta aportada a los autos, era plena prueba para demostrar la deuda.

Acoge la Sala la decisión del *a quo* y el concepto del Agente del Ministerio Público. A lo dicho por uno y otro agrega lo siguiente:

En efecto, el artículo 124 del Decreto 2053 de 1974, obliga a los contribuyentes a conservar por el tiempo de la revisión oficiosa, los documentos correspondientes a las deudas declaradas, luego podía la Administración en ejercicio de su facultad de investigación tributaria, exigir su comprobación, más aún, cuando la sociedad actora en la contestación al requerimiento especial número 000486 manifestó: "...en el denuncio rentístico del año de 1979 de la sociedad que represento, sí ejerció actividades mercantiles que la obligaban a llevar libros de contabilidad debidamente registrados..." (fl. 14 del cuaderno Nº 3).

Así las cosas, es evidente que la sociedad Cortés Goldsworthy Hermanos Ltda., para demostrar plenamente el pasivo solicitado, dadas las irregularidades planteadas en la vía gubernativa, sobre la declaración de renta de la sociedad "El Descanso Ltda.", que podría estarse en presencia de la comisión de hechos delictuosos, que acarrean investigación penal, y de otra parte el hecho de que las declaraciones de terceros tienen mero valor testimonial, debió allegar en primer término, fotocopia autenticada del documento de fecha cierta de la obligación (inciso 2º, art. 76 del Decreto 1651 de 1961), pues es innegable que las obligaciones civiles o comerciales para efectos tributarios deben probarse por escrito y por lo tanto no admiten prueba testimonial, conforme con el artículo 81 del Decreto-ley 1651 de 1961.

En segundo término, ha debido acompañar copia de los asientos contables certificados por contador público y copia de los comprobantes externos que probaran la realidad del pasivo solicitado, pues la ley tributaria da validez plena a la prueba contable que esté respaldada por comprobantes internos y externos.

En el caso *sub lite*, no era suficiente acompañar la declaración de renta del tercero, si no estaba respaldada con otros medios de prueba como se acaba de analizar, ya que esta carga le correspondía a la sociedad contribuyente.

En tales condiciones, como no se halla demostrada la existencia del pasivo a favor de la sociedad "El Descanso Ltda.", era procedente establecer la renta por el sistema de comparación patrimonial.

De otra parte como bien lo anota el Agente del Ministerio Público, la confrontación patrimonial debe establecerse entre el patrimonio líquido determinado por las oficinas de impuestos para la vigencia fiscal discutida y el inmediatamente anterior, de conformidad con lo estatuido en el artículo 74 del Decreto 2853 de 1974, y no entre los patrimonios líquidos declarados, como pretende la apoderada de la actora.

Para la Sala la sentencia del Tribunal de instancia, se ajusta a derecho y a la realidad del proceso.

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* en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas, el 27 de noviembre de 1985, dentro del proceso de revisión de impuestos de la sociedad Cortés Goldsworthy Hermanos Limitada, identificada con el NIT número 90.803.967.

Cópiese, notifíquese, 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.

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*ACTO ADMINISTRATIVO. De determinación tributaria no es hoy materia de procedimiento especial sino que le es aplicable el régimen común para todos los actos administrativos.*

*DEBIDO PROCESO.*

*IMPUESTOS. Presunción de veracidad.*

*IMPUESTOS. Requerimiento ordinario o requerimiento especial. Respuesta (Decreto 933 de 1981, art. 1º).*

*IMPUESTOS. Determinación tributaria. Nulidad de los actos.*

*IMPUESTOS. Cruce de información.*

*IMPUESTOS. Datos en declaraciones de terceros o en respuesta de estos a requerimientos administrativos. Valor probatorio.*

*PRUEBA TESTIMONIAL. Se tiene como tal los datos consignados en declaraciones de terceros o en respuesta a estos a requerimientos administrativos (art. 80 del Decreto 1651 de 1961).*

*PRUEBAS. PRINCIPIOS DE PUBLICACION Y CONTRADICCION DE LA PRUEBA (art. 33 de la Ley 52 de 1977).*

*NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DETERMINACION TRIBUTARIA. VIA GUBERNATIVA Y VIA JURISDICCIONAL.*

*1º Ley 52 de 1977. Artículo 57.*

*2º Decreto 01 de 1984. Artículo 84.*

*3º LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DETERMINACION TRIBUTARIA NO SON HOY MATERIA DE PROCEDIMIENTO ESPECIAL SINO QUE LES SON APLICABLES EL REGIMEN COMUN PARA TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.*

*4º REQUERIMIENTO ORDINARIO O ESPECIAL: RESPUESTA (Decreto 933 de 1981, art. 1º). Demostración de los hechos de que trata el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974.*

*Finalidad del requerimiento especial. PRESUNCION DE VERACIDAD. PRINCIPIOS DE PUBLICACION Y CONTRADICCION DE LA PRUEBA (art. 33 de la Ley 52 de 1977).*

*CRUCE DE INFORMACION. No es en sí una prueba.*

*DATOS CONSIGNADOS EN DECLARACIONES DE TERCEROS O EN RESPUESTA DE ESTOS A REQUERIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. Se tendrán como testimonios, sujetos a los principios de publicación y contradicción de las pruebas (art. 80 del Decreto 1651 de 1961, concordante con el art. 36 inciso 1º de la Ley 52 de 1977).*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 1323. Actor: Representaciones Financieras S. A. —REPFIN—. Apelación. Sentencia. Fallo.

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por el actor de la referencia, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 21 de mayo de 1986, que negó las pretensiones formuladas en su demanda contra la determinación del impuesto de renta a su cargo por el ejercicio de 1979.

Las peticiones iniciales del demandante se concretaron así:

1º Que sea anulada la liquidación de revisión número 101339 de julio 5 de 1982, producida por la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, así como las resoluciones que conocieron y fallaron los recursos gubernativos.

2º Que para restablecer el derecho lesionado por los mencionados actos administrativos se practique una liquidación en la cual se determine el impuesto de renta correspondiente al año gravable de 1979.

Alegó la violación de las siguientes normas:

*Artículo 26 de la Constitución Nacional.* Porque no se observaron en su plenitud las formas del proceso, habida cuenta de que la Dirección de Impuestos Nacionales al estudiar y resolver la consulta de la providencia que falló el recurso contra la liquidación, no tuvo elementos de juicio para confirmarla, hecho que se demuestra con el oficio de agosto 24 de 1984, remisorio del expediente, en el cual se advierte *"se pasa como completo* con el fin de que sea repartido para fallo lo antes posible, porque si bien es cierto que carece de algunos documentos como son la declaración de renta inicial, la contestación al requerimiento especial y anexos del recurso de reconsideración y que algunos de los demás antecedentes administrativos se encuentran en fotocopias y copias *por la premura del tiempo* considero que debe estudiarse con lo que posee" (Destaca el libelista).

*Artículo 33 de la Ley 52 de 1977.* Por desconocimiento de la presunción de veracidad que ampara las declaraciones tributarias.

*Artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.* Porque la Administración no aplicó el principio de que las negaciones indefinidas no requieren prueba.

*Artículo 62 del Decreto 1651 de 1961.* Ya que las dudas provenientes de vacíos probatorios existentes al momento de practicarse la liquidación y de fallarse el recurso no se absolvieron a favor de la contribuyente sino en su contra.

*La sentencia impugnada:*

El Tribunal seccional en la sentencia apelada negó el primer cargo por considerar que "el hecho alegado no coincide con la causal invocada". Los hechos expuestos en la demanda configurarían un deficiente análisis de pruebas que no generaría nulidad, en razón de la posibilidad de acudir a la jurisdicción para efectos de un nuevo estudio.

Sobre la transgresión de los artículos 33 de la Ley 52 de 1977, 177 del Código de Procedimiento Civil y 62 del Decreto 1651 de 1961, afirma que para la Administración existió la certeza de que la contribuyente omitió ingresos recibidos de Textiles El Cedro S. A., con base en una constancia expedida por la demandante y acompañada a la declaración de aquella, con la cual se desvirtuó la presunción de veracidad de su declaración de acuerdo con lo manifestado por el funcionario que falló el recurso "cuyas afirmaciones no aparecen rebatidas".

No acepta el Tribunal la constancia acompañada a la demanda, proferida por el Revisor Fiscal de la actora sobre el hecho controvertido, por considerar que "...no sirve como prueba por cuanto se limita a contradecir lo informado en una constancia anterior. En consecuencia, sin existir documentos que corroboren su asierto no puede aceptarse la simple afirmación, que por lo tanto no cumple con los requisitos establecidos por el artículo 9º de la Ley 145 de 1960 y 98 de la Ley 9ª de 1983 para que constituya plena prueba".

*Los argumentos de la apelación:*

En el recurso se insiste en la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, porque los actos administrativos no se fundamentaron en los elementos de juicio que debieron ser tenidos en cuenta y por haberse desconocido el valor probatorio de pruebas documentales allegadas al proceso. Respecto de la certificación expedida por REPFIN S. A. a Textiles El Cedro, afirma que versó sobre el hecho de haber recibido comisiones por el valor de $ 207.492; no incluyó suma alguna por concepto de intereses, lo que concuerda exactamente con la constancia del Revisor Fiscal.

*El concepto del Ministerio Público:*

El señor Fiscal Tercero de esta Corporación conceptúa que no hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional puesto que a la contribuyente se le brindaron todas las oportunidades para ejercer su derecho de defensa dentro del procedimiento gubernativo:

a) Por medio del requerimiento especial se le informó que la Administración se proponía modificar la correspondiente liquidación privada, en relación con ingresos omitidos por valor de $ 4.306.375, y se le advirtió que debía comprobar que dentro de los ingresos declarados figuraban intereses y comisiones recibidas de Textiles El Cedro, según cruce de información enviado de Cali, pruebas que debían conformarse a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 933 de 1981 y Circular 005 de mayo 4 de 1981;

b) En la liquidación practicada se advirtió: "En consideración a que el contribuyente no desvirtuó la omisión de ingresos por la suma de $ 4.306.375, ya que en la respuesta número 004387 de junio 2 de 1982 no presentó pruebas, se adicionó a la renta dicho valor, para lo cual se tuvo en cuenta el documento oficial que reposa en esta Administración;

c) La contribuyente interpuso recurso contra la liquidación, el cual fue fallado desfavorablemente, excepto en mínima parte, por medio de providencia que el nivel superior confirmó por vía de consulta. En la vía gubernativa la sociedad se limitó a negar que hubiera recibido ingresos de Textiles El Cedro, sin aportar prueba alguna.

Concluye el señor Fiscal que los actos fueron proferidos por funcionarios competentes y de acuerdo con las normas que rigen el procedimiento de determinación, cuyo análisis efectúa así:

1º "Artículo 33 de la Ley 52 de 1977. Dispone, 'se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, *cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija*' (Destaca la Fiscalía). 'La presunción comentada dejó de operar desde el mismo momento en que la Administración le solicitó a la contribuyente que comprobara que dentro de los ingresos declarados figuran intereses y comisiones recibidas de Textiles El Cedro...'"

De otro lado la Administración desvirtuó la presunción, mediante el análisis de las explicaciones y las pruebas examinadas.

2º Armoniza el señor Fiscal el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil con el artículo 30 de la Ley 52 de 1977 y concluye que las decisiones se fundaron en pruebas obtenidas en ejercicio de las facultades que el segundo otorga a la Administración y que la negativa de la contribuyente sobre la percepción de ingresos provenientes de Textiles El Cedro era susceptible de demostración "mediante un examen de sus propios libros de contabilidad y de los libros de Textiles El Cedro S. A..." tendiente a aclarar por qué esta empresa declaró pagos que no le había hecho.

En cuanto a las dudas probatorias estima el señor Fiscal que si bien los documentos que sirvieron de base a la determinación no fueron enviados para efectos del grado de consulta, sí fueron examinados al practicar la liquidación de revisión y al decidir el recurso de reconsideración. Es un hecho indiscutible, en su concepto, que la contribuyente no declaró los ingresos que recibió de Textiles El Cedro y que tales documentos no podrían demostrar lo que pretende la interesada.

*Consideraciones de la Sala:*

Sobre el cargo de violación del artículo 26 de la Constitución Nacional se observa que la garantía del debido proceso que consagra tal norma tiene su desarrollo en la ley que instituye el procedimiento a través del cual se profieren e impugnan los actos. Es ella la que proyecta, en materia de determinación tributaria, los correlativos

deberes, derechos y facultades del sujeto pasivo de la obligación y del órgano encargado de hacerla cumplir, el procedimiento de expedición de los actos, los medios que permiten a aquél conocer la actuación, tomar parte en ella, impugnar las decisiones, las exigencias probatorias. Consecuentemente los errores en que pueda incurrirse giran en torno a la infracción de las normas legales directamente y sólo indirectamente puede afirmarse que infringen la Constitución.

No todos los vicios de los actos acarrean su invalidez y consecuente anulación. La Ley 52 de 1977 señala como causales especiales de nulidad en la vía gubernativa los siguientes hechos enumerados en el artículo 57: La falta de competencia, la falta de requerimiento especial, la falta de notificación dentro del término legal, la falta de explicación y determinación de las bases gravables, cuando correspondan a procedimientos legalmente concluidos y "los demás vicios procedimentales, expresamente señalados por la ley como causal de nulidad".

Es obvio que a nivel jurisdiccional también operan las causales previstas en el Decreto 01 de 1984 para declarar la nulidad de los actos administrativos indicados en el artículo 84 por cuanto los actos de determinación de los impuestos no son hoy materia de procedimiento especial sino que les son aplicables el régimen común para todos los actos administrativos.

La Fiscalía advierte que en el caso *sub júdice*, se cumplieron las previsiones tendientes a dar a conocer la actuación a la contribuyente, objetarla y devirtuar los hechos que le fueron imputados y que se cumplió con la garantía del derecho de defensa y la sociedad contribuyente no desvirtuó las afirmaciones de las autoridades y se limitó a sostener que no había recibido los ingresos que le atribuyó la oficina oficial.

Sin embargo, considera la Sala que no se cumplió a cabalidad precisamente con las previsiones legales tendientes a dar a conocer oportunamente los hechos o pruebas en que apoyaba la Administración su actuación como se procede a establecer mediante el recuento de algunos de los principales aspectos del proceso.

De autos se establece:

1º En el requerimiento especial la Administración informó a la contribuyente que se proponía modificar su liquidación privada, para adicionar a la renta declarada ingresos en cuantía de $ 4.306.375 y le exigió comprobar, de conformidad con el Decreto 933 de 1981 y Circular 005 de mayo 4 de 1981, que "dentro de los ingresos declarados figuran intereses y comisiones recibidas de Textiles El Cedro S. A. NIT número 90301155 *según cruce de información enviado de Cali* de fecha febrero 27 de 1981" (Subraya la Sala).

Con relación al fundamento legal citado, vale la pena observar desde ahora que el artículo 1º del Decreto 933 de 1981 dispone que: "Con motivo de la respuesta al requerimiento ordinario o especial, o con ocasión del recurso de reconsideración, el contribuyente podrá demostrar por medio de su contabilidad llevada conforme a la ley, la veracidad de los hechos de que trata el artículo 55 del Decreto 2053

de 1974 y cuyas informaciones se hubieren omitido en la declaración o su adición". Esta norma se refiere a los egresos pero no a los ingresos.

2º Dentro de los antecedentes remitidos por la Administración al Tribunal no consta la respuesta, pero de autos se establece que negó el ingreso atribuido en los siguientes términos:

> "Al respecto debo manifestar, que los intereses y comisiones en cuantía de $ 4.306.375 a que se refiere el requerimiento *no fueron ingresos* de la sociedad Representaciones Financieras S. A., en el año gravable de 1979, por tanto la propuesta modificatoria carece de validez legal. En el presente caso se debe tener en cuenta que esta negativa, por ser de naturaleza indefinida, simplemente necesita ser expuesta y no requiere prueba alguna, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil".

3º Se practicó la liquidación oficial y en ella se adicionaron los ingresos referidos y se impuso sanción por inexactitud, según el memorandun de explicaciones, "en consideración a que el contribuyente no desvirtuó la omisión de ingresos por la suma de $ 4.306.375, *para lo cual se tuvo en cuenta el documento oficial que reposa en esta Administración.* El contribuyente debió probar con la contabilidad por cuanto ésta constituye plena prueba..." (Subraya la Sala).

4º La sociedad interpuso recurso contra la liquidación oficial, insistió en lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil y no presentó prueba alguna. En el fallo del recurso se confirma la liquidación, con base en el análisis del procedimiento que internamente realizó la Sección de Recursos Tributarios "para ampliar el cruce de información" que sirvió de base al requerimiento previo. Dice la Resolución número A-000110-R de abril 24 de 1984, proferida por la Administración de Bogotá que ante la insistente negativa de la contribuyente, preguntó a la Administración de Cali sobre los detalles del informe contenido en el boletín 014 de febrero 27 de 1981 y si a la sociedad que informó se le practicó o no requerimientos o revisión con relación a los pagos informados.

> "Dando respuesta, la Administración de Impuestos de Cali, mediante Oficio número 000101 de 7 de febrero de 1984, informa que a la sociedad Zaccour y Dacach Ind. Textiles El Cedro S. A., identificada con NIT número 90301155 se le practicó únicamente requerimiento ordinario y que por consiguiente por el hecho de no haber mediado el requerimiento especial autorizado por el artículo 42 de la Ley 52 de 1977, no se le practicó liquidación por el año de 1979, habiéndose dictado auto de archivo...; y respecto al tercer punto solicitado, envía copias debidamente autenticadas de nueve (9) anexos en donde reposan algunos datos de la sociedad informante, figurando como beneficiaria la sociedad Representaciones Financieras S. A...."

El fallo contenido en la Resolución A-110-P de abril 24 de 1984 relaciona así los documentos que sirvieron de base a la decisión:

> "1º Certificación expedida por la sociedad Representaciones Financieras S. A. (Anexo 29) debidamente autenticada, en la que

consta que Textiles El Cedro canceló a dicha sociedad durante el año de 1979 por concepto de comisiones en dólares las sumas de $ 207.492, dicha certificación está firmada por Stella de Cuevas Gerente de Representaciones Financieras S. A.

"2º Anexo número 18-1 hoja número 2 de renta de Textiles El Cedro, por el año de 1979. Relación de pagos a terceros (Anexo 29) concepto: Intereses $ 3.891.390. Beneficiario: Representaciones Financieras S. A.

"3º Oficio remisorio número 000101 de 7 de febrero de 1984 proveniente de la Sección de Auditoría Interna de la Administración de Impuestos de Cali, en el que se relaciona toda la información solicitada, aclarando que lo solicitado por concepto de pagos a la sociedad Representaciones Financieras S. A., por parte de la sociedad Textiles El Cedro, ésta lo hace reuniendo los requisitos formales en el denuncio rentístico y que en el requerimiento ordinario no se exigieron comprobaciones de las deducciones solicitadas, de manera que la sociedad Textiles El Cedro solicitó como deducción.

"a) Concepto comisiones $ 207.492. Beneficiario: Representaciones Financieras S. A.;

"b) Comisiones y gastos financiación $ 18.805. Beneficiario: Representaciones Financieras S. A.;

"c) Intereses $ 3.891.390.

"NOTA: Los anteriores datos los consignó la sociedad informante en los anexos de su declaración de renta por el año de 1979.

"4º Se completa la información de ese Despacho manifestando la sociedad informante en el anexo 10-2 hojas 24 y 25 (obran en el informativo) de la declaración de renta de la sociedad Textiles El Cedro, aparece una relación discriminada de las cartas de crédito con fecha, documentos, capital, período, intereses, rata, cuentas pagadas al City Bank N. A., de New York por préstamos en cartas de crédito en dólares y comisiones en dólares a Representaciones Financieras S. A., por valor de $ 13.149.276 y la *certificación de la contribuyente sobre esos ingresos* (Destaca la Sala).

"5º La Dirección General de Impuestos Nacionales confirmó la providencia anterior, sin los elementos de juicio de que trata el oficio citado en la demanda, dando por cierto todo lo afirmado en aquella".

Procede ahora la Sala a dilucidar si la determinación se profirió dentro del marco de las normas que rigen en procedimiento de cuantificación de la obligación tributaria controvertida.

La ley atribuye a la Administración amplias facultades de fiscalización e investigación para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales, entre ellas las de verificar la exactitud de las declaraciones, requerir del contribuyente o de terceros informes, exhibición de documentos, inclusive de la contabilidad cuando estén obligados a llevarla y, efectuar en general las diligencias necesarias para la correcta y oportuna determinación de los tributos, facilitando al contribuyente

la aclaración de toda duda u omisión, para lo cual contempla los requerimientos ordinarios y el especial (Ley 52 de 1977, arts. 30 y 42).

La Ley 52 de 1977 fincó en el sistema del requerimiento especial y su respuesta, la supresión del recurso de apelación por considerar precisamente que en tal oportunidad podían debatirse y resolverse en gran medida las divergencias entre la administración y el contribuyente. Y casualmente ese es el primer momento indicado para controvertir las pruebas que la Administración ha reunido en la etapa investigativa. Porque no debe olvidarse que la ley también dispone que la determinación de los tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias, o en el Código de Procedimiento Civil, cuya idoneidad depende en primer término de las exigencias que perceptúen aquellas, o las que regulan el hecho que trata de demostrarse, cuyo valor de convencimiento debe apreciarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica (Ley 52 de 1977, art. 32). No puede, en consecuencia la Administración apartarse arbitrariamente de las previsiones probatorias contempladas en la ley ni fundar sus actos tan sólo en el íntimo convencimiento de los funcionarios.

El régimen del impuesto de renta y complementarios somete la aceptación de algunos factores que inciden en la determinación, al cumplimiento de los requisitos específicos que pueden ser de carácter probatorio, generalmente referidos a la contabilidad, o independientes de la demostración del hecho, como son los certificados de aportes a entidades públicas. Incumplidos estos requisitos, la Administración puede desestimar los hechos a que se refieren, previo requerimiento al interesado para que subsane la omisión. Pero si no existen tales exigencias que preceptúen aquellas, o las que regulan el hecho que nuncia tributaria cuando desvirtúe la presunción de veracidad que la ampara, siguiendo el procedimiento legal, dentro del cual no pueden ignorarse los principios de publicidad y contradicción de la prueba, que forman parte esencial de la garantía constitucional de la defensa.

"Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, *cuando no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija*" dice textualmente el artículo 33 de la Ley 52 de 1977. La parte destacada de la norma ha dado lugar a equívocas interpretaciones. Pero de ella no se desprende, como afirma la Fiscalía, que la presunción de veracidad de la declaración deje de operar por el simple hecho de que la Administración requiera una comprobación especial sobre determinado hecho, de manera que ésta quede relevada de demostrar los hechos tendientes a desvirtuar tal presunción. Al efecto puede, en ejercicio de las facultades que le otorga la ley realizar todas las diligencias que le permitan probar que el declarante incurrió en inexactitud. Por ello se ha considerado que el texto del correspondiente reglamento, está mejor concebido dentro de la técnica procesal tributaria y el espíritu de la Ley 52, cuando dispone que "se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las adiciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, *siempre y cuando que, sobre tales hechos, las disposiciones legales no exijan una comprobación especial*" (art. 22 del Decreto reglamentario 825 de 1978).

La cuantificación de tributo e imposición de sanciones no pueden fundarse en pruebas ocultas, imprecisas o sobreentendidas por la Administración. El cruce de informaciones no es en sí mismo una prueba sino un procedimiento que utiliza la Administración para verificar la exactitud de las declaraciones tributarias y del cual pueden surgir verdaderas pruebas cuya validez depende de las previsiones jurídicas aplicables y son estas las que debe considerar el funcionario.

Los datos consignados en las declaraciones de terceros o en respuestas de estos a requerimientos administrativos relacionados con obligaciones tributarias del contribuyente, se tendrán como testimonio, sujeto a los principios de publicidad y contradición de la prueba, se deduce de lo dispuesto en el artículo 80 del Decreto 1651 de 1961 en concordancia con el inciso primero del artículo 36 de la Ley 52 de 1977 que se mencionó antes. Para establecer cuál de las dos declarantes estaba en lo cierto, la Administración ha debido requerir a la empresa informante, en vista de la negativa del contribuyente investigado, atendiendo el procedimiento consagrado en el artículo 66 *ibídem*, que dice:

> "Cuando el contribuyente ha solicitado en su declaración de renta y patrimonio la aceptación de costos, deducciones, exenciones especiales o pasivos, cumpliendo todos los requisitos legales, si el tercero beneficiado con los pagos o acreencias respectivos niega el hecho, el contribuyente está obligado a informar sobre todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar referentes al mismo, a fin de que las oficinas de impuestos prosigan la investigación".

De los hechos relatados en el fallo del recurso de reconsideración antes transcritos, se establece sin lugar a dudas, que a Textiles El Cedro no se le practicó sino requerimiento ordinario y que la Administración decidió dar por cierto lo informado por ella sobre hechos que la beneficiaban y perjudicaban a Representaciones Financieras S. A., sin "proseguir la investigación" que era el procedimiento indicado por la ley.

En el requerimiento especial de febrero de 1982 sólo se le anunció como prueba en su contra, el "cruce de información enviado de Cali" no se le citaron documentos, ni siquiera se le precisaron a la contribuyente las cifras discriminadas de los ingresos que por concepto de intereses y comisiones pretendía adicionar.

Fue más tarde, en abril de 1984 en la Resolución que falló el recurso de reconsideración, cuando la Administración alegó como prueba concreta un documento expedido por la contribuyente que obraba como anexo de la declaración de la citada compañía informante, donde consta que recibió por comisiones en dólares, la suma de $ 207.492. Pero ni ese documento, ni los detalles de los informes recibidos de Cali habían sido puestos en consideración, ni alegados antes. Tan sólo en la citada Resolución A-110-P de abril de 1984 que carecía de recurso de apelación y que la D.I.N. aprobó por vía de consulta, se examinaron y expusieron detalles, cuando de manera simultánea se estaba cerrando la etapa gubernativa, es decir, sin oportunidad de controvertirlos.

A la demanda se acompañó constancia del Revisor Fiscal de la actora, según la cual dentro de su contabilidad figura la cifra de $ 207.492 por concepto de comisiones recibidas de Textiles El Cedro S. A., cantidad que hace parte de los ingresos declarados en el año de 1979, lo cual implica la aceptación de que recibió tales ingresos de ésta. A la postre resultó parcialmente falsa su negativa, contradicción que no le impide a la demandante continuar alegando la violación del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Con motivo de la apelación insiste en que la certificación expedida a Textiles El Cedro S. A. versó únicamente sobre el hecho de haber recibido comisiones por valor de $ 207.492. Nada dice dicho documento en relación con los intereses que se adicionaron a los ingresos declarados.

De todo lo expuesto se establece que si bien la demandante acepta *a posteriori* que recibió comisiones cuya percepción negó en el procedimiento gubernativo, pero sólo en la citada cifra de $ 207.492, no es menos cierto que la Administración no le demostró plenamente y cumpliendo los requisitos de publicidad de las pruebas aducidas en su contra, la omisión imputada por concepto de intereses.

El Tribunal encontró ajustada a derecho la determinación demandada, porque de acuerdo con lo manifestado por el funcionario al fallar el recurso existió la certeza de la omisión de la totalidad de ingresos que fueron adicionados, conclusión cuyo sustrato reposa en la presunción de legalidad de los actos administrativos. Pero tal presunción no puede justificar el desconocimiento de la realidad procesal que demuestra cómo la Administración no actuó dentro del marco legal y que le permitía desvirtuar la presunción de veracidad de los hechos declarados.

De otro lado, el proceso se tramitó desde su iniciación bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984, la demanda fue notificada al señor Subdirector Jurídico de la Dirección General de Impuestos Nacionales quien no realizó actuación alguna y la administración tributaria en el mutilado expediente que remitió a solicitud del Tribunal, no incluyó los antecedentes invocados en la citada resolución.

Así las cosas dentro del proceso sólo se demostró, con base en la aceptación de la misma demandante, que recibió de Textiles El Cedro S. A., la suma de $ 207.492, por concepto de comisiones.

Las reflexiones consignadas anteriormente en torno al desconocimiento de las normas procedimentales por parte de la Administración y de la Dirección General de Impuestos Nacionales de Bogotá, llevan a la Sala a revocar la sentencia apelada, apartándose de los respetables argumentos de la Fiscalía, y en su lugar modificar la determinación tributaria demandada, para descontar de la renta gravable la partida adicionada por concepto de "intereses", así:

| *Base gravable* | | *Impuesto* |
|---|---|---|
| La renta gravable fijada en la Resolución Nº A-000110-P de 24 de abril de 1984 . . . . | $ 3.549.557 | |
| Menos ingresos adicionados por concepto de intereses . . . . . | $ 3.149.276 | |
| RENTA GRAVABLE . . . . . | $ 400.281 | $ 160.112 |
| Descuentos tributarios . . . . . | | 55.088 |
| TOTAL IMPUESTO A CARGO . . . . . | | $ 105.024 |
| Sanción por inexactitud: 200% S/82.997 . . . . . | | 165.994 |
| TOTAL IMPUESTO Y SANCION A CARGO . . . . . | | $ 271.018 |

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

*Falla:*

1º *Revócase* la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha marzo 21 de 1986, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por Representaciones Financieras S. A. REPFIN, con NIT número 60068536, contra la determinación del impuesto de renta y sanciones practicada a su cargo por el año de mil novecientos setenta y nueve (1979).

2º *Anúlase* los citados actos administrativos y en su lugar, conforme a la liquidación incluida en esta providencia, se fija en la suma de doscientos setenta y un mil dieciocho pesos moneda corriente ($ 271.018), el valor del impuesto sobre la renta y sanción de inexactitud a cargo de la citada sociedad contribuyente por el año de 1979 que deberá cubrir junto con los intereses legales que se causaren.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

(Se deja constancia que la presente providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de Sala de la fecha).

*Hernán Guillermo Aldana Duque*, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

# CAPITULO II
## CONSULTAS

*IMPUESTO A LAS VENTAS. DEVOLUCIONES.*

*1º Vinculación que existe entre este gravamen y la contabilidad del responsable.*

*2º Declaración. Contabilización, declaración y pago o devolución.*

*3º DEVOLUCION. Evolución legislativa Decreto 2803 de 1975.*

*Decreto 1494 de 1978. Decreto 1204 de 1982. Presentación de la solicitud. Decreto 3065 de 1982. Revisión de devoluciones.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., diez de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 614. Actor: Irrigaciones Ltda. Consulta sentencia. Impuesto sobre las ventas.

En grado de consulta ha llegado a conocimiento de esta Sala, la sentencia del 23 de enero de 1986, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó la devolución de saldos a favor de la demandante de la referencia por concepto de impuesto a las ventas, en cuantía de $ 3.098.963, correspondiente a saldos a favor mostrados en sus declaraciones, por los bimestres 4º a 6º de 1981 y 1º a 6º de 1982, que presentó extemporáneamente en los meses de marzo y abril de 1983.

La Administración no accedio a la solicitud formulada el día 22 de abril de 1983, en parte por considerarla extemporánea y en parte por considerar incumplidas obligaciones relativas al prorrateo de gastos comunes. El Tribunal no acogió este último argumento y no consideró extemporánea la solicitud en virtud de haberse presentado dentro de la vigencia del Decreto 3803 de 1982 que no sujeta a ningún plazo tal solicitud.

*Razones de la Administración de Impuestos:*

La Sección de Auditoría interna del impuesto sobre las ventas de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, en la Resolución número 00965 de agosto 19 de 1983, confirmada en la vía gubernativa, negó la devolución de $ 3.114.852, teniendo en cuenta que la

solicitud de devolución fue del día 22 de abril de 1983 sobre declaraciones extemporáneas presentadas en el mismo mes y en el inmediatamente anterior. Consideró la Administración:

a) Que con relación a la del 4º bimestre de 1981 al 2º bimestre de 1982 ya había vencido el plazo para presentar la solicitud de conformidad con el artículo 8º del Decreto 3065 de 1982;

b) Que la del 3er. bimestre del 82 también era extemporánea conforme al artículo 5º del Decreto 1204 de 1982, y

c) La cifra de $ 1.479.203 solicitada por los bimestres 4º, 5º y 6º de 1982 por no haber efectuado el prorrateo de gastos comunes de que trata el artículo 13 del Decreto 2815 de 1974 (y circular 20 de 1975) y 12 del Decreto 1494 de 1978.

*La impugnación:*

En contra de los fundamentos invocados por la Administración, la demandante argumentó:

a) El artículo 8º del Decreto 3065 de 1982, se refiere a declaraciones presentadas antes del 29 de abril de 1982 —fecha de expedición del Decreto 1204 del mismo año—. Como quiera que la sociedad presentó sus declaraciones después de dicha fecha, no se le puede aplicar lo establecido en dicha norma. Los contribuyentes que presentaron sus declaraciones después del 31 de diciembre de 1982, pueden presentar sus solicitudes de devolución en cualquier tiempo. En consecuencia, la actuación demandada es violatoria de la misma norma que invoca para negar la devolución;

b) La declaración correspondiente al tercer bimestre de 1982 (mayo-junio), se presentó en marzo de 1983. Por consiguiente, tampoco le resulta aplicable el artículo 5º del Decreto 1204 de 1982, por la misma razón. Agrega el libelo:

> "Pero si analizamos también el anterior artículo vemos que éste se refiere a solicitudes de devolución presentadas dentro del término legal, ya que sólo se pueden adicionar declaraciones oportunas, no las extemporáneas, y en el caso en litigio, estamos analizando la solicitud de devolución de una declaración extemporánea" (fl. 67);

c) Sobre la partida de $ 1.479.202, cuya devolución fue negada en razón de que la contribuyente no efectuó el prorrateo de gastos y costos de producción, venta y administración que *sean comunes*, se tendrán en cuenta las operaciones del bimestre inmediatamente anterior para *establecer la proporcionalidad de los mismos* en el tratamiento de los impuestos liquidados, ya sea como mayor valor del gasto o costo como impuesto descontable (destaca el libelista):

> "Pero es el caso de que la empresa no estableció el descuento de ningún común y por consiguiente no había lugar a ningún prorrateo. A los contribuyentes no se les puede presumir gastos. La determinación de la existencia de un gasto común es fácil,

basta examinar la relación de impuestos descontables para poderlos detectar fácilmente y esos gastos no se encuentran relacionados en los impuestos descontables" (fl. 68).

*La sentencia:*

Previo recuento de la evolución normativa que en materia de plazos para la solicitud de devolución de los saldos en estudio, se introdujo a partir de la expedición del Decreto 1204 de abril 29 de 1982, hasta la Ley 9ª de 1983, el Tribunal concluye que son aceptables las pretensiones de la demanda, en resumen, por considerar que siendo la extemporaneidad la única razón alegada por la Administración para rechazarla y ésta fue desvirtuada al desaparecer de la legislación el plazo para solicitarla. Dice el Tribunal:

"a) Las declaraciones de ventas fueron presentadas extemporáneamente, cuando ya no estaban vigentes el Decreto 1204 de 1982, ni el 3065 del mismo año, por lo cual la devolución de los saldos pendientes de solicitud no quedó condicionada a plazo alguno;

"b) La única sanción, relacionada con la no presentación oportuna de la declaración de ventas, que subsiste, es la relativa a la extemporaneidad y no la de imposibilidad de solicitar la devolución correspondiente, pues desapareció el condicionamiento del plazo de la solicitud a la presentación oportuna de la declaración.

"Así las cosas, debe concluirse, forzosamente, que la solicitud de devolución correspondiente ... a declaraciones de ventas presentadas el 25 y 29 de marzo de 1983 fue elevada conforme a la ley puesto que no había plazo fijado para tal evento, por lo cual no puede considerarse como extemporánea".

En cuanto al segundo cargo planteado en la demanda, o sea la negativa a reconocer $ 1.479.202 solicitados en los bimestres 4º, 5º y 6º de 1982 por supuesta falta de prorrato entre gastos comunes, con violación del artículo 12 del Decreto 1494 de 1978, la sentencia, después de examinar en forma pormenorizada las declaraciones tributarias y sus anexos, concluye que, en realidad, la Administración no estableció la existencia de costos y gastos comunes, ni desvirtuó la presunción de veracidad que ampara la declaración y por lo tanto no podía realizar el prorrateo de los solicitados en las correspondientes declaraciones pues todos los gastos fueron imputados exclusivamente a bienes exentos. Por otra parte, en todos los anexos contentivos de relaciones de impuestos descontables, sin excepción, aparece la firma del Revisor Fiscal, o Contador, en el reverso de cada una de las hojas. Y en cuanto a la pretextada inclusión de facturas "extemporáneas", para los efectos de la controversia, no resultó cierto lo afirmado por la Administración.

*Consideraciones de la Sala:*

*Primer cargo.*

Guía constante de la interpretación de las normas que rigen el impuesto a las ventas ha sido la íntima vinculación que existe entre

este gravamen y la contabilidad del responsable. De esa unión se deduce que todos los principios y normas que informan la contabilidad, tienen una directa repercución en el impuesto. De manera especial influye la simultaneidad en el tiempo, entre el acontecer de las operaciones económicas y su registro en los libros del comerciante, que se traduce en que la contabilización de los descuentos admisibles, la presentación de las declaraciones, el pago del saldo a cargo y la solicitud del saldo a favor en la época a que se refiere este proceso.

La cuenta corriente que debe llevar el responsable indica el monto del impuesto a cargo o el saldo a favor. De ahí que la declaración no es más que un reflejo, explicación y detalle de lo registrado en tal cuenta y la devolución una consecuencia necesaria al reconocimiento del derecho que refleja el saldo a favor. De todo ello se deduce que contabilización —declaración y pago o devolución— son actos estrechamente encadenados entre sí, que no admiten separación considerable en el tiempo, dado que la base del sistema radica en la contabilización que debe llevarse día a día, como desde antes de nacer a la vida jurídica el gravamen lo imponía el Código de los comerciantes y lo han refrendado las normas tributarias.

El repaso de la historia de las diversas normas que han regulado sucesivamente el tema del plazo para reclamar devolución de saldos a favor, ciertamente no muestra una continuidad de sistemas y al contrario pueden diferenciarse estos en el tiempo, como sucesión de etapas con sus propias características, como tuvieron oportunidad de rehacerlo con eficiencia tanto el Fiscal Sexto del Tribunal, como la Sala del mismo.

Como uno de los primeros antecedentes, conviene recordar el artículo 12 del Decreto 2803 de 1975 que conminó a los interesados en devoluciones en el sentido de que "...sólo podrán presentar la correspondiente solicitud de devolución dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo que les conceda la ley para modificar su respectiva declaración". Esta norma fue calificada por el Consejo de Estado como ajustada a la ley en el fallo del 28 de octubre de 1976 (Expediente 3656. Doctor Gustavo Salazar Tapiero), al no acceder a la anulación solicitada en acción pública.

Fue sustituido por el artículo 22 del Decreto 1494 de 1978 que dispuso que la solicitud de devolución sólo podía presentarse una vez vencido el término de corrección de la declaración o antes si se renunciaba a él, pero no consagró en esta ocasión un plazo perentorio para formular la solicitud. Una de las innovaciones de este Decreto de 1978 fue la de haber dividido a los declarantes en dos grandes grupos según mostraron regularmente saldo a favor con derecho a devolución o saldo a cargo para pagar, separando las declaraciones en semestrales para unos y bimestrales para otros.

En el mes de abril de 1982 mediante el Decreto 1204, al determinar condiciones y términos para la presentación de las declaraciones del impuesto a las ventas, se trató de perfeccionar el anterior sistema.

Estableció como norma o regla general las dos declaraciones por semestres (en los meses de enero y julio) y como excepción las declaraciones bimestrales obligatorias para las personas incluidas en las

listas elaboradas por la Dirección General de Impuestos las cuales estaban integradas, en principio, por los responsables y comerciantes exportadores que hubieren formulado solicitudes de devolución en los dos últimos años y los demás responsables que con características similares pidieran su inclusión en tales listas oficiales.

Medida complementaria de este sistema fue la consagrada en el artículo 5º que forzó a los aspirantes a devolución a solicitarla dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo para corregir la declaración, así:

> *Artículo 5º* "Los responsables del impuesto que tengan ventas exentas y los demás sujetos de devoluciones de que trata el Decreto 1988 de 1974, sólo podrán presentar la correspondiente solicitud de devolución dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo que les concede la ley para modificar su respectiva declaración".

El segundo inciso permitía hacerlo antes, previa renuncia al término de corrección.

La utilización del adverbio "sólo", que significa únicamente, solamente, de un solo modo, en una sola cosa o sin otra cosa (como dice el Diccionario de la Real Academia) indica en forma clara la voluntad de establecer un término de caducidad, con el efecto de darle validez al hecho de solicitar la devolución de saldos únicamente dentro de él y con la fatal consecuencia de perderlo, a las que se hicieran fuera de él. Tanto por las palabras utilizadas como por la estructura del nuevo sistema de declaraciones y plazos para pago de saldos a cargo, no hay duda que se trataba de establecer una limitación en el tiempo que no existía, un término de caducidad para formular las solicitudes de devoluciones que habían adquirido por aquella época un volumen considerable en todos los aspectos.

A fines del mismo año de 1982 fue necesario que el Gobierno expidiera normas complementarias de procedimientos aplicables "únicamente a los responsables del impuesto sobre las ventas con derecho a devoluciones y que se encuentren incluidos en las Resoluciones que la Dirección General de Impuestos Nacionales expida de conformidad con los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto 1204 del 29 de abril de 1982". Este fue el contenido principal del Decreto 3065 del 27 de octubre, después de expuesto el cual, dispuso en el artículo 8º:

> "Los responsables del impuesto que tengan ventas exentas y los demás sujetos de devoluciones de que trata el Decreto 1988 de 1974 que hubieren presentado declaración de ventas antes de la vigencia del Decreto 1204 del 29 de abril de 1982 pero que no hubieren elevado la correspondiente solicitud de devolución, dispondrán de un término máximo de dos (2) meses a partir de la vigencia del presente Decreto para presentarla".

Este Decreto "rige a partir de su expedición" según expresa su artículo 9º, por ello se consideró que el término de dos meses venció el 27 de diciembre.

Aunque este Decreto ha sido motivo de análisis en este proceso y de apoyo a algunos argumentos, para este Despacho resulta inapli-

cable puesto que la empresa demandante no se colocó dentro de los presupuestos de la norma, que claramente son dos: Se refiere a los responsables con derecho a devoluciones "...que hubieren presentado declaración de ventas antes de la vigencia del Decreto 1204 del 29 de abril de 1982" y además, "...que no hubieren elevado la correspondiente solicitud de devolución".

Este artículo 8º ha de entenderse que concedió un plazo de gracia máximo de dos meses para no perder el derecho a solicitar devoluciones, a favor de aquellos contribuyentes que habiendo cumplido con el deber de presentar sus declaraciones, no hicieron a tiempo reclamo de sus saldos a favor, evento muy distinto a quien ni siquiera cumplió con esa primera obligación que es la de declarar. No concuerda con un elemental sentido de la equidad, que, a la postre, resulte más beneficiado quien incumplió todos los deberes que aquellos que habiendo cumplido con ellos, no ejercieron su derecho en el tiempo que les otorgó la ley.

Como el fundamento legal que se ha esgrimido para considerar válida la solicitud de devolución presentada en el mes de abril de 1983 es el Decreto legislativo 3803 de 1982 (diciembre 30), que suprimió el plazo para pedir devoluciones, fundamento que fue aceptado por el Tribunal en la sentencia consultada, la Sala considera necesario resaltar algunos aspectos no mencionados de ese estatuto, así:

Ciertamente en la reforma de emergencia económica de 1982 se abolió el sistema de plazo fijo para pedir devolución de sobrantes de impuestos y se sustituyó por el de la libertad del término. Pero este es solamente un aspecto de cambios más profundos que introdujo en el trámite administrativo o procedimiento, con relación a las declaraciones tributarias que dividió en dos grandes grupos: Las que muestran un saldo a cargo y las que muestran un saldo a favor.

Con relación a estas últimas se les aumentó la sanción por extemporaneidad primero al 1% sobre las ventas netas aunque luego fue rebajado al ½% (Decreto 3803, art. 43, modificado por el 81 de la Ley 9ª de 1983) pero principalmente el cambio y diferencia con las de saldo a cargo, consiste en que el término de dos años de caducidad para revisarlas por parte de la Administración, no se cuenta a partir de su presentación sino de la solicitud de devolución hecha en debida forma, con lo cual se amplió considerablemente esta facultad administrativa (art. 6º, Decreto 398 de febrero 10 de 1983).

Más adelante se complementó con la facultad de revisar las devoluciones ordenadas, dentro de un término de cinco años (Decreto 3541 de 1983) contados a partir de la entrega de las sumas devueltas.

Lo pretendido por el actor y aceptado por el Tribunal es hacer valer este sistema por el hecho de haber presentado las declaraciones en los meses de marzo y abril de 1983, esto es, dentro de la vigencia del Decreto 3803, sin consideración al período fiscal al que se referían esas declaraciones.

Sin desconocer el principio según el cual la ley rige para el futuro, no puede aceptarse que una de sus consecuencias sea la de revivir términos ya vencidos, renacer etapas que por su naturaleza se encuentran superadas, dada la íntima vinculación de la regulación formal

de este gravamen con obligaciones que debe cumplir diariamente el comerciante.

En razón de esta característica predominante de este impuesto y por la conclusión obtenida al calificar el término establecido en el artículo 5º del Decreto 1204 de 1982, como un término de caducidad que no fue revivido en forma expresa por el nuevo estatuto 3803, esta Sala considera que no puede accederse a la devolución solicitada, precisamente por aquellos bimestres para los cuales ya había caducado la oportunidad para solicitarla.

Con este criterio, la Sala aceptará las solicitudes en cuanto correspondan a períodos cuyo término de caducidad no había vencido el 30 de diciembre de 1982, al entrar en rigor el Decreto 3803. Estima que este nuevo estatuto solamente es aplicable a aquellos casos en que estaba aún corriendo el término y que por esa misma circunstancia, se debe considerar ampliado por la nueva norma que no estableció ninguna fecha de vencimiento, pero no puede aplicarse retroactivamente a situaciones que han debido cumplirse bajo vigencia de un sistema anterior.

En estas condiciones se encuentran los siguientes bimestres de 1982:

| | | |
|---|---|---|
| Tercer con un valor de ..... | $ | 169.657 |
| Cuarto con un valor de ..... | | 247.787 |
| Quinto con un valor de ..... | | 778.107 |
| Sexto con un valor de ..... | | 437.419 |
| Total: ..... | $ | 1.632.970 |

*Segundo cargo.*

Con relación al segundo cargo que recaía sobre los tres últimos bimestres indicados anteriormente, esta Sala acoge el examen probatorio y las consideraciones hechas por el Tribunal que lo llevaron a concluir como ajustado a derecho en este caso el manejo de la imputación y descuento de gastos exclusivos sin que hubiera lugar al prorrateo ordenado en las normas invocadas por 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:*

*Primero.* Impruébase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 5 de diciembre de 1985 (Acta Nº 45), en el juicio número 3948 promovido por la sociedad Irrigaciones Ltda. NIT 60027990 con relación a la devolución de saldos a su favor por concepto de impuesto a las ventas por los períodos fiscales (bimestres) cuarto, quinto y sexto de 1981 y primero a sexto de 1982.

*Segundo.* La Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá devolverá a la mencionada sociedad la suma de un millón seiscientos

treinta y dos mil novecientos setenta pesos ($ 1.632.970), correspondientes a los bimestres tercero, cuarto, quinto y sexto de 1982, según la relación inserta en la parte motiva de esta providencia, más los intereses legales a que hubiere lugar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(Se deja constancia que la providencia fue aprobada en la sesión de Sala de la fecha).

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

# TITULO VIII

## JUICIOS DE JURISDICCION COACTIVA

*JURISDICCION COACTIVA. EJECUCION CONTRA ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. Artículo 336 del Código de Procedimiento Civil. No es aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., once de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Proyectó: *Víctor Manuel Estupiñán Calderón.*

Referencia: Expediente número 0035. Actor: La Nación contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Jurisdicción coactiva. Fallo.

Se decide el incidente de excepciones propuesto por la apoderada especial de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, contra el auto de mandamiento de pago de fecha 9 de octubre de 1984, dictado por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

*Antecedentes:*

El Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto del 9 de octubre de 1984 (fl. 34) libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Tesoro Nacional y en contra de Ferrocarriles Nacionales de Colombia por la suma de $ 3.248.190.41 y las costas que se causaren.

El Juzgado tuvo como título ejecutivo las resoluciones proferidas por el Banco de la República —Oficina de Cambios—, así:

| | |
|---|---|
| Resolución Nº I. 10881 noviembre 28 de 1983 | $ 1.472.082.50 |
| Resolución Nº I. 10880 noviembre 28 de 1983 | $ 78.407.90 |
| Resolución Nº I. 10879 noviembre 28 de 1983 | $ 803.057.30 |
| Resolución Nº I. 10878 noviembre 28 de 1983 | $ 894.642.71 |
| TOTAL .. .. .. .. | $ 3.248.190.41 |

Esta providencia fue notificada personalmente a la apoderada judicial de la Empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia (folio 39).

La apoderada judicial de la empresa ejecutada el 25 de septiembre de 1985 (fls. 40 y 41) propuso las siguientes excepciones:

*Imposibilidad de ejecución.*

La anterior excepción la fundamento en los siguientes hechos:

1. El artículo 336 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que:

"Ejecución contra entidades de derecho público.

"La Nación no puede ser ejecutada cuando las condenas relacionadas en el artículo 335 se hayan impuesto a un Departamento, una Intendencia, una Comisaría o un Municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis (6) meses para el pago sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni se cuente el término establecido en dicho artículo 337, 392..."

"Esta disposición tiene como base tal prohibición que descansa en los principios de interés público, pues si fuera posible embargar sus bienes y rematarlos, aún los servicios públicos primarios no podrían prestarse regularmente".

2. Los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, según el Decreto 3129 de 1954, es una empresa destinada a administrar los Ferrocarriles Nacionales de propiedad nacional (art. 2º) y goza de los mismos privilegios de la Nación.

Quiso el Legislador conceder estos mismos privilegios que la ley otorga a la Nación.

3. Si la norma estipula que la Nación no podrá ser ejecutada los Ferrocarriles Nacionales de Colombia por gozar de los mismos privilegios que la ley otorga a la Nación tampoco puede ser objeto de ejecución; en consecuencia, existe imposibilidad jurídica para ejecutar.

*Petición:*

Solicito del honorable Magistrado que se declare probada la excepción propuesta por cuanto la obligación a favor del Tesoro Nacional y a cargo de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, no es exigible por vía ejecutiva.

"Que se ordene la cesación de la ejecución y en consecuencia se ordene el archivo del expediente" (fl. 40, cuaderno Nº 1).

Como elemento probatorio a folios 48, 49 y 50 obra la fotocopia auténtica de la Resolución Nº R-9719 de marzo de 1986, mediante la cual el Banco de la República —Oficina de Cambios— decidió sobre la revocatoria directa propuesta contra las Resoluciones: I-10880 y I-11715 proferidas en noviembre 28 de 1983 y julio 25 de 1984, en forma favorable.

Dentro del término de traslado la apoderada judicial de la empresa ejecutada presentó el alegato de conclusión en los siguientes términos:

"1. La Nación a través del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago a favor del Tesoro Nacional por la suma de tres millones doscientos cuarenta y ocho mil ciento noventa pesos con 41/100 US($ 3.248.190.41) (sic) apoyado en las Resoluciones I-10880, I-19878 de noviembre 28 de 1983 de la Oficina de Cambios del Banco de la República.

"2. La Empresa de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, goza de las mismas prerrogativas que la Nación, según lo establecido en el Decreto 3129 de 1954, por ser un organismo perteneciente a la administración como es el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, ya que se les da la calidad de personas jurídicas, son y obran como desmembraciones del Estado.

"3. A la luz del Decreto 3130 de 1968 en cuanto a privilegios y prerrogativas tenemos que los establecimientos públicos gozan de las mismas garantías y prerrogativas que se concede a la Nación. Para el caso, los Ferrocarriles Nacionales de Colombia como establecimiento público descentralizado de orden nacional goza de tales prerrogativas, de tal suerte que es palmario el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, el cual se invoca como soporte de la excepción propuesta donde se establece claramente que la Nación no puede ser ejecutada; claramente se colige entonces que si la empresa estatal que represento goza de los mismos privilegios que la Nación, las normas invocadas tienen cabida, pues el mismo artículo 2º del Decreto 3129 de 1954 establece claramente que los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pertenecientes a la Nación, gozan de los mismos privilegios de la misma, pues ante tal disposición considero honorable Magistrado que se debe acceder y resolver favorablemente la excepción propuesta en el negocio citado, ordenando la cesación de la ejecución y el archivo del negocio tal como lo pedí al proponer la excepción" (fls. 52 y 53).

*Se considera:*

Excepción. *Imposibilidad de ejecución.*

El artículo 336 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

"Ejecución contra entidades de derecho público. Artículo 336. La Nación no puede ser ejecutada cuando las condenas relacionadas con el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaría o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni se cuente el término establecido en dicho artículo".

La Empresa Ferrocarriles Nacionales de acuerdo con el artículo 1º del Decreto número 1242 de 1970, es una empresa industrial y comercial del Estado, sujeta a las disposiciones del Decreto-ley número 3130 de 1968, según el cual tales entidades quedan en principio sujetas al derecho privado.

Para que pudiera gozar de los privilegios y prerrogativas de la Nación, como lo pretende el apoderado de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, sería necesario norma expresa que así lo consagrara.

Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) determinados espacios de televisión, por los precios señalados. Se estipuló que el Instituto facturaría a los contratistas, dentro de los primeros 15 días calendario de cada mes, el valor de los espacios correspondientes al mes inmediatamente anterior; que el monto de la facturación mensual no podría ser materia de discusión ni por los contratistas ni por su garante, y que los contratistas tendrían un plazo de 2 meses contados a partir del primer día del mes siguiente a aquél en que se hubieren emitido los programas respectivos para hacer el pago, vencidos los cuales se causarían a favor del Instituto intereses de mora a razón del 3% mensual sobre el valor total de la factura.

"5. Estipularon también las partes que, sin perjuicio de lo establecido para casos especiales, el incumplimiento de las normas generales o la violación de obligaciones contractuales que a juicio del Instituto no fuere causal suficiente para declarar la caducidad del contrato, daría lugar a la imposición de multas de entre $ 10.000.oo y $ 100.000.oo según la gravedad de la falta, de conformidad con lo ordenado en el artículo 60 del Decreto 150 de 1976.

"6. Se solicitó la publicación del contrato en el Diario Oficial y se pagaron los derechos correspondientes, requisito cuyo cumplimiento se acreditó con el recibo número 15204 de 16 de noviembre de 1981 expedido por la Imprenta Nacional, y se pagó el impuesto de timbre nacional, según lo ordenado en los artículos 40 y 41 del mismo decreto.

"7. Para garantía de sus obligaciones contractuales, la sociedad Producciones Ecos Limitada contrató con la Compañía de Seguros Generales Aurora S. A. un seguro de cumplimiento hasta por la cantidad de $ 16.749.200.oo, la cual expidió para el efecto en Bogotá, el 12 de noviembre de 1981, la póliza de seguro de cumplimiento número 0060, aprobada por el Instituto mediante la Resolución número 04632 de 9 de diciembre de 1981 con lo cual quedó perfeccionado el contrato, todo ello según lo estipulado contractualmente y en conformidad con lo establecido en los artículos 17, literal c), 36, 39, 55, 56, 57, 58, 59 y 167 del Decreto 150 de 1976 y según lo dispuesto por la Contraloría General de la República mediante la Resolución 08660 de 2 de marzo de 1981.

"8. Terminado el contrato por la expiración de su término, las partes, de común acuerdo, procedieron a su liquidación. El acta respectiva fue suscrita el día 10 de abril de 1984 por la Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto, facultada para el efecto por el Director General mediante la Resolución número 01449 de 10 de mayo de 1983, y por Santiago Leyva Durán. El acta fue aprobada por el Director General de Instituto, que también la firmó.

"9. Del acta referida aparece que Santiago Leyva Durán y la sociedad Producciones Ecos Limitada deben al Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) por concepto de arrendamiento de espacios de televisión y servicios auxiliares, por los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1983, las siguientes cantidades:

| | |
|---|---|
| Septiembre de 1983 | $ 2.836.284.oo |
| Comerciales | $ 122.500.oo |
| Octubre de 1983 | $ 2.937.628.oo |
| Comerciales | $ 15.000.oo |
| Noviembre de 1983 | $ 2.999.635.oo |
| Comerciales | $ 5.000.oo |
| Diciembre de 1983 | $ 3.549.918.oo |
| Comerciales | $ 10.000.oo |
| | $ 12.475.985.oo |

"Las sumas de dinero anteriores, según lo estipulado, eran exigibles dos meses después, contados a partir del primer día del mes siguiente a aquél en que se causaron, vencidos los cuales los contratistas pagarían al Instituto intereses de mora, a la tasa del 3% mensual. Hasta el día 10 de abril de 1984, fecha de la liquidación, se habían causado intereses de mora por valor de $ 1.032.625.oo.

"10. Por razón de las multas contractuales que por diversas razones le fueron impuestas, y de acuerdo con la liquidación referida, los contratistas adeudan al Instituto la cantidad de $ 129.100.84.

"11. Con posterioridad, mediante la Resolución número 04371 de 17 de octubre de 1984, el Instituto declaró la realización de riesgo amparado bajo la póliza número 0060 emitida por la Compañía de Seguros Generales Aurora S. A. Para entonces los intereses de mora causados en razón de lo debido por arrendamiento y servicios auxiliares, ascendían a la cantidad de $ 3.116.111.oo, con lo cual el total de lo adeudado por la sociedad contratista y por su garante al Instituto era de $ 15.721.176.oo, incluidos el valor del arrendamiento de espacios, servicios auxiliares, intereses moratorios y multas. Esta providencia se encuentra ejecutoriada y no fue impugnada en su totalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

"12. De manera que el contrato número 1507 de 5 de noviembre de 1981, con sus modificaciones y anexos, la póliza de seguro de cumplimiento número 0060 de 12 de noviembre de 1981 expedida por la Compañía de Seguros Generales Aurora S. A., el acta de liquidación final del contrato suscrita por las partes el día 10 de abril de 1984 y la Resolución número 04371 de 17 de octubre de 1984, proferida por el Instituto, constituyen conjuntamente título ejecutivo contra los demandados, que en esos documentos consta una obligación clara, expresa y exigible a cargo de los mismos" (fls. 52, 53, 54, 55 y 56).

El 16 de septiembre de 1985, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales (fl. 60) libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva a favor del Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) y en contra de Santiago Leyva Durán, Producciones Ecos Ltda. y Compañía de Seguros Generales Aurora S. A. por las sumas de $ 12.475.965.oo y $ 129.100.84 por concepto de arrendamientos adeudados y multas respectivamente, más los intereses causados y que se causaren, y por las costas del proceso.

Auto notificado personalmente a los ejecutados así: Al representante de Seguros Generales Aurora S. A., el 27 de septiembre de 1985 (fl. 66); al señor Santiago Leyva Durán el 9 de octubre de 1985 (fl. 83); y al representante legal de Producciones Ecos Ltda. el 2 de diciembre de 1985 (fl. 115).

Al Juez de Ejecuciones Fiscales sirvieron como título ejecutivo: El Contrato número 1507 de arrendamiento de espacios en las cadenas de televisión, celebrado entre el contratista "Producciones Ecos Limitada" y el Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) establecimiento público por valor total de $ 66.996.800.oo; la póliza de seguro de cumplimiento número 0060 expedida por la Compañía de Seguros Generales Aurora S. A., en la cual aparece como tomador "Producciones Ecos Ltda." y como beneficiario el Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) por un valor asegurado de $ 16.749.200.40 y con vigencia del seguro desde enero 1º de 1982 hasta el 30 de junio de 1984; la Resolución número 04632 del 9 de diciembre de 1981 por la cual el Director General del Instituto Nacional de Radio y Televisión aprueba la póliza; la Resolución número 01449 de mayo 10 de 1983 por la cual el Director General del Instituto Nacional de Radio y Televisión encarga al Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto para liquidar los contratos celebrados por INRAVISION; el Acta de Liquidación Final firmada por el Jefe de la Oficina Jurídica y el representante del contratista "Producciones Ecos Limitada"; la Resolución número 004371 del 17 de octubre de 1984 del Director General del Instituto Nacional de Radio y Televisión por medio de la cual declaró ocurrido el riesgo amparado bajo la póliza número 0060 emitida por la Compañía de Seguros Generales Aurora S. A. en fecha 12 de noviembre de 1981 dentro de la cual está amparado el contrato número 1507; y la constancia expedida por el Secretario General del Instituto Nacional de Radio y Televisión —INRAVISION— sobre la ejecutoria de la Resolución número 004371 del 17 de octubre de 1984; documentos allegados al proceso por la parte demandante.

En escrito del 1º de octubre de 1985 (fls. 75 y ss.) el apoderado judicial de la Compañía de Seguros Generales Aurora S. A., interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto de mandamiento de pago concluyendo que ninguno de los documentos que configurarían el título ejecutivo tienen respaldo legal para ello y por tanto pidió su revocatoria. Posteriormente en memorial adicional del 11 de octubre propuso el incidente de excepciones (fls. 84 a 94).

El apoderado del Instituto Nacional de Radio y Televisión (INRAVISION) se opuso a la reposición del auto con los siguientes argumentos:

"De conformidad con el artículo 68, numeral 4º del Código Contencioso Administrativo, presta mérito ejecutivo la póliza de seguro, unida bien sea al acto administrativo de liquidación final del contrato, o bien a la resolución ejecutoriada que decrete la caducidad o la terminación, 'según el caso'.

"Obran en el expediente los documentos señalados en la ley, con mérito ejecutivo contra la Aseguradora obligada para con su asegurado, el Instituto Nacional de Radio y Televisión, al pago de la indem-

nización por el incumplimiento de su contratista garantizado, Producciones Ecos Limitada:

"1. *La póliza:* En este instrumento, quedó expreso el contrato de seguro de *cumplimiento,* emitido por Seguros Aurora S. A. el 12 de noviembre de 1981, con estipulaciones tan relevantes como las siguientes, a efecto de no reponer el auto ejecutivo.

"a) La cláusula primera de las condiciones generales establece que los contratos garantizados forman parte integrante de la póliza.

"Como consecuencia de esta incorporación, es parte de la póliza la cláusula cuarta, literal d) del contrato garantizado, conforme a la cual, en caso de mora del contratista en el pago '*podrá* Inravisión suspender la transmisión del programa o programas, y *si lo considera procedente, decretar la caducidad administrativa* del contrato'.

"La aseguradora, que extendió el seguro admitiendo expresamente el carácter *facultativo* de la caducidad, no puede pretender ahora que tal declaración es obligatoria;

"b) La cláusula sexta, en cuyos términos, se entiende realizado el siniestro, cuando quede *ejecutoriada* la resolución administrativa que declare la caducidad del contrato o su incumplimiento, eventos aludidos en el ordinal 1º, o cuando quede *ejecutoriada* la resolución que declare la ocurrencia del riesgo, caso a que se contrae el ordinal 2º.

"2. *El acto administrativo de liquidación final de contrato:* Está contenido en el acta de liquidación final datada el 10 de abril de 1984, elaborada por funcionario delegado por el Director del Instituto Nacional de Radio y Televisión, acto administrativo aceptando expresamente por los contratistas Producciones Ecos Limitada y Santiago Leyva Durán, quienes reconocieron deber al Instituto las cantidades allí mismo establecidas. El acto administrativo a que se contrae dicha acta de liquidación, contiene la constancia de su aprobación por el Diréctor de Inravisión.

"3. *La resolución por medio de la cual se impuso o declaró la obligación a cargo de la demandada:* Mediante Resolución número 04371 el 17 de octubre de 1984, el Instituto Nacional de Radio y Televisión declaró en ejecución de la cláusula sexta, ordinales 1º y 2º, la ocurrencia del riesgo amparado por el seguro, o lo que es igual, el incumplimiento del contratista y, por consiguiente, la obligación de los contratistas y su garante, de pagar una suma líquida de dinero a favor de un establecimiento público del orden nacional, según el precepto del artículo 68, numeral 1º del Código Contencioso Administrativo.

"Este acto administrativo, ya ejecutoriado, presta mérito ejecutivo por sí solo, conforme a la norma citada.

"La aseguradora, que *no interpuso recurso contra la Resolución número 04371 del 17 de octubre de 1984,* por la cual se declaró ocurrido el riesgo amparado por Seguros Aurora S. A. no puede sustraerse a los términos de su póliza, pretextando que no basta la ejecutoria de dicho acto sino que es preciso que el asegurador se haya abstenido de 'objetar' la 'reclamación'.

"En cláusula décima quinta de las condiciones generales de la póliza quedó establecido que la aseguradora podría interponer recursos, y en ningún caso 'objeciones'. Por otra parte, los actos administrativos que queden en firme, ejecutoriados, serán suficientes por sí mismos para que la Administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento y ejecución *contra la voluntad* de los interesados, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo" (fls. 109, 110 y 111).

Por auto del 3 de marzo de 1986 (fl. 117) el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales resolvió el recurso de reposición sosteniendo el mandamiento de pago de septiembre 16 de 1985 librado contra los ejecutados, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"El 16 de septiembre de 1985, este Despacho libró orden de pago por la vía ejecutiva de jurisdicción coactiva, en contra de Santiago Leyva Durán, Producciones Ecos Ltda. y Compañía de Seguros Generales Aurora S. A., por valor de $ 12.605.065.84, por concepto de arrendamientos, multas e intereses causados en el Contrato número 1507 de noviembre 5 de 1981.

"El mencionado auto fue notificado a José Antonio Pabón Castro presidente de Seguros Aurora el 27 de septiembre de 1985, quien confirió poder a un prestigioso abogado litigante, presentando éste dentro del término legal memorial de reposición y apelación el cual se analizará a continuación.

"Los argumentos esgrimidos por el profesional del derecho son desde todo punto de vista respetables, pero desafortunadamente no compartidos por cuanto trata de penetrar en aspectos que no son motivo de discusión en el presente proceso, como son las razones que motivaron a INRAVISION a no dictar la caducidad administrativa del contrato ni a declarar el incumplimiento del mismo.

"Con gran claridad el apoderado de la compañía ejecutada deshace uno a uno los elementos que según su muy importante criterio sirvieron a este Despacho para dictar mandamiento ejecutivo y que corresponden a los previstos en el artículo 68, numeral 4º del Decreto 01 de 1984; pero olvida como de manera clara el mismo artículo manifiesta que la póliza de cumplimiento con el acto administrativo de liquidación prestan mérito ante esta jurisdicción y los mencionados documentos se encuentran dentro del proceso visible a folios 35, 40 y 41; pero además de lo anterior conviene precisar como, también de manera sencilla y comprensible el artículo 289, Decreto 222 de 1983 confiere a las actas de liquidación por sí solas y con el lleno de ciertos requisitos como: Contar con la aprobación del jefe de la entidad cuando no participe en su elaboración al igual *que de ella resulten obligaciones económicas para el contratista,* como es el presente caso la calidad del título ejecutivo; por lo tanto las razones anteriores son suficientes para" (el subrayado es nuestro). (fl. 117).

Dentro del término de traslado las partes sustentan el recurso de apelación en los siguientes términos:

El representante del ejecutado:

"1. El contrato suscrito entre Inravisión y Producciones Ecos Ltda., adolece de un vicio *insalvable* que conlleva necesariamente a la

anulación del contrato por cuanto *no está fimado* por todas las partes que debían hacerlo, el señor Santiago Leyva Durán *quien actuó en su propio nombre* y además en representación de Producciones Ecos Ltda., no suscribió nunca el contrato, no entregó sus paz y salvos personales, no ofreció las garantías legales para todo contratista y eso, salvo mejor opinión del señor Magistrado produce la nulidad del contrato indefectiblemente. Pero es nulo además como se advirtió en la reposición, porque Producciones Ecos Ltda., estaba inabilitada para suscribir con Inravisión cualquier contrato atendiendo al antecedente del siniestro cuya indemnización en cuantía de $ 1.900.000.oo canceló Seguros Colina S. A., entre los meses de agosto y octubre de 1978. Así lo ordena el artículo 7º del Decreto 150 de 1976, literal b) que era el aplicable para el contrato 1507 en estudio y huelga hacer más disquisiciones a este respecto porque son tan claros los hechos y la prueba tan patente, que con la sola lectura del contrato se hace incontrovertible.

"La señora juez a este respecto manifiesta que es un hecho que no puede resolver el juzgado porque constituye problema de fondo, pero se olvida en mi sentir de que es la base del mandamiento de pago. Igual manifestación hace respecto al acta fiscal que por haberse efectuado *con seis meses de anterioridad a la resolución administrativa* viola flagrantemente el artículo 191 del Decreto 150 de 1976 que prevé *cuándo debe procederse a la liquidación de los contratos.*

"En efecto, el acta final se levantó el 10 de abril de 1984 y la Resolución 04371 es de octubre 17 de 1984 tampoco siendo como lo exige la norma, resolución de caducidad.

"De otra parte y para demostrar todo el peso jurídico que sustenta mi solicitud, hice alusión en la reposición a que la Resolución 04371 viola el Decreto 150 de 1976, el Decreto 222 de 1983, el Decreto 01 de 1984 y la Resolución 08660 de 1982 —póliza oficial— porque debía haberse proferido una resolución de caducidad o de incumplimiento y nunca una Resolución como la 04371, que declarara ocurrido un riesgo, que se utiliza para otro tipo de seguros como constituciones de hipotecas, cumplimiento de disposiciones legales, reexportación de mercancías etc. Pero no sólo por tratarse de un contrato administrativo ha debido dictarse una resolución de caducidad o de incumplimiento, sino que Inravisión consciente de esto en la parte considerativa de la Resolución 04371 hace alusión al numeral primero de la cláusula sexta de la Resolución 08660 —póliza oficial— pero *transcribe el numeral segundo* y por si fuera poco, las resoluciones no ordena como legalmente debía hacerlo el cobro al *deudor principal* sino se limita a exigir pago del fiador. Si la resolución no ordena exigir el pago al deudor principal, ¿cómo se libró el mandamiento de pago?, ¿se hizo o no más gravosa la situación del fiador? indiscutiblemente. Pero además la póliza no presta mérito ejecutivo puesto que la reclamación —notificación de la resolución— fue *oportunamente* objetada, lo que al tenor del artículo 1053 y a jurisprudencia del Consejo de Estado con ponencia del doctor Enrique Low Murtra de julio de 1981 enerva su mérito ejecutivo.

"Señores Magistrados, mi petición de revocatoria del mandamiento de pago, como ustedes pueden observarlo se fundamenta en hechos

que no admiten interpretación o duda y la prueba se encuentra en el proceso. En efecto de la lectura del contrato se observa queno está suscrito por Santiago Leyva Durán en su propio nombre; de la fecha del acta de liquidación y de la fecha de la Resolución 04371 se comprueba que se violó el artículo 191 del Decreto 150 de 1976; de la lectura de la póliza oficial —Resolución 08660— cláusula sexta y de la lectura de la Resolución 04371 se deduce que se motivó falsamente la última; en el proceso está la carta de objeción y entre su fecha y la Resolución 04371 no transcurrieron sesenta (60) días hábiles por lo que el tenor del 1053 numeral tercero del Código de Comercio, no presta mérito ejecutivo.

"En síntesis, respetuosamente considero que lo expuesto no puede considerarse como decisiones de fondo que exigen otro momento procesal puesto que lo que se discute es la existencia o inexistencia de título ejecutivo, y este es el momento procesal para ello.

"Si los documentos que conforman el título no otorgan el respaldo legal a un mandamiento de pago por los patentes vicios en comento, ese mandamiento debe ser revocado como respetuosamente lo he venido solicitando" (fls. 124, 125, 126 y 127).

*Se considera:*

Sabido es que la finalidad del recurso de apelación contra el mandamiento de pago es diferente a la de las excepciones.

El primero tiende a atacar los elementos formales que sirvieron al juez para dictar el mandamiento de pago conforme al artículo 497 del Código de Procedimiento Civil y que fundamentalmente están constituidos por "la demanda" y el "título ejecutivo".

Por la naturaleza especial de la jurisdicción coactiva puede no haber demanda, aunque en el presente caso sí la hubo y en debida forma.

En cuanto al título, el Decreto 01 de 1984, en su artículo 68 repitió el clásico y conocido concepto según el cual, prestan mérito ejecutivo los documentos en los cuales consta una obligación clara, expresa y exigible.

Las obligaciones a que se refiere el presente caso, reúnen todas esas condiciones, a saber:

*Son expresas*, pues constan en documentos en los que se formularon las cuentas sobre arrendamiento de espacios, servicios auxiliares, intereses moratorios y multas contractuales relacionadas en el acta final de liquidación del contrato 1507; *son claras*, pues resultan completamente determinadas en el acta final de liquidación, su causa está en el valor de los arrendamientos de espacios en las cadenas de T.V. no cancelados; es sujeto pasivo Producciones Ecos Ltda., Santiago Leyva Durán y la Compañía de Seguros Generales Aurora S. A.; es sujeto activo INRAVISION con quien se firmó el contrato de arrendamiento y a quien competía cobrar los arrendamientos dejados de pagar; y *son exigibles*, pues no existe respecto de dichas obligaciones condición alguna ni plazo pendiente que suspenda su exigibilidad.

Estos que son los elementos básicos que configuren el "título ejecutivo", constituyen a la vez los factores de discusión admisibles en el recurso de apelación, están plenamente establecidos en el presente caso. No deben confundirse con los motivos que pueda tener el ejecutado para plantear en la etapa de las "excepciones", que como se sabe, tienen un campo restringido a los términos del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil sin que sea dable debatir cuestiones que debieron serlo en la vía gubernativa (561 del C. de P. C.).

Dentro de este orden de ideas y con relación al alegato del representante judicial de la compañía de seguros garante, este Despacho observa:

1º No es aceptable la afirmación de falta de firma del contratista Santiago Leyva Durán en el contrato 1507 cuando en su encabezamiento aparece actuando "en su propio nombre y representación de la sociedad —Producciones Ecos Limitada—". Su firma visible en la página 18 del contrato (fl. 29) debe entenderse comprensiva de las dos calidades con que compareció.

2º Según la cláusula sexta de la póliza de cumplimiento 060 el siniestro se entiende causado cuando la aseguradora sea notificada de la resolución administrativa que declare la ocurrencia del riesgo y esto se concretó en la resolución que fue notificada a su representante legal (fl. 46) sin que hubiera interpuesto recurso alguno, o sea que quedó ejecutoriada.

3º La póliza de seguro de cumplimiento de por sí o integrada con el contrato y demás actos originados en éste, forman título ejecutivo complejo pero también completo en cuanto demuestran en forma clara la existencia de un obligación exigible conforme a los ordinales 4º y 5º del artículo 68 del Decreto 01 de 1984.

4º La póliza 060 es clara y se refiere al contrato 1507. El acta de liquidación final de abril 10 de 1984 también es perfectamente clara y por haber sido aceptada por el contratista quedó en firme, sin que sea propio de este momento considerar si la declaratoria de caducidad era obligatoria u opcional, tema que escapa al momento de la apelación del mandamiento de pago y es más propio de las excepciones.

La Sala considera que el mandamiento de pago dictado en el presente negocio se ciñe a la nueva definición de títulos ejecutivos que dio el Decreto 01 de 1984 en desarrollo de las precisas facultades que sobre el particular otorgó al Presidente de la República el artículo 11-9 de la Ley 58 de 1982, y que por su especialidad prima sobre algunas normas del Código de Comercio o del Código de Procedimiento Civil.

Por las anteriores consideraciones, 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,

*Resuelve:*

*Confírmase* el auto de mandamiento de pago dictado por el Juzgado Unico de Ejecuciones Fiscales con fecha 16 de septiembre de 1985 (fls. 63 y 64). En firme esta providencia, vuelva al Despacho para el trámite de las excepciones.

*Continúe* la ejecución.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Hernán Guillermo Aldana Duque,* Presidente; *Jaime Abella Zárate, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*JURISDICCION COACTIVA: PREJUDICIALIDAD.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., diecinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Proyectó: *Doctor Darío Rodríguez Vargas.*

Referencia: Expediente número 1138. Actor: Municipio de Pasto contra Caja de Compensación Familiar de Nariño. Jurisdicción coactiva. Excepciones propuestas por la parte ejecutada. Fallo.

Se decide en esta providencia, el incidente de excepciones propuestas por el apoderado judicial de la Caja de Compensación Familiar de Nariño, contra el auto de mandamiento de pago librado por la Tesorería Municipal de Pasto, el 20 de enero de 1986.

*Antecedentes:*

La Tesorería Municipal de Pasto, por auto del 20 de enero pasado, libró orden de pago por la vía ejecutiva, a favor del Municipio de Pasto y a cargo de la citada contribuyente, por la suma de nueve millones doscientos dos mil doscientos noventa y un pesos ($ 9.202.291), las costas y los intereses causados (fl. 64).

Sirvió de título ejecutivo, la Resolución número 135 de octubre 8 de 1985, expedida por la Jefatura de Impuestos del Municipio de Pasto, por concepto de impuesto de industria y comercio correspondiente a los años fiscales de 1983, 1984 y 1985 (fls. 13 a 18).

Notificado el auto de mandamiento de pago, el 31 de enero de este año, el representante legal de la ejecutada, propuso por intermedio de apoderado judicial, la excepción de pleito pendiente en escrito presentado el 13 de febrero pasado (fls. 6 a 9 y 65).

Fundamentó esta petición el apoderado de la excepcionante, en el numeral 8º del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, puesto que entre las mismas partes se tramita actualmente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Nariño, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la operación administrativa que determinó los impuestos de industria y comercio a cargo de la actora, por las vigencias fiscales de 1983, 1984 y 1985.

Finalmente solicitó la suspensión del proceso ejecutivo, en consideración a lo expuesto anteriormente.

*Para resolver se considera:*

En cuanto a la excepción propuesta por la parte ejecutada de pleito pendiente, la Sala observa que, al tenor del inciso 2º del artículo 503 del Código de Procedimiento Civil, en el juicio ejecutivo cuando el título consista en una sentencia de condena o en otra pendiente que conlleve ejecución, puede sólo postularse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que ellas se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la nulidad en los casos contemplados en los incisos 2º y 3º del artículo 154, la de pérdida de la cosa debida, *y las previas de que tratan los numerales 1º a 5º del artículo 97* ibídem (Subraya la Sala).

En el caso que se examina, la operación administrativa que determina el impuesto de industria y comercio a la contribuyente en la suma de $ 9.202.291; conlleva una ejecución, y en consecuencia no puede alegarse la excepción de pleito pendiente, como excepción previa (inciso 2º, art. 509 del C. de P. C.).

De otra parte el numeral 2º del artículo 170 del mismo código, establece que el juez debe decretar la suspensión del proceso, cuando la decisión que deba tomar en la sentencia dependa de la que se haya de adoptar en otro proceso, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo.

En el evento a estudio, la parte ejecutada allegó al proceso, constancia del Tribunal Administrativo de Nariño, donde certifica la admisión de la demanda presentada por la Caja de Compensación Familiar de Nariño, contra los actos administrativos de liquidación del impuesto de industria y comercio por las citadas anualidades fiscales (fl. 3 vto.).

En tales condiciones en el caso de autos, se configura el fenómeno jurídico de la prejudicialidad, puesto que se halla acreditado la existencia de otro proceso, de cuya decisión depende la que se tome en esta sentencia.

Al respecto comenta el ilustre profesor Devis Echandía, en su obra "Compendio de Derecho Procesal":

> "Para nosotros existe prejudicidad cuando se trate de una cuestión sustancial pero conexa, que sea indispensable resolver por sentencia en proceso separado, ante el mismo despacho judicial o en otro distinto, para que sea posible decidir sobre lo que es materia del litigio voluntario en el respectivo proceso, que debe ser suspendido hasta cuando aquella decisión se produzca y sin que sea necesario que la ley lo ordene".

En efecto, en el caso *sub lite* al presentar la ejecutada el escrito de excepciones, existía ya cuestionamiento contra la Resolución número 135 de octubre 8 de 1985, que sirvió de título ejecutivo, pues fue objeto

de demanda en juicio contencioso administrativo que se adelanta en el Tribunal mencionado (fls. 3 vto. y 6 a 10).

Si bien es cierto que los actos administrativos que integran el título ejecutivo cuyo cobro se adelanta por vía de jurisdicción coactiva, están amparados por la presunción de legalidad y conservan el carácter de ejecutorios que le confiere el Decreto 01 de 1984, sin embargo habrá que ordenarse de conformidad con lo dispuesto en los artículos 170 inciso 2º y 172 del Código de Procedimiento Civil, la suspensión del proceso solicitada por la excepcionante, hasta tanto no se decida la acción de nulidad y restablecimiento del derecho propuesta por la contribuyente ante esta jurisdicción.

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,

*Resuelve:*

1º No procede la excepción de pleito pendiente, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2º Suspéndase el proceso de ejecución coactiva adelantado por la Tesorería Municipal de Pasto, contra la Caja de Compensación de Nariño, de conformidad con lo establecido en el artículo 172 del Código de Procedimiento Civil.

Cópiese, notifíquese, devuélvase a la oficina de origen y cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Jaime Abella Zárate.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*JURISDICCION COACTIVA.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Enrique Low Murtra.*

Proyectó: *Doctor Gustavo Lora Cubillos.*

Referencia: Radicación 1153. Jurisdicción coactiva. Ejecutivo del Departamento de Antioquia contra Blanca Libia Tejada de Ríos (Seguros Colina S. A.). Excepciones. Fallo.

El apoderado judicial de Seguros Colina S. A., mediante poder otorgado por el doctor José Darío Gómez, representante de la sucursal de esta compañía en la ciudad de Medellín, en escrito visible a folio 52 propone las excepciones de "falta de causa" e "inexistencia del título ejecutivo".

El mandamiento de pago fue librado a favor de la Tesorería General del Departamento de Antioquia el día 5 de marzo de 1985 por la suma de $ 1.162.485.72 y se encuentra respaldado por la póliza colectiva de seguro de manejo número M-2-1066 expedida por Seguros Colina S. A.; igualmente por los fenecimientos con alcance números 270, 322 y 350 de junio 12, julio 23 y 24 de 1984 respectivamente, expedidos por la Contraloría General de Antioquia a cargo de la cuentadante Blanca Libia Tejada de Ríos con cédula de ciudadanía número 32.506.933 (Corporación de Turismo de Antioquia, expendio de Licores Barranquilla "Aeropuerto Ernesto Cortizos"), los cuales aparecen legalmente ejecutoriados (fls. 1 a 37).

El apoderado de la compañía ejecutada fundamenta las excepciones, así:

1º *Falta de causa.*

"La fundamento en el hecho de que mediante la póliza M-2-1066, Seguros Colina S. A. 'ampara' a la Corporación de Turismo de Antioquia 'TURANTIOQUIA' '...contra toda pérdida de dinero u otros bienes muebles de su propiedad, o sobre los cuales tenga interés pecuniario, o sean mantenidos por el asegurado en cualquier carácter, sea o no legalmente responsable de ellos que aconteciere durante la vigencia del presente seguro, *como consecuencia de actos fraudulentos, cometidos por uno o varios empleados del asegurado...*', y el mandamiento de pago tiene como base la falta de cumplimiento de requisitos

de forma, o de fondo, pero en ningún momento actuaciones delictuosas o fraudulentas de nuestro asegurado".

2º *Inexistencia del título ejecutivo.*

"Fundamento esta excepción en el hecho de que al funcionario ejecutor no le fue remitida la copia auténtica de la aprobación de la fianza por parte de la Contraloría Departamental, ya que esta es parte integrante del documento de fianza a que se refiere el artículo 448 literal a) del C. F. de A.".

*Se considera:*

Sobre las excepciones planteadas (falta de causa e inexistencia del título ejecutivo) la ejecutada básicamente aduce que la póliza ampara toda pérdida de dinero u otros bienes muebles pertenecientes a la Corporación de Turismo de Antioquia "TURANTIOQUIA", mas no el incumplimiento de requisitos de forma o de fondo en la rendición de las cuentas de los afianzados y que además, no le fue remitida la copia auténtica de la respectiva fianza aprobada por la Contraloría Departamental.

Sobre el particular, conviene precisar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, en este tipo de ejecución sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que ellas se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia: La nulidad en los casos contemplados en los incisos segundo y tercero del artículo 154; la pérdida de la cosa debida; y las previas de que tratan los numerales 1º y 5º del artículo 97.

De otra parte, preceptúa el inciso 2º del artículo 561 del Código de Procedimiento Civil que en las ejecuciones por jurisdicción coactiva no pueden debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa. En efecto, la compañía ejecutada tuvo conocimiento de los fenecimientos con alcance números 270 de junio 12 de 1984, 322 de julio 23 de 1984 y 350 de julio 24 de 1984, los cuales eran susceptibles del recurso de reposición (fls. 3, 17, 33).

Por último, se anota lo afirmado por el apoderado de la entidad demandante en el sentido de que "lo preceptuado por el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil se encuentra en concordancia con el artículo 1053 del Código de Comercio que dice: *La póliza presta mérito ejecutivo en contra del asegurador por sí sola.* Transcurridos 60 días a partir de aquel en que el asegurado o el beneficiario o quien lo represente, entregue al asegurador la reclamación, sin que dicha reclamación se haya objetado (el siniestro le fue notificado a Seguros Colina S. A., fls. 3, 17 y 33, y no fue *objetado* por la compañía aseguradora)". Folios 65 y 66. A esto cabe añadir que el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, ordinal 5º, establece mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva a "las demás garantías que a favor de esas entidades públicas se presten por cualquier concepto".

Por consiguiente, la Sala con fundamento en las anteriores consideraciones habrá de declarar la no prosperidad de las excepciones propuestas por el apoderado de Seguros Colina S. A.

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

*Falla:*

1º Declarar la no prosperidad de las excepciones propuestas de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2º Ordenar que la ejecución siga adelante en el juzgado del conocimiento en la forma como fue decretada.

3º Disponer la devolución del expediente a la oficina de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn,* Ausente.

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*NOTIFICACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO.*
*1º Reglamentación en el Decreto 01 de 1984.*
*2º Requisitos que debe cumplir toda notificación.*
*3º Responsabilidad de funcionarios en alguna omisión.*
*4º Ineficacia del acto.*
*ACTO ADMINISTRATIVO. Ineficacia.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., veintiocho de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0031. Actor: Instituto de Desarrollo Urbano —IDU—. Jurisdicción coactiva. Fallo.

En juicio de jurisdicción coactiva indicado en la referencia, se entra a resolver el incidente de excepciones propuestas por el apoderado de Seguros del Estado S. A.

*Antecedentes:*

El 29 de julio de 1985, la División I de Ejecuciones Fiscales del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá, D. E., libró orden de pago por la vía ejecutiva a su favor y a cargo de la Compañía de Seguros del Estado S. A., por la cantidad de $ 1.709.622, más las costas judiciales y los intereses causados.

El auto citado fue notificado personalmente al Primer Suplente del Presidente de la Compañía de Seguros del Estado S. A., el 16 de septiembre de 1985 (fl. 90 vto.).

Sirvió de título ejecutivo el contrato de obra número 057 de 1982 suscrito entre el IDU y el contratista Fernando Cardoso Rodríguez (fls. 1 y ss.) junto con una copia de la Resolución número 257 del 6 de septiembre de 1984 (fls. 51, 52 y 53) emanada de la Dirección Ejecutiva del IDU y la póliza número 48034 expedida por la Compañía de Seguros del Estado S. A., para garantizar la estabilidad de la obra por la suma de $ 1.709.622.

Por medio de apoderado judicial el 26 de septiembre de 1985 (fls. 96, 97 y 98) propuso las siguientes excepciones:

I. Inefectividad del acto administrativo en que se basa la ejecución.

Insiste el señor apoderado de la Compañía de Seguros ejecutada en la ineficacia de la Resolución 257 de septiembre 6 de 1984 del IDU, como componente del título ejecutivo que sirvió para librar mandamiento de pago, en atención a que, según el libelista, carece de eficacia por haberse violado por parte de la Secretaría del IDU las previsiones que debe contener el texto de la notificación de los actos administrativos según el artículo 44 del Decreto 01 de 1984.

Recuerda que dicho artículo obliga a indicar los recursos que proceden, las autoridades ante quien deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El hecho en el cual se basa para considerar violada la anterior disposición, radica en que en el texto de la notificación no se indicaron tales previsiones de ley sino en el cuerpo mismo de la resolución (Nº 3 de la parte resolutiva), pero en forma incompleta, al decir: "Artículo tercero: Contra la presente providencia proceden los recursos de reposición y apelación en los términos del Decreto 01 de 1984".

II. Ausencia del título ejecutivo, con base en los siguientes argumentos:

1º Falta de expresividad y claridad de la obligación.

Los daños que se presentaron en la obra imputables al contratista no fueron avaluados.

2º Inexigibilidad de la obligación.

Para que la obligación a cargo del asegurador derivada de póliza de cumplimiento o garantía de un contrato con la Administración, pueda ser exigida es menester que exista una manifestación de voluntad de la entidad, concretada en un acto administrativo que se encuentre en firme.

III. No imputabilidad de la obligación.

Para que la póliza de estabilidad de obra pueda hacerse efectiva, se requiere el incumplimiento imputable de la obligación afianzada, es decir, que el daño obedezca a una negligencia o culpa que provenga del contratista afianzado, lo cual no sucede en el presente caso.

IV. Compensación.

Al liquidar la obligación a cargo de Seguros del Estado pide que se compense con el saldo retenido por el Instituto de Desarrollo Urbano, a favor del ingeniero Fernando Cardoso Rodríguez conforme al acta de liquidación del contrato y demás anexos.

El Instituto de Desarrollo Urbano por medio de apoderada judicial en su escrito que obra a folios 109 a 112 y 117 a 119, impugnó las pretensiones de la entidad demandada, manifestando que las excepciones propuestas no se encuentran comprobadas.

*Se considera:*

1º *Inefectividad del acto en que se basa la ejecución.*

Los requisitos de la notificación de las providencias en general y las del orden administrativo en particular, no constituyen un rito carente de sentido sino que corresponden al principio de "publicidad" en virtud del cual las autoridades deben dar a conocer sus decisiones y al de "contradicción" en virtud del cual los interesados tienen oportunidad de controvertir esas decisiones por los medios legales, principios estos consagrados en el artículo 3º del Decreto 01 de 1984 como orientadores de las actuaciones administrativas.

Esta es apenas una parte del fundamento de las disposiciones contenidas en los artículos 43 a 48 del Decreto 01 de 1984 y que ampliaron la reglamentación que sobre el mismo particular contenía el Decreto 2733 de 1959 y que por tal razón no puede calificarse de sistema novedoso o sorpresivo.

Sin el lleno de tales requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ordena el artículo 48, y a continuación deduce como consecuencia que la decisión no producirá efectos legales, a menos que el ciudadano la acepte o utilice en tiempo los recursos legales.

Dentro de los requisitos que debe cumplir toda notificación, el artículo 47 indicada con absoluta claridad que en su texto debe informarse sobre los recursos, así:

a) Los recursos que proceden contra la providencia;

b) Las autoridades ante quienes deben interponerse, y

c) Los plazos para hacerlo.

Confrontadas estas disposiciones legales con la forma de notificación utilizada por el IDU, en el caso que se estudia, se observa que no fueron cumplidos tales requisitos. En efecto, el informe sobre recursos procedentes hecha en la parte resolutiva de la providencia, aunque no es la forma legal tampoco es criticable porque cumple en igual o mejor forma el propósito de comunicación de la providencia, máxime cuando al hacer la notificación personal se entrega gratuitamente una copia íntegra de la decisión. Pero en cambio, la simple remisión general al Código o Decreto 01 de 1984 en sustitución del informe sobre especificación de las *autoridades* competentes y los *términos* dentro de los cuales deben interponerse, no es manera adecuada de reemplazar los ordenamientos de la ley.

No es posible distinguir por razón de las condiciones personales del administrado si estuvo o no imposibilitado por esas omisiones a interponer los respectivos recursos. La ley establece por igual esos requisitos y los efectos de la omisión también son generales e impersonales.

De las consecuencias de tal omisión debe responder la administración o los funcionarios que en ella intervinieron pero no los ciudadanos.

Como de la ineficacia del acto originada en tal falta pueden derivarse perjuicios materiales para la administración pública, esta Sala considera indispensable que la entidad no sólo adelante la investigación tendiente a establecer las posibles sanciones disciplinarias sino además, impartir las instrucciones para corregir y adecuar los sistemas utilizados en la notificación de las providencias en forma que se dé estricto cumplimiento a las prescripciones legales.

2º Finalmente, por encontrar fundada y probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo, la Sala se abstiene de considerar las demás propuestas por el ejecutado.

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

*Falla:*

1º *Declárase* probada la excepción de inefectividad del acto administrativo en que se basa la presente ejecución por falta de notificación de la Resolución número 257 del 6 de septiembre de 1984 dictada por el Instituto de Desarrollo Urbano, IDU.

2º Por la Secretaría de esta Sala, remítanse copias de la presente providencia y de las demás piezas pertinentes, a la Personería Distrital para la investigación y sanciones disciplinarias a que haya lugar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(La presente providencia se discutió y aprobó en la sesión de Sala de la fecha).

*Hernán Guillermo Aldana Duque,* Presidente; *Jaime Abella Zárate, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

*ACTO ADMINISTRATIVO. FIRMEZA Y NOTIFICACION.*

*CREDITOS A FAVOR DEL ESTADO.*

*GARANTIA GLOBAL DE GIRO.*

*JURISDICCION COACTIVA. TITULO EJECUTIVO. VIAS PARA DISCUTIRLO.*

*1º Régimen del título ejecutivo fiscal y el mandamiento de pago.*

*2º ¿Qué constituye título ejecutivo?*

*3º Vias principales para discutir los títulos ejecutivos cobrables por jurisdicción coactiva.*

*4º MANDAMIENTO DE PAGO. REVOCACION.*

*Causales de excepciones. Juez competente.*

*5º OBLIGACIONES DE HACER. MORA. GARANTIA GLOBAL DE GIRO.*

*6º CREDITOS A FAVOR DEL ESTADO. ¿Pueden aplicarse disposiciones del artículo 1595 del Código Civil? La ley, no exige que se constituya al deudor en mora, previo requerimiento judicial, sino que contempla una hipótesis bien diferente, la de que el deudor se ha constituido en mora, por no haber ejecutado la obligación dentro del plazo previsto.*

*JURISDICCION COACTIVA. CAUCION. OTORGAMIENTO POR LA NACION. ¿OBLIGACION?*

*1º Finalidad de la caución.*

*2º Tal hipótesis es extraña a la administración. Razón.*

*JURISDICCION COACTIVA. Mandamiento de pago. Revocación.*

*NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. OBLIGACIONES DE HACER. MORA.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número 1473. Actor: La Nación contra Gabriel Cure & Cía. Ltda. Jurisdicción coactiva. Apelación del auto de 10 de mayo de 1985 del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales. Auto.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la procuradora judicial de "Gabriel Cure & Cía. Ltda.", contra el auto de 10 de mayo de 1985 (fl. 18), modificado por el de 28 de febrero de 1986 (fls. 46 y 47)

y el de 9 de abril de 1986 (fl. 61), proferidos por el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales, en virtud de los cuales libró orden de pago por la vía ejecutiva, contra la sociedad demandada por la suma de $ 37.213.705.26, cantidad esta que por el auto últimamente aludido se fijó en $ 33.797.110.22 y se dispusieron medidas cautelares.

*I. Antecedentes:*

1. Fundamento del auto de mandamiento de pago.

Con base en las Resoluciones números 1-12318, confirmado por la N. C. 1456 del 29 de agosto de 1985, y 1-12319 del 16 de octubre de 1984, expedidas por la Oficina de Cambios del Banco de la República, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva por la suma total de $ 37.213.705.26 contra la sociedad "Gabriel Cure & Cía. Ltda.", suma reducida a $ 33.797.110.20, en auto de 28 de febrero de 1986, en virtud de la Resolución CR-1756 de 25 de agosto de 1985.

Las resoluciones primeramente citadas declararon el incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la garantía global de giro con cláusula penal por fletes de importación a Zona Franca, distinguida con el número 361 de julio 5 de 1983, con relación a las licencias de cambios números 11796 de julio 25 de 56039 de agosto 30 de 1983.

2. El objeto de la garantía global y plazo para su pago.

El 30 de junio de 1983, la parte demandada constituyó ante la Oficina de Control de Cambio del Banco de la República la garantía global de pago número 361, aprobada el 15 de julio de 1983, a fin de responder por la correcta utilización de las divisas que con cargo a dicha garantía se le autorizaron mediante licencias de cambio destinadas a cubrir el valor de las obligaciones derivadas de importaciones y sobre las cuales no fuera posible presentar, al momento del giro, el extracto de importación correspondiente.

Adquirió la demanda la obligación de presentar a la Oficina de Cambios, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de aprobación de cada licencia, el extracto de importación para el reembolso o, en su defecto, certificado de reintegro expedido por el Banco de la República, en caso de que la operación mercantil no se efectuara.

El valor de la garantía ascendió al 100% del valor en moneda legal de cada una de las licencias de cambio aprobadas con cargo a la garantía, según tasa de cambio vigente al momento de aprobación de cada licencia, fijada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas, por vencimiento del plazo, se convino que "la Oficina de Cambios quedaba facultada para exigir a título de pena convencional a favor del Tesoro Nacional, el 100% del valor de las licencias cuya debida utilización no se comprobare", pena convencional que se hará efectiva para concurrencia de la parte no satisfecha.

*II. Los títulos ejecutivos: Contenido y notificación:*

a) Resolución 112318 de 16 de octubre de 1984 (fl. 5).

Se establece en ella que la parte excepcionante obtuvo la licencia de cambio número 11796 de junio 25 de 1983, con el objeto de cubrir el valor de obligaciones derivadas de importaciones, correspondientes al Registro de Importación número 044577 de junio 17 de 1982, por valor de US$ 364.430.74.

Igualmente se precisa que el garante no demostró oportunamente el empleo correcto de las divisas adquiridas a través de la licencia de cambio, y que el plazo para hacerlo venció el 25 de julio de 1984, y se precisa que el solo vencimiento del plazo previsto en la garantía se entiende incumplidas las obligaciones allí estipuadas, todo sin perjuicio de la exigencia de la obligación principal.

Consecuencialmente, la Oficina de Cambios del Banco de la República declaró incumplidas las obligaciones estipuladas en la garantía global de pago número 361 en lo que respecta a la licencia de cambio número 11796 de julio 25 de 1983 por la suma de $ 28.334.490.04.

Esa resolución fue confirmada por la número C-1456 de 29 de agosto de 1985 (fls. 36 y ss.).

b) Resolución número 112319 de 16 de octubre de 1984.

En igual sentido y por las mismas causas, el Banco de la República expidió la Resolución número 112319 de 16 de octubre de 1984, por la cual declaró el incumplimiento de las obligaciones contempladas en la garantía global de giro con cláusula penal número 361 de 1983, en cuanto a la licencia de cambio número 056039 de 1983, en cuantía de $ 8.879.512.22, proporción de la parte incumplida de la citada garantía con relación a la importación a que la resolución se refiere;

c) Las providencias anteriores se notificaron por edicto que, en lo pertinente, dijo:

En relación con la Resolución número 112318:

"Contra la anterior providencia procede el recurso de reposición ante el Subjefe de la División Jurídica y en subsidio el de apelación ante el Jefe de la misma, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de desfijación del presente edicto.

"Este edicto permanecerá fijado por el término de diez (10) días hábiles contados a partir del 26 de octubre de 1984, se desfija el 9 de noviembre de 1984 a las 5:30 p.m." (fl. 7).

En relación con la Resolución 112319:

"

.....

"Este edicto permanecerá fijado por el término de diez (10) días hábiles contados a partir del 26 de octubre de 1984, se desfija el 9 de noviembre de 1984 a las 5:30 p.m." (fl. 14).

A este medio de notificación se acudió por la Oficina de Cambios en virtud de que, citados los interesados por comunicación remitida por correo certificado, no comparecieron.

El 4 de enero de 1984, el Jefe de la Sección de Procedimiento Administrativo de la Oficina de Cambios certificó que las Resoluciones 112318 y 112319 se hallaban ejecutoriadas, luego de haber ordenado, el 16 de octubre de 1984 que se procediera a la notificación de las mismas por edicto con base en el informe secretarial de falta de comparecencia del representante de los demandados, no obstante su citación a fin de notificarlo personalmente, como ya se dijo (fls. 10, 17 y 44).

*III. Mandamiento de pago:*

1. Mandamiento de pago y cuantía inicial.

Con base en los documentos citados, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales profirió mandamiento de pago (fl. 18), por la suma de $ 37.213.705.26.

Con posterioridad a esto, la Oficina de Cambios, en providencia CR-1756, de agosto 25 de 1985, revocó parcialmente y en forma extraordinaria la Resolución número 112319, en la cual estableció que el monto de la suma a cargo de Gabriel Cure & Cía. Ltda. a que aludió la Resolución 112319, no era de $ 8.879.215.22, sino de $ 5.462.620.18, valor por el cual debía proseguir el juicio ejecutivo.

La resolución modificatoria fue notificada debidamente y se ejecutorió.

2. Modificación de la cuantía del mandamiento de pago.

Por auto de veintiocho de febrero de mil novecientos ochenta y seis redujo el valor del mandamiento de pago de $ 37.213.705 a $ 33.797.110.22 (fl. 47).

En esta providencia se requirió por tercera vez al representante de la compañía demandada, a fin de que compareciera a notificarse del mandamiento de pago.

Igualmente, en ella se dispusieron medidas cautelares *(ibidem)* las cuales fueron practicadas sobre saldo en Banco de la excepcionante, y sobre los activos de cada socio en la compañía (fl. 61), embargo que fue comunicado para los efectos de la ley a la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 62).

*IV. Otorgamiento de poder y ejercicio del mismo:*

1. Otorgamiento de poder.

El 19 de abril de 1984, la doctora Dora Mariño Flórez presentó ante el Juzgado Ejecutor un poder que le había otorgado el señor Gabriel Cure Neme, en calidad de representante legal de la sociedad ejecutada y en virtud de él se le notificó el mandamiento de pago (fls. 72 y 74).

2. Ejercicio del poder y argumentos de la ejecutada contra el mandamiento de pago.

La apoderada de la sociedad demandada interpuso recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, contra el auto de mandamiento de pago y la providencia que decretó medidas de cautela, solicitud que fundó así: (vid. fls. 76, 78 y ss. y 147 y ss.).

1: Falta de otorgamiento de caución para el embargo.

2. Falta de competencia del juzgado para dictar medidas previas, por cuanto en estos juicios no son aplicables los artículos 513 y 514 del Código de Procedimiento Civil, por hallar que se oponen al artículo 565 *ibídem.*

3. Falta de constitución previa en mora del deudor, condición exigible dada la naturaleza de cláusula penal en la obligación que se cobra en este proceso.

Estima la recurrente que las obligaciones que constan en los títulos ejecutivos aducidos al proceso no prestan mérito ejecutivo por pretermisión de lo dispuesto en los artículos 1594 y 1595, en armonía con el numeral 1º (sic) del artículo 1608 *ibídem*, "en el sentido de que sólo podrán (sic) el acreedor demandar la exigibilidad de la cláusula penal *cuando previamente ha constituido en mora al deudor* que no se dado en el presente caso" (sic) (subrayas del despacho) (fl. 79).

Cree la apoderada que "el deudor no incurre en la pena si no se le ha constituido en mora".

De lo dicho deduce no ser exigible la obligación, pues el vencimiento del plazo previsto en la garantía, no hace exigible la pena.

Destaca, además, que el requerimiento supone un acto judicial para que el obligado cumpla, debiendo ser el deudor reconvenido judicialmente.

4. Falta de ejecutoriedad de los actos contentivos y constitutivos de los títulos, la cual consiste, según la actora, en que la ejecutoriedad es un requisito para que nazca a la vida jurídica la exigibilidad de la obligación cuyo cumplimiento en forma coactiva se demanda.

Destaca la recurrente que la fecha en la cual la Oficina de Cambios del Banco de la República certificó que las Resoluciones 112318 y 112319 se hallaban ejecutoriadas y se "anticipó a ellas en 9 meses", es así como la fecha de tal declaratoria es enero 14 de 1984 (ver fls. 7 y 14) y las fechas de las referidas resoluciones son 16 de octubre de 1984, circunstancia que a su juicio crea un caos procesal al sustraerse del proceso la debida constancia de la ejecutoriedad, requisito previo para dictar mandamiento de pago, el cual cree posible deducir de la preceptiva de los artículos 68, ordinal 5º y 139 del Código Contencioso Administrativo (fl. 82).

No hallándose probada la ejecutoriedad de las resoluciones que sirven de título, estima la demandada que el mandamiento de pago debe revocarse.

5. Considera que al no indicarse la fecha y la hora en que se fijaron los edictos para notificar las resoluciones citadas, la formalidad de la notificación no se ajustó a la ley (art. 45 del C. C. A., 323 y 324 del C. de P. C.), por lo cual los actos citados no son eficaces, los que carecerán de firmeza y ejecutoria.

6. Finalmente, afirma que los títulos carecen de claridad; y hace consistir este defecto en que no tienen precisión al expresar la suma en moneda legal colombiana, cuya correspondiente en moneda extranjera pactada no se explica, pues el tipo de cambio oficial que sirve de base al cálculo de equivalencia no se demostró dentro del proceso.

*V. La providencia del Juzgado de 10 de septiembre de 1986 por la cual decide la reposición contra el aumento de mandamiento de pago y los autos que decretaron medidas cautelares:*

En la providencia mencionada arriba, el juzgado de instancia dispuso confirmar el mandamiento de pago y las órdenes de embargo dictadas dentro del proceso.

Se basó para ello en los siguientes razonamientos:

a) Las providencias esgrimidas como título ejecutivo se notificaron debidamente por edicto ante la no comparecencia del representante legal de la demandada para notificarse personalmente;

b) Los demás argumentos de la recurrente no pueden ser objeto de decisión, pues debieron ser debatidos en la vía gubernativa;

c) Para que proceda el levantamiento de las medidas cautelares, la actora debe satisfacer los requisitos del artículo 511 del Código de Procedimiento Civil;

d) Los títulos reúnen los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil y por todo lo anterior confirma sus decisiones, manteniendo el mandamiento de pago y las medidas previas discutidas.

*VI. Consideraciones de la Sala:*

1. El régimen del título ejecutivo fiscal y el mandamiento de pago.

Lo propio de la Administración es imponerse por sí misma. De allí que el procedimiento usual en el actuar administrativo sea la decisión unilateral, cuya *validez* puede controvertirse por los afectados a través de los recursos y acciones, cuando se trata de decisiones particulares, o de estas últimas, si de actos generales se trata (arts. 49, 50 y 84 del C. C. A.), y cuya *eficacia* puede enervarse a través de las excepciones de ley en el proceso administrativo, en la vía judicial ordinaria, o en la vía ejecutiva especial.

En materia de créditos a favor del fisco, la ley previene, por vía de principio, que ellos deben consistir en decisiones ejecutoriadas, que gozan de la presunción de cosa decidida (actos administrativos), o de cosa juzgada (sentencia).

Por ello, en uno y otro caso, los elementos que definen su existencia y condicionan su validez no pueden ser motivo de discusión en vía judicial coactiva. Sólo se pueden debatir, como materia de excepciones, aquellos hechos posteriores al acto o sentencia y en la forma limitada que establece la ley (art. 509 del C. de P. C.).

Según la ley (art. 68 del C. C. A.), constituye título ejecutivo, cobrable por jurisdicción coactiva, entre otros, todo acto administrativo ejecutoriado que imponga a favor de la Nación, de una entidad territorial, o de un establecimiento público de cualquier orden, la obligación de pagar una suma líquida de dinero, en los casos previstos en la ley, y las demás garantías que a favor de entidades públicas se presten por cualquier concepto, los cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declara la obligación.

La ley ha establecido así que los títulos ejecutivos cobrables por jurisdicción coactiva tienen tres vías principales para ser discutidos:

a) La vía de la acción de nulidad o la de restablecimiento del derecho y que en ella será posible intentar ataque en contra de la existencia o la validez del acto administrativo;

b) La vía de la revisión, en los casos taxativos en que ella proceda para intentar invalidar el título ejecutivo que consista en sentencia; y

c) La vía de las excepciones tendientes a enervar el título por causa posterior a su creación, para tornarlo ineficaz definitiva o provisionalmente.

Cada vía corresponde a causas y finalidades, a través de procedimientos diferentes, y viceversa. De ahí que el ejecutado no pueda proponer a su guisa cualesquier de esos caminos con las causales que le plazca, sino que la ley procesal lo constriñe —y de contera al juez—, a utilizar los remedios que sean útiles con la medicina apropiada, y por la vía procesal prevista.

Por tanto:

1º No pueden proponerse como causales de revocación del mandamiento de pago hechos que incidan o puedan determinar la invalidación del título por lo vicios que señala la ley como causales de su nulidad.

El tema es de la competencia del juez de la validez del acto constitutivo del título y por el procedimiento ordinario, mas no del juez de la ejecución y por la vía de la apelación dentro del proceso ejecutivo en su modalidad coactiva.

2º No pueden proponerse como causales de excepciones sino las taxativamente enumeradas en el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil y ello ante el juez de las excepciones, y dentro del procedimiento del juicio ejecutivo.

2. Examen del recurso de apelación y de los motivos de inconformidad de la recurrente.

a) Recurso de apelación. Argumentación.

Esta Corporación examinará los argumentos dados por la Procuradora judicial de la ejecutada siguiendo el orden de presentación en sus memoriales de reposición, cuya síntesis ya se hizo, en el que pre-

sentó en este grado jurisdiccional para reiterar su solicitud y sustentar la apelación.

En este último sintéticamente arguye:

a) Falta de constitución previa en mora del acreedor, para el pago de la pena pactada en la garantía global del giro número 361 de 5 de julio de 1983, para lo cual reiteró sus razonamientos sobre la base de las previsiones de los artículos 1594 y 1595 e inciso 1º del artículo 1608 del Código Civil, sugiere que las citadas normas son aplicables al caso que se examina, dada la similitud jurídica entre las obligaciones de hacer garantizadas con cláusula penal y las garantías globales de giro con cláusula penal", y al efecto cita la providencia de junio 29 de 1984 de esta Sección, en que fuera ponente el Consejero de Estado doctor Low Murtra.

Cree la recurrente que, dada la naturaleza de la obligación, el Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales debió primeramente requerir a su mandante y que confundió la citación de la deudora con su requerimiento; también sostiene que la citación del deudor en la vía gubernativa no sustituye la obligación de requerimiento previo para efectos de constituirlo en mora;

b) Falta de ejecutoria de los actos que sirven de títulos ejecutivos, la cual estriba en que (art. 68 del C. C. A.) ellos deben estar ejecutoriados para que presten el mérito que les es propio. Sobre este particular reitera sus argumentaciones relativas a la fecha de certificación de ejecutoria de las mismas, y a la falta de indicación de la hora en la cual comenzó la fijación de los edictos notificativos de las Resoluciones 112318 y 112319 de la Oficina de Cambios del Banco de la República;

c) Falta de claridad de las obligaciones que se pretenden cobrar, por no haber indicado en las resoluciones ya citadas la tasa de cambio a que se convirtieron los valores señalados en moneda liberatoria americana, según la garantía global de giro 361 de julio 25 de 1983.

Critica la demandada el auto de 10 de septiembre de 1986, por considerar que no es cierto que el representante judicial de la ejecutada no hubiera atendido las citaciones que se le hicieron en la vía ejecutiva, y que no es cierto que los argumentos que expuso y que el *a quo* se abstuvo de examinar hubieran debido ser objeto de debate en la vía gubernativa, pues "la única oportunidad para alegar la notificación o ilegalidad del mandamiento de pago, con fundamento en que los documentos que le dieron origen no cumplían los presupuestos del artículo 68, ordinal 5º del Código Contencioso Administrativo, para producir mérito ejecutivo, era precisamente en el recurso de reposición y apelación, como en efecto lo hizo" (fl. 101).

Sostiene en el memorial a que se está aludiendo, que las irregularidades denunciadas que por vía de excepción también "es procedente la impugnación del mandamiento de pago y título ejecutivo como excepción de nulidad en todos los casos en que se fundamenta en hechos anteriores al vencimiento del plazo para proponer excepciones, por ilegal notificación al demandado en el procedimiento administrativo..."

Finalmente la recurrente estima que el *a quo* ha debido examinar la regularidad de los actos remitidos por el Banco de la República para establecer, lo que en su sentir no se hizo, si ellos reunían las condiciones del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil.

Repite sus argumentaciones contra la adopción de las medidas previas, haciendo mención especial de la falta de otorgamiento de caución a favor del ejecutante y a cargo de la Administración ejecutante, y negándole al Juez Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales la facultad de practicar embargos anticipados.

a) Examen de las argumentaciones.

a.1. Inexigibilidad de la obligación por parte de requerimiento judicial previo a la ejecutada.

En relación con el argumento de la actora consiste en la falta de exigibilidad de la obligación por falta de requerimiento previo del deudor para constituirla en mora, es necesario examinar si tal argumentación se relaciona con la existencia misma del título o con su exigibilidad o eficacia.

La obligación, como deber de pagar, hacer o no hacer existe desde cuando las partes se ponen de acuerdo sobre sus elementos o desde cuando la condición de la cual pende su nacimiento se realiza.

Si la obligación existe (essens de la relación jurídica) y ella es expresa, clara y exigible, es procedente que el juez libre orden de que se pague (en el caso de obligaciones con esta clase de solución), si, además, ella constituye plena prueba contra el deudor (art. 488).

Esa es la idea que sostiene la validez del título ejecutivo, de derecho privado, o sea el que existe entre personas dentro de una relación de derecho privado, que supone en principio una vinculación jurídica entre particulares, nacida de la autonomía de la voluntad y en condiciones teóricas de igualdad.

En tratándose de títulos ejecutivos contentivos de obligaciones dinerarias a favor de entidades públicas y originadas en actos administrativos, tales títulos y obligaciones se someten por regla general a las disposiciones de derecho público y, en cuanto no pugnen con su naturaleza de actos administrativos, a las disposiciones de derecho privado, de modo supletivo.

Una primera verificación que debe hacerse en materia de títulos con contenido fiscal, o de deudas públicas a favor de la Administración, es la de que la Administración crea su propio título.

La idea de imperio soberano de la Nación, fundado en la necesidad de atribuir a la Administración potestades suficientes para imponerse con miras a satisfacer las necesidades de la comunidad social no puede ser extraña a ese conjunto de disposiciones sobre las cuales se yergue la facultad de constituir unilateralmente títulos a favor de la Nación.

De lo dicho, también se desprende y se comprende que la autonomía de la voluntad no existe en forma incondicional en materia de obligaciones entre el particular y la administración. Menos aún la

idea de absoluta igualdad y de poderes jurídicos correlativos entre los sujetos de la relación de derecho cuando uno de ellos es la Nación o la Administración.

Las nociones de poder y de intereses generales explican entonces la facultad jurídica del Estado para dictar y crear en general los títulos ejecutivos contra los particulares y relacionado con él pues están el concepto de decisión obligatoria y ejecutoria, que es naturalmente extraño a la deuda fundada en relación de estricta igualdad teórica entre las partes, como ocurre entre particulares.

Así las cosas, se tiene que las Resoluciones 112318 y su confirmatoria C-1456 y la número 12319 como actos administrativos que son, gozan del privilegio de ejecución oficiosa. Son obligatorias inmediatamente se hallen en firme y, por tanto, para el cobro de las obligaciones que contienen no se hallan sujetos a condición o requerimiento alguno.

Refuerza lo anterior la consideración de que el régimen de los actos del Estado dictados en ejercicio de función pública, no se hallan regulados por el derecho civil, el cual norma "especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas (hoy en buena parte sujeto al derecho público), de sus bienes obligaciones y contratos y acciones civiles" (art. 1º del C. C.), sino por el derecho público en cuanto se refiere a la organización administrativa, la actividad pública, el régimen de los actos y contratos públicos.

También es pertinente recordar que el Código Civil cuya violación por parte del *a quo* arguye la recurrente por no haber respetado las exigencias de los artículos 1594, 1595 e inciso 1º del artículo 1608, sólo es, por principio, aplicable a los particulares en los asuntos civiles comunes y en "todos los asuntos de competencia del gobierno general con arreglo de la Constitución", tema diferente de los asuntos relativos a actos administrativos.

Si se tiene presente, además, que la garantía global de giro ampara el cumplimiento de obligaciones consistentes en el empleo lícito de divisas extranjeras, cuya regulación compete primerísimamente al Estado en virtud de la soberanía monetaria que le reconoce la Carta, no cabe duda que la naturaleza jurídica de la relación entre el Estado y el garante beneficiario de las licencias de importación y de cambio, es una relación de derecho público que ha de ser regulado por el derecho público y con las prerrogativas propias de éste que ostenta la Administración.

Esas relaciones no están reguladas por el Código Civil, fundado, en principio, en la autonomía de la voluntad y en la igualdad de las partes, por ser de igual categoría los derechos que tal estatuto regula como regla general, sin excluir algunas excepciones notables, como las referentes a ciertos privilegios en el pago de deudas fiscales o las acciones públicas posesorias.

Pero de todos modos, si se considera que a los créditos a favor del Estado pueden aplicarse las disposiciones del artículo 1595, valdría

la pena desentrañar el alcance mismo de esa norma, pues de ello depende su pertinencia.

El texto legal dispone:

"Artículo 1595. Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva.

"Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse".

Se entiende que la parte obligada incurre en la pena si se ha constituido en mora, háyase o no pactado un término dentro del cual debe cumplir la obligación principal.

Por eso el ordinal 1º del artículo 1608 *ibídem* prevé que el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

La redacción, por activa del artículo 1595 del Código Civil, "cuando se ha constituido en mora", no puede permitir su entendimiento por pasiva, como si en lugar de decir lo que dice, dijera "hubiera sido constituido en mora".

Esta es la razón por la cual no es admisible la argumentación de la demanda en este caso, aún suponiendo que el Código Civil sea aplicable.

En otros términos, la ley (art. 1595) no exige que se constituya al deudor en mora, previo requerimiento judicial, sino que contempla una hipótesis bien diferente, la de que el deudor se ha constituido en mora, por no haber ejecutado la obligación dentro del plazo previsto. Como la parte ejecutada no cumplió dentro del término legal la obligación amparada en la garantía global de giro, síguese que se hallaba en mora, por aplicación del principio *dies interpeilat pro homine* y que, de consiguiente, la obligación era exigible.

Ello es aún más claro, cuando el propio Código Contencioso Administrativo dispone que: "Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados" (art. 64) lo que armoniza cabalmente con el artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, la primera argumentación contra el auto de mandamiento de pago no prospera.

a.2. Por error en la fecha de certificación de ejecutoria de los títulos.

En cuanto hace al argumento de la actora, consistente en que los actos administrativos que sirven de título ejecutivo no se encuentran en firme (fl. 81) por cuanto la Oficina de Cambios del Banco de

la República certificó el 4 de enero de 1984 que los títulos ejecutivos se hallaban ejecutoriados el 16 de octubre del mismo año y los edictos de notificación no indican la hora de fijación, se tiene:

En relación con el primer argumento es obvio que existe una incongruencia e ilógica presentación de las fechas, pues no puede certificarse anticipadamente la fecha de ejecutoria.

Sin embargo, ese error, atribuible a deficiencia mecanográfica, no impide que la Sala encuentre que las Resoluciones números 112318 y 112319 se hallan ejecutoriadas.

En efecto, la certificación aludida (fls. 10, 44 y 17) no puede afectar ni desconocer el hecho mismo de la ejecutoria. Tal certificación no es requisito de la exigibilidad. Es eventualmente la prueba de ella. Pero no la única, pues basta examinar la fecha de la notificación y confrontarla con los términos de ejecutoria establecidos por ley, para deducir que aquella ha operado.

La parte demandada no acudió a notificarse de los actos administrativos, pese a la citación que le hiciera la Oficina de Cambios, según se lea en los informes visibles a folios 8, 42 y 11, y no aparece que dentro del término de ley subsiguiente a la desfijación de los edictos, se hubiera interpuesto recurso alguno contra las providencias citadas, ni se hubiera objetado la forma de notificación.

De conformidad con el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo, "los actos administrativos quedarán en firme:

"1. .....

"2. .....

"3. Cuando no se interpongan recursos...

"4. ....."

Así las cosas, de las pruebas que obran en el proceso y de las afirmaciones de la demandada, se infiere que por no haberse interpuesto recurso alguno contra las Resoluciones números 112318, 1456 y 112319, tales actos quedaron en firme y adquirieron carácter ejecutivo y ejecutorio (art. 64 del C. C. A.).

La falta misma, incluso, de la certificación sobre ejecutoria, no se la quita a los actos administrativos los cuales, para los efectos legales, serán ejecutables, siempre que, por aplicación de la ley, se deduzca su ejecutoria.

a.3. Por falta de indicación de la hora en que comenzó la fijación de los edictos.

En relación con el siguiente punto, la ley contenciosa administrativa ha dispuesto que las decisiones se notificarán de acuerdo con las previsiones de los artículos 44, inciso 4º y 45.

El artículo 45 precisó que si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho, por el término de diez (10) días, con inserción de la parte resolutiva de la providencia.

Los edictos (fls. 14 y 26), dicen, en lo que concierne a este punto: El primero, por el cual se notificó la Resolución 112318:

"El presente edicto permanecerá fijado por el término de diez (10) días hábiles contados a partir del 26 de octubre de 1984, se desfija el 9 de noviembre de 1984, a las 5:30 p.m. (fdo.) Pedro Pablo Suárez Mora, Sección procedimiento gubernativo. Jefe" (folio 7).

El edicto notificatorio de la Resolución número 1456 se fijó desde el 10 de septiembre de 1985 hasta el 23 de septiembre del mismo año a las 5:30.

El otro edicto por el cual se notificó la Resolución 112319 se fijó desde el 26 de octubre hasta el 9 de noviembre a las 5:30 p.m. (fl. 14).

Del texto de esa afirmación se deduce que el edicto:

1. Fue fijado.

2. Que se fijó el primero a partir del 26 de octubre de 1984 por el término de diez días, el segundo desde el 26 de octubre hasta el 9 de noviembre, el tercero desde el 10 de septiembre de 1984 a las 5:30 p.m.

3. Que se desfijó el 9 de noviembre de 1984, el primero, el 9 de octubre de 1984, el segundo, y el 23 de septiembre de 1985, el tercero, todos a las 5:30 p. m.

La parte demandada no demostró que alguna de tales circunstancias fueran inexactas o no hubieran ocurrido, y, de acuerdo con lo que normalmente acontece debe admitirse que se fijaron los edictos desde el 26 de octubre hasta el 9 de noviembre los primeros y desde el 24 de septiembre hasta el 9 de octubre el último, por el término legal de 10 días.

La falta de indicación de la hora en que ocurrió la fijación, no tiene la virtud de invalidar la notificación, pues ella sólo carece de efecto en los casos precisos señalados en los artículos 47 y 48 del Código Contencioso Administrativo.

No prospera tampoco la argumentación de la ejecutada relacionada con la falta de ejecutoria de las resoluciones que sirven de título ejecutivo, por el anotado motivo.

a.4. Falta de claridad de la obligación.

En relación con la falta de claridad del mandamiento de pago y del título, por omisión del tipo de cambio aplicado para establecer en moneda nacional el valor de la obligación a cargo de Gabriel Cure & Cía. Ltda. la Sala considera que, en primer lugar, la suma de cada una de las resoluciones señaladas a cargo de la sociedad es clara y precisa y, de otra parte, tal cuestión ha debido ser debatida en la vía gubernativa, por lo cual su discusión no puede ser materia de este momento procesal.

Por lo demás, si tal suma fuera inexacta, por error en su determinación, ello invalidaría el acto administrativo, lo cual es competencia de juez ordinario del acto y no del juez especial de la ejecución, en proceso ordinario y no en el ejecutivo.

b) Carencia de competencia del Juez de Ejecuciones Fiscales para dictar medidas cautelares y requisito de otorgamiento de caución por parte de la Nación.

Cabe examinar ahora la argumentación de la actora consistente en que el Juez Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales carece de competencia para tomar y decretar medidas cautelares dentro del proceso ejecutivo y la de que la Nación debe otorgar, en tal caso, caución.

b.1. Competencia del Juez de Ejecuciones Fiscales para decretar medidas cautelares.

En cuanto al primer aspecto, el funcionario de Ejecuciones Fiscales tiene a su cargo la función de verificar el recaudo coactivo de créditos de deudores en rebeldía de pago.

El Decreto-ley número 078 de 1976, en su artículo 10 le señala, entre otras atribuciones:

> "a) Cobrar toda clase de créditos a favor de la Nación, provenientes de títulos ejecutivos dictados por la Contraloría General de la República, Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias e institutos descentralizados y por los funcionarios nacionales competentes para imponer sanciones pecuniarias en armonía con las normas legales que rijan la jurisdicción coactiva nacional;
>
> "b) Cobrar las fianzas o sanciones análogas a favor de la Nación;
>
> "c) Cobrar las indemnizaciones, multas o sanciones a que dé lugar el incumplimiento de contratos celebrados por la Nación con otras entidades de derecho público".

b.2. Obligación del otorgamiento por parte de la Nación.

Esta disposición, conjugada con el artículo 564, permiten inferir que al Juez de Ejecuciones Fiscales si se le ha otorgado la competencia para decretar medidas cautelares dentro del proceso, pues tal poder no se opone, sino, al contrario se complementa con las normas del proceso ejecutivo ordinario.

b.2. Obligación de otorgamiento de caución por parte de la Nación.

Las medidas anunciadas cautelares, pueden disponerse y practicarse, aún dentro del proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva, sin que se requiera otorgamiento de caución que responda por los perjuicios que ellas puedan causar, cuando no se halle ejecutoriado el mandamiento de pago (art. 513 del C. de P. C. inciso final).

La caución está prevista (art. 513) para que el ejecutante vencido responda por los perjuicios que llegare a causar a su contraparte, los cuales se liquidarán en la forma y oportunidad a que se refiere el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, la razón de la caución estriba en proteger al ejecutante de la insolvencia del deudor para el pago de los perjuicios.

Tal hipótesis es extraña a la Administración Pública, cuyo patrimonio no podrá desaparecer sin que el Estado mismo desapareciera, por lo cual no es exigible el otorgamiento de garantías de ese tipo.

Por lo demás, el proceso de jurisdicción coactiva, en lo que específicamente regula el Código de Procedimiento Civil y el Código Contencioso Administrativo (art. 561 y concordantes), no incluye la obligación de otorgar caución, y ésta, a juicio de la Sala es incompatible con la naturaleza de este tipo de ejecuciones en razón de la calidad de la parte ejecutante.

No prospera tampoco este cargo.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

*Resuelve:*

*Confírmanse* los autos de 10 de mayo de 1985 del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales por el cual se libró mandamiento de pago contra "Gabriel Cure & Cía.", su modificatorio de 18 de febrero de 1986, así como el auto de 9 de abril de 1986 y el confirmatorio de 10 de septiembre de 1986 a que se refiere este proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase a la oficina de origen y cúmplase.

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

*Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn,* Ausente.

*Jorge A. Torrado Torrado,* Secretario.

# TITULO IX

## RECURSO DE SUPLICA
## (LEY 11 DE 1975)

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.*

*1. Situación después de la vigencia del Decreto 01 de 1984.*

*2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexequibilidad de un aparte del artículo 268 del Decreto 01 de 1984, el cual derogaba el recurso de súplica.*

*3. La ley derogada (Ley 11 de 1975) revivió tal como ocurrió en el caso* sub júdice. *DEROGATORIA TACITA (art. 71 del C. C.). ¿Cuándo se produce?*

*4. Intención de la Comisión Asesora del Gobierno para la expedición del Código Administrativo (Decreto 01 de 1984).*

*5. DIFERENCIAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA CON EL EXTRAORDINARIO DE ANULACION.*

*6. Jurisprudencia para efecto de este recurso.*

*Sea lo primero reafirmar la competencia de esta Sala para conocer del aludido recurso. Se impone este aspecto por cuanto se ha venido cuestionando la vigencia misma de dicho recurso extraordinario, creado, como se dijo, mediante el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.*

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. DIFERENCIAS CON EL DE SUPLICA.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Bogotá, D. E., veinticinco de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número S-002. Actor: Asociación Holística Colombiana.

Conoce la Sala del recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 10 de junio del presente año dictada por la Sección Primera de esta Corporación.

Mediante el fallo cuestionado se denegaron las peticiones de la demanda, concebidas en los siguientes términos:

"1. Que son nulos los siguientes actos administrativos:

"a) El acto administrativo contenido en el Oficio número 45571 de doble fecha, noviembre 28 y 29 de 1983, emitido por el Jefe de la División de Vigilancia de Instituciones y Profesiones del Ministerio de Salud, por medio del cual se resolvió devolver, sin aprobación, los estatutos de la Asociación Holística de Colombia;

"b) El acto administrativo contenido en el Oficio número 06466 de doble fecha, febrero 22 y 23 de 1984, por medio del cual el Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Salud decidió, ya sea abstenerse de resolver el recurso directo de apelación, ya sea devolver al Director de Vigilancia y Control del Ministerio de Salud, la documentación contentiva del recurso directo de apelación interpuesto contra el acto administrativo contenido en el Oficio número 45571 de noviembre 28 y 29 de 1983, que había resuelto devolver, sin aprobación, los estatutos de la Asociación Holística de Colombia;

"c) El acto administrativo contenido en el Oficio número 08065, con doble fecha de marzo 5 y 6 de 1984, firmado nuevamente por el Jefe de la División de Vigilancia de Instituciones y Profesiones, en el cual transcribe parte del citado Oficio número 06466 de la Oficina Jurídica del Ministerio y, además, por segunda vez, devuelven toda la documentación atinente al recurso de apelación interpuesto.

"2. Que, como restablecimiento del derecho, se disponga lo siguiente:

"a) Reconocer personería jurídica a la Asociación Holística de Colombia, y, por consiguiente, ordenar al Ministerio de Salud que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, adopte las medidas necesarias para la cabal operancia de este reconocimiento;

"b) Que, en subsidio de lo anterior, se ordene al Ministerio de Salud Pública que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, proceda a reconocer la personería jurídica de la Asociación Holística de Colombia, y a adoptar las medidas necesarias para la cabal operancia de dicho reconocimiento".

Mediante escrito de 7 de julio último la parte actora interpuso el mencionado recurso extraordinario de súplica contemplado en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, por cuanto estimó que la sentencia contrarió la doctrina de esta Corporación contenida en los fallos que se detallan a continuación:

"a) Sentencia del 14 de septiembre de 1960, expediente número 383, con ponencia del doctor Alejandro Domínguez Molina, publicada en *Anales*, año XXXVIII, Tomo LXVI, números 401 y 402 primer semestre de 1963;

"b) Sentencia del 2 de agosto de 1963, expediente número 1731, con ponencia del doctor Ricardo Bonilla Gutiérrez, publicada en *Anales*, año XXXVIII, Tomo LXVII, números 403 y 404 segundo semestre de 1963.

"3. Sentencia del 10 de agosto de 1984, expediente número 4556, con ponencia del doctor Jacobo Pérez Escobar, publicada en *Anales* de 1984, 2º semestre".

Para resolver, se considera:

Sea lo primero reafirmar la competencia de esta Sala para conocer del aludido recurso. Se impone este aspecto por cuanto se ha venido cuestionando la vigencia misma de dicho recurso extraordinario, creado, como se dijo, mediante el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.

Cabe recordar que el Decreto 01 de 1984 o nuevo Código Administrativo, derogó expresamente la antecitada ley. Pero luego, la sentencia de la Corte Suprema de agosto 30 de ese mismo año (Nº 92) declaró inexequible, entre otros extremos de ese mismo artículo 268, la derogatoria de dicha Ley 11. A ese respecto, ese alto tribunal sostuvo:

"Halla la Corte que el Gobierno tampoco estaba facultado para abolir la regulación de dicho recurso sino apenas para modificarla. El recurso de súplica hace referencia a un fenómeno procesal administrativo de origen meramente legal y de naturaleza eminentemente técnica, pero que sin duda encuentra asidero en la propia Constitución.

. . . . . .

. . . . . .

"Pero en ningún caso el legislador extraordinario había quedado investido por el ordinario, ni explícita ni implícitamente, como indebidamente lo entendió extralimitándose, para suprimir o abolir aquel recurso o la regulación de su materia, soslayándose o suprimiéndole en su razón y finalidad específica y creando dos recursos distintos que se refieren claramente a materias y causales totalmente diferentes de validez, de nulidad, de juricidad, de prueba, pero no de precedente jurisprudencial armónico, como lo son los recursos de revisión (Código nuevo artículos 185 y siguientes) y anulación (Código nuevo artículos 194 y siguientes) ni identificándolo por razón de nomenclatura para un propósito distinto (Código artículo 183). El Gobierno desconoció así la finalidad simplemente modificatoria y no derogatoria de la materia atinente al recurso de súplica. Pues por más esfuerzo que se haga no podrá llegarse válidamente a la afirmación de que los actuales recursos contenciosos de revisión o anulación son apenas sustitutivos o supletivos del recurso de súplica, o que lo absorben o incluyen, ni tampoco argüirse que lo excluyen o lo hacen incompatible. Sencillamente, cada uno de los tres recursos apunta a razones propias y distintas, por mucho paralelas o complementarias, pero no idénticas, y por lo tanto, ante la carecencia de regulación en el nuevo Código sobre la materia del recurso de súplica y no habiendo estado el Gobierno facultado para suprimirla sino para modificarla, se produjo extralimitación de las facultades al derogarse el artículo 24 del Decreto 528 de 1964, así como el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, en los que dicho recurso se hallaba regulado, y por no haberse normado de nuevo su razón, así hubiérelo sido en forma diferente o bajo la nomenclatura de otro recurso, es inexequible dicha derogatoria y por lo tanto el artículo 268 del Código en lo correspondiente.

"7. Dado además que el artículo 29 del Decreto 528 de 1964 establece la forma de dirimir competencias entre las dos Salas que componen el Consejo de Estado, que en el nuevo Código nada se prevé al respecto, y no habiendo sido tampoco facultado el Presidente de la República para abolir o derogar la regulación de dicha materia, es también inexequible la derogatoria de aquel artículo.

"8. Como consecuencia de lo anterior, además de lo ya resuelto en el proceso número 1140, se declararán inexequibles del artículo 268

del Código nuevo las derogatorias de 'las normas que la adicionan o reformaron...' (La Ley 167 de 1941), de los artículos 24 y 29 del Decreto 528 de 1964 y del artículo 2º de la Ley 11 de 1975, en cuanto que con tales derogaciones se extralimitaron las facultades conferidas en la Ley 58 de 1982 y se quebrantaron por consiguiente los mandatos de los artículos 76-12 y 118-8 de la Constitución".

Consultado el efecto general que tales sentencias de inexequibilidad producen, hay que concluir que la ley derogada revivió, tal como ocurrió en el caso *sub júdice*.

Para algunos, pese a lo anotado, no se produjo tal efecto porque hay que entenderla tácitamente derogada por la normatividad que dentro del Código regula el recurso extraordinario de anulación.

La Sala no comparte esta posición. Si la Ley 11 de 1975 no podía ser expresamente derogada, no puede aceptarse, en principio, su derogatoria tácita, a menos que se hubiera dado, además, los supuestos que la permiten.

Según el artículo 71 del Código Civil se produce la derogatoria tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Y si se confrontan los distintos textos de la Ley 11 con los artículos 194 y siguientes del Código Contencioso Administrativo debe concluirse, por fuerza, que no existe incompatibilidad alguna en los respectivos ordenamientos.

Si bien es cierto la intención de la comisión asesora del Gobierno para la expedición del Código Administrativo fue la de reemplazar el antitécnico recurso de la Ley 11 con uno más técnico y preciso como el de anulación, en la realidad no se logró este objetivo, no sólo por la inexequibilidad anotada, sino porque uno y otro recurso presentan enfoques y motivos diferentes para la invalidación de la sentencia. Mientras en el de súplica ésta podrá infirmarse sólo por violación jurisprudencial, en el de anulación la razón o motivo radica exclusivamente en la infracción directa de la Constitución o de la ley sustantiva. Además, el de súplica procede contra los autos o sentencias, siempre y cuando se interponga dentro de los cinco días siguientes al de su notificación; y el de anulación sólo contra estas últimas y dentro de los 20 días siguientes a su ejecutoria.

Clarificado este aspecto, pasa la Sala a analizar la violación jurisprudencial alegada. El recurrente afirma esa violación con los siguientes argumentos:

"4. *Demostración del quebrantamiento de la doctrina sostenida por el Consejo de Estado.*

"En la sentencia de septiembre 14 de 1960, enseñó el Consejo que el derecho de asociarse es un derecho civil del que como el de propiedad, gozan las personas jurídicas.

"Este derecho del que el profesor Loewenstein dice que hace parte de las libertades políticas fundamentales, las cuales constituyen zonas protegidas que fijan límites que no podrán ser sobrepasados por el poder estatal, fue el que desconoció el Ministerio de Salud y el que avaló la sentencia recurrida.

"La causa del quebrantamiento de las sentencias citadas radicó, fundamentalmente, en un equivocado entendimiento del problema planteado.

"La sentencia de agosto 6 de 1981, en armonía con el sentido de la sentencia de septiembre 14 de 1960, sostuvo, con marcada razón, que *sólo el Congreso tiene competencia* para establecer las normaciones referentes al reconocimiento de las personas jurídicas.

"Este criterio también había sido expuesto por el Consejo de Estado cuando, en sentencia de junio 14 de 1974, con ponencia del doctor Mora Osejo, dijo: 'De lo expuesto se concluye que, *según la Constitución, el Congreso tiene facultad privativa y excluyente para determinar el régimen de las personas jurídicas* y disponer su creación, o causa de su eminente función de adoptar las decisiones políticas fundamentales'.

"La sentencia impugnada, acogiendo en un todo el criterio del Ministerio, planteó el problema desde el punto de vista del artículo 120 numeral 19 de la Constitución Nacional que atribuye al Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa la facultad de ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial, se cumpla con la voluntad de los fundadores.

"Como se vé, la sentencia recurrida se adentró en el análisis de una cuestión posterior al reconocimiento mismo de la persona jurídica.

"La lógica enseña que las facultades de inspección y vigilancia para que las rentas de las instituciones de utilidad común se conserven y sean debidamente aplicadas, y para que, en todo lo esencial, se cumpla con la voluntad de los fundadores, debe ser posterior al reconocimiento de la personalidad jurídica de la respectiva institución.

"Una interpretación diferente, como la sostenida por la sentencia recurrida, está en abierta oposición con la Constitución que constituye un todo orgánico, razón por la cual debe interpretarse en conjunto y no mediante parcelaciones.

"Según la tesis de la sentencia recurrida, quien reconoce la respectiva personería jurídica es, por mandato del artículo 120, ordinal 19, el Presidente de la República. Este planteamiento, quebranta ostensiblemente, por falta de aplicación, el artículo 12 de la Constitución Nacional que, de manera privativa, otorga a la ley colombiana, es decir, al legislador o al ejecutivo revestido de facultades extraordinarias, la facultad de otorgar *reconocimiento* a las personas jurídicas.

"Tenemos, entonces, que la sentencia recurrida entendió el problema del reconocimiento de la persona jurídica, como un problema enmarcado dentro del ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común.

"No hay duda de que el Ministerio de Salud, ejerce, por delegación constitucional, la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común. Pero, se repite, la cuestión planteada dice relación con el reconocimiento de las personas jurídicas, facultad atribuida constitucio-

nalmente al legislador, no sólo por cláusula general de competencia sino por norma expresa, como lo es el artículo 12 del precepto constitucional.

"Sostener que el Ministerio de Salud debe negar el reconocimiento de la respectiva personería jurídica, cuando los propósitos de los fundadores de las instituciones de utilidad común no tengan cabal realización encierra una doble sinrazón. De una parte, usurpa una competencia que el constituyente atribuyó al legislador, y, de otra, dar existencia y validez jurídica a los fenómenos premonitorios porque, hasta tanto la institución empiece a operar o a desarrollar su objeto, no se podrá saber, con certeza, si los propósitos de sus fundadores tienen cabal realización.

"Corroborar la tesis del Ministerio de que no se han cumplido los requisitos legales, entre ellos el de tener 'sede propia', es un contrasentido. En efecto, para tener 'sede propia', es indispensable que, previamente, la Asociación sea un sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, que sea una persona jurídica.

"¿Si jurídicamente no ha sido reconocida cómo puede comprometerse y cómo puede adquirir sede propia?

"Además de lo anterior, débese resaltar que las normas citadas por la sentencia impugnada, que sirvieron de apoyo al Ministerio para la negativa al reconocimiento de la personalidad jurídica de la Asociación, fueron expedidas en uso de las atribuciones que, al Presidente de la República le confiere el artículo 120, numeral 19 de la Constitución Nacional. Esta circunstancia prueba aún más que la sentencia acusada, desviándose del problema planteado, adujo normas que dicen relación con la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, en materia de rentas y materia de voluntad esencial de los fundadores y el problema de fondo que era el del reconocimiento de las personas jurídicas, fue desconocido, razón por la cual por falta de aplicación, infringió el artículo 44 de la Constitución Nacional y la sentencia de septiembre 14 de 1960 que expresamente sentó la doctrina de que el derecho de asociarse, es un derecho civil del que, como el de propiedad, gozan no sólo las personas naturales sino también las personas jurídicas.

"En síntesis, la sentencia recurrida infringió el artículo 120 numeral 19 de la Constitución Nacional, por aplicación indebida y los artículos 44 y 12 *ibidem*, por falta de aplicación".

Para la Sala no asiste la razón al recurrente, ya que en forma alguna se violó la jurisprudencia de la Corporación y menos las contenidas en los fallos señalados en el libelo.

De las tres sentencias citadas, sólo pueden tenerse en cuenta la de 14 de septiembre de 1960 y la de agosto 2 de 1963, ya que la de agosto 10 de 1984 fue proferida por la Sección Primera y, según reiterada jurisprudencia de esta misma Sala, la jurisprudencia para efectos del recurso aquí interpuesto debe estar contenida en proveído de la Sala Plena o provenir de la antigua Sala de negocios generales de la Corporación o de la Sala Contenciosa de la misma, antes de su división en Salas.

Hecha la afirmación precedente pasa a estudiarse la infracción planteada en torno a los mencionados fallos, así:

Sentencia de 14 de septiembre de 1960.

Para negar la violación alegada basta observar que este fallo define un asunto diferente al contemplado en la sentencia recurrida. Mientras en aquella el asunto "se reduce a esclarecer, según voces del juzgador, si por ordenanzas se pueden crear instituciones de utilidad común, a las que se les pueda encomendar la asistencia pública en el Departamento, o si ésta debe prestarse exclusivamente por organismos estatales, como son los establecimientos públicos..."; en el fallo suplicado, en cambio, se cuestiona: a) La competencia del Ministerio de Salud para hacer el reconocimiento de personería jurídica de una asociación sin ánimo de lucro y para exigir requisitos no autorizados por la ley; y b) Los alcances del artículo 44 de la Constitución y del numeral 19 de su artículo 120.

Esta no coincidencia en los aspectos fácticos no permite inferir la violación jurisprudencial alegada. Con mayor razón si se tiene en cuenta que no desarrolla el fallador de 1960 en forma directa o concreta el problema del derecho de asociación.

Sentencia de agosto 2 de 1963.

Aquí tampoco se observa violación alguna de la jurisprudencia. Ese fallo precisa que las asociaciones de utilidad común, *creadas por iniciativa y con aportes de personas de derecho público*, no requieren autorización legal previa para la respectiva Asamblea Departamental, sino que se estima suficiente el reconocimiento por la autoridad administrativa competente, según el canon del artículo 44 de la Carta.

Basta señalar lo subrayado para colegir que tampoco el asunto resuelto coincide con el tratado en el fallo en cuestión.

El asunto es bastante claro. Es el mismo recurrente el que implícitamente deja ver que más que una violación jurisprudencial considera que se dio una infracción directa de la Constitución Nacional, extremo no susceptible de ser tenido en cuenta dentro de la súplica extraordinaria interpuesta.

Tan cierto es esto que en el escrito sustentatorio del recurso, en lugar de reafirmar como conclusión final el desconocimiento de la jurisprudencia de la Corporación, anota:

"En síntesis, la sentencia recurrida infringió el artículo 120 numeral 19 de la Constitución Nacional, por aplicación indebida y los artículos 44 y 12 *ibidem*, por falta de aplicación".

Más atrás, en su mismo escrito, había expuesto:

Una interpretación diferente, como la sostenida por la sentencia recurrida, está en abierta oposición con la Constitución que constituye un todo orgánico, razón por la cual debe interpretarse en conjunto y no mediante parcelaciones (...). Este planteamiento, quebranta ostensiblemente, por falta de aplicación, el artículo 12 de la Constitución Nacional que, de manera privativa, otorga a la ley colombiana, es

decir, el legislador o el ejecutivo revestido de facultades extraordinarias, la facultad de otorgar reconocimiento a las personas jurídicas".

Lo transcrito muestra un claro desenfoque y una notoria confusión. La violación directa de la Constitución, tal como fue propuesta, no puede estudiarse sino mediante un recurso extraordinario de anulación, nunca frente a uno de súplica.

Por lo expuesto, le 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 se infirma la sentencia de junio 10 del presente año, objeto del recurso extraordinario de súplica.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión de fecha 23 de septiembre de 1986.

*Samuel Buitrago Hurtado,* Presidente; *Aydée Anzola Linares,* Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Hernán Guillermo Aldana Duque, Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey,* Ausente; *Gaspar Caballero Sierra, Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Ausente; *Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Julio César Uribe Acosta,* con salvamento de voto; *Joaquín Vanín Tello, Jorge Valencia Arango,* Ausente.

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario.

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA*
*(Salvamento de voto).*

*SALVAMENTO DE VOTO*
*DOCTOR: JULIO CESAR URIBE ACOSTA*

Referencia: Radicación número S-002. Recurso extraordinario de súplica. Actor: Asociación Holística Colombiana.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Como salvamento de voto para el negocio de la referencia transcribo a continuación el que hice dentro del proceso R-029. Actor Ligia Calderón de Córdoba, Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Aunque en éste se hacen consideraciones respecto del de anulación, que para el negocio del rubro no son pertinentes, es tal la relación entre uno y otro medio de impugnación, que sólo haciendo su presentación en conjunto es posible tener la cabal comprensión de las observaciones.

En el escrito anunciado se lee:

A) No comparto la presentación jurisprudencial que se hace en la sentencia en cuanto predica que los recursos de anulación y de súplica *"no son incompatibles ni se excluyen mutuamente"*.

En todos lós salvamentos de voto que he hecho en los casos en que la Corporación ha decidido aspectos relacionados con el recurso de *anulación* he reiterado que el principio de filosofía del derecho denominado por Fritz Schreier como *norma de habilitación* impide que una vez ejecutoriada la sentencia pueda predicarse de ésta que viola la Constitución Nacional o la ley sustantiva. La esencia de tal orientación jurídica la recoge el ilustre jurista y filósofo austriaco en el siguiente párrafo:

"La norma de habilitación implica, en general, lo siguiente: Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación del grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas por la norma nula. *De este modo y mediante un rodeo —a través de la norma de habilitación— el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido"* (Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho. Editora Nacional. México, pág. 268).

B) Dentro de este marco se tiene que el nuevo Código Contencioso Administrativo creó un recurso que, por partir de supuestos jurídicos que jamás se dan en la realidad, no puede tener aplicación. Reitero que el debate de "constitucionalidad" o de "legalidad" de la sentencia tiene que hacerse antes de que ésta quede ejecutoriada. Predicar la tesis contraria es acabar con la *"cosa juzgada"*, con lo cual no sólo se genera una antinomia sino que se produce inseguridad jurídica. Luis Legaz y Lacambra, en su obra Filosofía del Derecho, Editorial Bosch, Barcelona, Quinta Edición, págs. 620 y 621 destaca la importancia de esta última figura en los siguientes términos:

"II. El problema de la fuerza jurídica de la cosa juzgada ha surgido principalmente en el ámbito del derecho procesal. De antiguo se distingue entre la cosa juzgada en sentido material y en sentido formal. Los romanos establecían la distinción en los siguientes términos: *Res judicata jus facit inter omnes; res judicata jus facit inter partes.* Esto quiere decir lo siguiente: *Fuerza de cosa juzgada en sentido* formal significa la imposibilidad de anular la sentencia por medio de los recursos, ya porque la última instancia ha dicho la última palabra, ya porque ha transcurrido el tiempo para interponerlos o porque se ha desistido o renunciado a ellos. La fuerza de cosa juzgada en sentido material significa, que 'el fallo contenido en la sentencia es de tal suerte decisivo, que excluye totalmente cualquier nuevo examen del negocio y cualquier resolución nueva distinta sobre la misma relación jurídica, frente a los que han sido partes, sea por el mismo Tribunal que dictó la primera, o sea por otro diferente'. De suerte, que el fallo recaído no puede ser examinado en su exactitud de fondo por otro Tribunal; y si alguien, cuya demanda no ha sido estimada por infundada, vuelve a presentarla de nuevo, es absuelto en ella apenas el Tribunal tenga conocimiento de la sentencia anterior, sin que se pueda entrar en el fondo de la misma. Además, lo decidido con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme, es un título que la parte a quien favorece puede hacer valer en cualquier proceso posterior; la cosa juzgada funda una situación jurídica que puede alegarse como título de la acción judicial emprendida contra quien se obstina en desconocerla.

"Sólo motivos de seguridad sirven de base a esta institución; motivos de seguridad y no directamente de justicia, aunque nada tienen de opuestos a la justicia. Naturalmente, puede darse el caso de que la sentencia sea materialmente injusta, que la sentencia firme declare que yo soy el legítimo propietario de tal trozo de terreno y no de mi vecino que me lo disputa, aunque la razón esté de parte de mi vecino. Pero el juez tiene que proceder conforme a lo alegado y probado y por eso puede decirse que es siempre más justo que el legislador, porque aprecia mejor la individualidad del caso. Como obra humana, su sentencia está sujeta a error; pero las posibilidades de injusticia material están reducidas al extremo límite por la segunda instancia y la casación, y por otra parte, sería mucho mayor la dosis de injusticia que significaría atentar contra la seguridad, permitiendo la posibilidad de procesos continuos y de fallos contradictorios sobre un mismo negocio mil veces resuelto. Aquí, la injusticia material de unos cuantos casos representa —frente a la seguridad— lo que el interés particular, que debe ceder ante el interés general precisamente por exigencia de la justicia".

C) Dentro del caos conceptual con que se suele legislar en el país se tiene que el recurso de anulación va orientado a rendirle culto al método exegético de interpretación de la ley que no deja crear jurisprudencia. Pretende revivir la vieja literatura de Bugnet quien predicaba: "No conozco el derecho civil, enseño solamente el Código de Napoleón", o la de Laurent que enseñaba: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el derecho: El derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el código...Diría que deben resignarse a ella".

El recurso de anulación es un desastre conceptual y significa un retroceso en el avance del pensamiento jurídico. Sus creadores y defensores han tenido que caer en el terreno de la ironía para interpretarlo, esto es, para hacerle lo que la ley no dice. Parecen marchar con la consigna de Taulier: "Marcho en prosecución de lo que la ley ha querido ser, a fin de saber lo que es; con el faro que alumbró necesariamente al mismo legislador trato de penetrar en el fondo de su voluntad escrita, para robarle su sentido y su alcance más íntimo, de la misma manera que se sorprende el secreto de un ser vivo en su palabra y aún en su silencio. Revelo las cuestiones más graves que nacen de los textos, me esfuerzo por mostrar su verdadero origen, y por situar la lucha en su verdadero terreno; me pregunto cómo hubiera decidido el mismo legislador, para ser consecuente con sus otras voluntades...; de esta manera trato de pasar de lo conocido a lo desconocido" (Citas tomadas de "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho". Luis Recasens Siches. Editorial Porrua S. A. págs. 199 y 200).

D) El recurso de anulación no corresponde, pues, en su estructura lógica, con la realidad jurídica, que a través de la cosa juzgada torna incontrovertibles inmodificables las sentencias. De contera, coloca al sentenciador en la difícil situación penal, aún no estudiada, de lo que le puede ocurrir en este campo a quien como juez viola en forma directa la Constitución y las leyes de la República, no obstante el juramento que prestó de obedecerlas y acatarlas.

E) Como el recurso de anulación no va a dejar hacer jurisprudencia, sobra el de súplica, que se orienta a mantener el imperio de ésta. Por sustracción de materia tal medio de impugnación queda en el vacío. Ya anoté, en otro salvamento de voto (caso de Lino Infante), que toda la creación jurisprudencial de avanzada del Consejo de Estado puede quedar sepultada bajo los escombros que puede producir el de anulación.

Pienso, igualmente, que no obstante la decisión de la honorable Corte Suprema de Justicia, en el sentido de declarar inexequible del artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, la derogación expresa que se hizo del artículo 2º de la Ley 11 de 1975, esta normatividad está derogada en forma tácita pues la Ley 58 de 28 de diciembre de 1982 en su artículo 11, numeral 5º facultó al Presidente de la República para "establecer el sistema de excepciones e incidentes y de pruebas, *así como el de los recursos ordinarios y extraordinarios y del grado de consulta que procedan contra autos y sentencias*" (subrayado

de quien suscribe). Promulgado el nuevo estatuto de lo contencioso administrativo, es muy difícil concluir que la cabeza de la Rama Ejecutiva del Poder Público sólo legisló, en materia de recursos, en forma parcial. Y más incomprensible aún, que creado el recurso de anulación para no dejar hacer jurisprudencia, pretendiera mantener vigente el de súplica, como ya anoté en antes. El artículo 71 del Código Civil preceptúa que la derogatoria de las leyes podrá ser expresa o tácita y agrega luego que esta última situación se registra cuando "...la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior".

F) En la página 20 de la sentencia, folio 217 del cuaderno número 1, se recoge un aparte de la ponencia para segundo debate cuando el legislador discutió el proyecto de ley relacionado con el recurso de súplica. Allí se lee:

"Estas breves observaciones muestran que el propósito es el de que el Consejo funcione como Tribunal unitario y no como cuatro corporaciones independientes. Ello explica también por qué se atribuye a la Sala Plena la facultad de asumir el conocimiento de aquellos negocios de especial trascendencia para la doctrina jurídica implicada o por las repercusiones que el fallo pueda tener en la vida de la comunidad".

De la presentación conceptual anterior se concluye que, buscando la intención del legislador, el Consejo de Estado debe funcionar como Tribunal unitario. Esto parece muy bien. Lo que no lo es tanto es que en los casos en que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelve el recurso de anulación resulte, con la citada filosofía, revisando su propio fallo ejecutoriado, pues dentro del marco descrito la providencia proferida por una de las Secciones lo es por la Corporación en su unidad y no por ella en su diversidad. En román paladino lo anterior equivale a afirmar que el mismo juez que violó la Constitución o la ley hace confesión de boca y satisfacción de obra. No se sabe aún si propósito de enmienda.

*Julio César Uribe Acosta.*

Bogotá, octubre 2 de 1986.

# TITULO X

## RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.*

*SENTENCIA. Nulidad. ¿Cómo puede originarse? (Causal 6ª del art. 188 del Decreto 01 de 1984). NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO Y QUE NO ERA SUSCEPTIBLE DE RECURSO.*

*Orígenes de la nulidad de la sentencia.*

*1º Errores en que se incurre en la etapa decisoria, como vicios propios de la sentencia.*

*2º Errores graves y no sancionados del proceso. NORMAS PROCESALES APLICACION INMEDIATA.*

*EXCEPCIONES. DECISION EN LA SENTENCIA. COMPETENCIA.*

*1º Modificaciones introducidas por el Decreto 01 de 1984 (arts. 163 y 164).*

*2º EXCEPCIONES DE FONDO (art. 164, inciso 2º,* ibídem*).*

*3º Excepciones: Tratamiento dado por la Ley 167 de 1941.*

*4º EXCEPCIONES PREVIAS (Decreto 01 de 1984).*

*¿Cómo podrán alegarse?*

*EXCEPCIONES PREVIAS.*

*EXCEPCIONES DE FONDO.*

*IMPUESTOS. PRESUPUESTOS PROCESALES. PAGO PREVIO.*

*Finalidad del legislador (Decreto 01 de 1984, art. 140).*

*NORMAS PROCESALES. APLICACION INMEDIATA.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Cuarta.*— Bogotá, D. E., nueve de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente número 0394. Actor: Cartón de Colombia S. A. Recurso extraordinario de revisión.

Mediante apoderado, la demandante Cartón de Colombia S. A., interpone recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 27 de agosto de 1984, dentro del proceso número 8649, promovido por la citada sociedad contra la determinación administrativa del impuesto sobre las ventas a su cargo por el bimestre mayo-junio de 1968.

La sentencia impugnada es de única instancia, en razón de la cuantía de la obligación tributaria discutida. Consecuentemente, es de competencia de esta Sección la resolución del recurso (Decreto 01 de 1984 arts. 131-4 y 186 inciso 2º). El recurso se interpuso oportunamente.

Causal invocada: La prevista en el numeral 6º del artículo 188 del Decreto 01 de 1984, que textualmente dice:

"Artículo 188. Procederá este recurso:

...

6. Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible del recurso; y

..."

Expone así el apoderado de la actora los hechos u omisiones de la acción:

"1. El día 8 de octubre de 1976, la sociedad Cartón de Colombia S. A., presentó demanda de revisión de la operación administrativa de liquidación del impuesto a las ventas por el bimestre mayo-junio de 1968 practicada por la Administración de Impuestos Nacionales de Cali ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, la cual fue radicada bajo el número 8649.

"2. El día 27 de agosto de 1984 cumplido el trámite procedimental el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dictó sentencia de única instancia *declarando probada la excepción de inepta demanda* por cuanto la sociedad actora no otorgó la caución de que trataba el artículo 86 de la Ley 167 de 1941 (hoy artículo 140 del Decreto 1 de 1984) para garantizar el pago de la suma discutida de $ 248.958 moneda corriente, poniendo fin al proceso.

"3. La sentencia así proferida no era susceptible de ningún recurso en consideración a la cuantía. El saldo discutido fue de $ 248.958 lo que originó que la sentencia fuera de única instancia.

"4. La sentencia proferida está viciada de nulidad por cuanto el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca excedió la competencia al declarar probada la excepción de inepta demanda en la sentencia definitiva sin estar facultado legalmente para ello.

"5. ..."

Se configura la causal de nulidad número 2 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta los hechos ya expuestos y por los siguientes fundamentos de derecho:

"La excepción de inepta demanda es considerada por el Código de Procedimiento Civil como una excepción previa (art. 97 numeral 5º del C. de P. C.) y se configura cuando la demanda carece de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones.

"Tanto en el procedimiento civil (art. 85 del C. de P. C.) como en el procedimiento ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo (art. 143, Decreto 1 de 1984) antes de admitir la demanda es obligación del juez o magistrado velar que se cumplan los presupuestos procesales mínimos necesarios para proceder a admitir la demanda. Si el juez en el proceso civil, a pesar de que una demanda no reúna los requisitos legales la admite, la contraparte tiene la facultad de proponer la excepción de inepta demanda dentro del término de traslado de la demanda.

"Por su carácter de previa dentro del proceso civil el juez, una propuesta, debe ordenar al demandante que subsane los defectos formales de la demanda dentro de los tres días siguientes so pena de rechazo de la misma (inciso 2º, numeral 4º del art. 99 del C. de P. C.) y de acuerdo con el artículo 100 del Código de Procedimiento Civil si quien tuvo oportunidad de proponer dicha excepción no lo hizo no podrá después alegarla como motivo de nulidad, y no podrá el juez después declararla de oficio como excepción o como nulidad por expresa disposición del inciso final del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil que dice 'las demás irregularidades del proceso se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos que este código establece' y del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil que dispone 'Artículo 156. Saneamiento de la nulidad. La nulidad se considera saneada en los siguientes casos:

"'1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente.

"'2. ...

"'3. ...

"'4. Cuando a pesar del vicio del acto procesal cumplió con su finalidad y no se violó el derecho de defensa...'

"Lo anterior ocurre así dentro del proceso civil por cuanto el no cumplir con los requisitos formales de la demanda sólo genera una nulidad relativa elevada a la categoría de excepción previa, saneables o por el demandante o por la ley misma.

"Si bien el artículo 267 del Decreto 1 de 1984 dispone que: '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 procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo', vemos que en *los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo no existe ni es procedente proponer ni declarar, bien sea a instancia de parte ni de oficio, la excepción de inepta demanda.* Fundamento esta aseveración en el siguiente análisis (subrayado del libelista).

"Las normas que regulan y han regulado el procedimiento ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo siempre han determinado que en este tipo de procesos sólo son viables excepciones y nulidades que se opongan 'a lo sustancial de la acción' (art. 109, Ley 167 de 1941) o 'a la prosperidad de la pretensión' (art. 164 del Decreto 1 de 1984), expresiones estas equivalentes

para manifestar que una acción no puede ser enervada sino por hechos o fundamentos de tipo legal de fondo que por su naturaleza misma impidan que aquella prospere..."

Minuciosamente analiza el libelista las normas contenidas en los artículos antes citados, en concordancia con las previstas en los artículos 163 del Decreto 1 de 1984, 97 y 156 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, para concluir que:

"Excepciones tales como la de inepta demanda y la de trámite inadecuado o de la demanda son típicos ejemplos de las excepciones relativas o temporales, saneables por la contraparte o por el juez, en primer término, y finalmente por la ley cuando estipula que si a pesar de los vicios de un acto procesal, éste cumple su fin sin violar el derecho de defensa, se entienden saneados (numeral 4º del art. 156 del C. de P. C.).

"Por lo tanto, en el proceso contencioso administrativo el Magistrado debe velar muy cuidadosamente de que la demanda cumpla con los requisitos formales antes de su admisión, si la demanda no los reúne debe proceder a inadmitirla dándole al actor 5 días para que subsane los defectos de forma y una vez subsanados proceder a admitirla. Pero si el Magistrado admite la demanda a pesar de sus vicios de forma no le es dable ni al Magistrado ni a la contraparte declarar ni proponer, respectivamente, dicha excepción posteriormente..."

Del estudio de las normas referentes a la caución en el anterior Código Contencioso Administrativo, extracta el señor apoderado las siguientes conclusiones:

"...1. La caución no es un requisito esencial de la demanda, o sea que la excepción no tiene fundamento legal alguno. 2. La excepción de inepta demanda no puede declararse dentro de los procesos contencioso administrativos. 3. Era el Magistrado quien debía fijar la caución a su satisfacción y si no la fijó fue porque estimó su no necesidad. 4. El hecho de no haberse fijado la caución ni haberse prestado por el actor no vulneró el derecho de defensa de la Administración de Impuestos Nacionales en ningún caso. 5. En virtud del principio de eficacia consagrado en el inciso 5º del artículo 3º del Decreto 1 de 1984, el Magistrado debió sanear de oficio la nulidad relativa presentada. 6. O por último declararse inhibido de fallo en el fondo por falta del presupuesto procesal, demanda en forma".

Basado en los hechos y fundamentos de derecho invocados, el recurrente formula las siguientes peticiones:

Que se declare sin valor la sentencia de fecha 27 de agosto de 1984 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuesto a las ventas por el bimestre mayo-junio de 1968 a cargo de Cartón de Colombia S. A., en consecuencia, que se devuelva a dicho Tribunal para que la dicte de nuevo de acuerdo con el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil.

Para resolver, la Sala procede a hacer las siguientes

*Consideraciones:*

*I. El recurso extraordinario de revisión y la nulidad de la sentencia como causal.*

Este proceso se inició y tramitó prácticamente en su integridad dentro de la vigencia del Código Contencioso Administrativo —Ley 167 de 1941— estatuto dentro del cual no cabía para esta clase de negocios el recurso extraordinario de revisión, pero como la respectiva sentencia se dictó en el mes de agosto de 1984, o sea dentro de la vigencia del nuevo estatuto procesal —Decreto 01 de 1984— procede, por este aspecto, el recurso extraordinario de revisión que regula este último Decreto en los artículos 185 a 193.

Procede también en razón de que la sentencia del Tribunal seccional fue de única instancia puesto que la cuantía de $ 248.958 era inferior al límite de $ 300.000 vigente en aquella época para el recurso de apelación.

El recurso se interpuso dentro del término de dos años que prescribe el artículo 187 del Decreto 01, se prestó la caución de rigor y se ha surtido el correspondiente trámite.

Ha sido necesario el anterior recuento no sólo para precisar la procedencia del recurso, sino por cuanto tiene relación con la causal invocada.

En efecto, el memorialista ha invocado la contenida en el numeral 6º del artículo 188 del Decreto 01 de 1984 que dice:

> "Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso".

Las causas de nulidad de la sentencia deben estar acordes con la característica de este recurso extraordinario de revisión que obedece más a los motivos externos o trascendentes del proceso y pueden dividirse en dos grupos:

a) Las originadas en errores en que se incurre en la etapa decisoria, como vicios propios de la sentencia, como por ejemplo la adoptada con menor número de votos o la carente totalmente de motivación o de congruencia con el caso debatido, etc., y

b) Las originadas en errores graves y no saneadas del proceso, en que se incurrió antes de entrar para fallo y que no pueden ser otros que los señalados por la ley como causales de nulidad durante la época en que se desarrolló el proceso.

Por aplicación del principio de vigencia inmediata de las normas de procedimiento, por ser de orden público, las primeras deben examinarse a la luz de la ley vigente en el momento de dictar sentencia (por ejemplo en cuanto al número de votos), en tanto que las del segundo grupo deben cotejarse con la legislación que reguló el proceso en sus distintas etapas, consultando los cambios legislativos que pudieron sucederse.

*II. Competencia para decidir sobre excepciones.*

Ataca el recurrente la sentencia por vicio en la competencia del Tribunal al decir que éste excedió la suya al declarar probada la excepción de inepta demanda sin estar facultado para ello.

En cuanto a la "competencia" para decidir en la sentencia sobre excepciones, se observa: Las modificaciones introducidas por el Decreto 01 de 1984 en materia de excepciones, en los artículos 163 y 164, buscaron agilizar estos procesos y, las dificultades que ofrece la redacción final, especialmente la del artículo 163, deben tratar de ser resueltas con dicha idea cardinal, armonizándolo con las demás normas correlativas al tema.

El artículo 164 dedicado especialmente a las "excepciones de fondo", dispone en su segundo inciso que "en la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y *sobre cualquiera otra* que el fallador encuentre probada". Esta última expresión, resaltada por la Sala, se refiere a las del mismo género que abarca el artículo, esto es, a las de fondo y significa que el juez decidirá tanto sobre las que propusieron las partes como "sobre cualquiera otra" aún no propuesta, pero siempre que sea de las definidas como excepciones de fondo por el mismo artículo, como aquellas "que se oponen a la prosperidad de la pretensión".

No hay duda que el Tribunal goza de competencia para decidir sobre excepciones de fondo y en cuanto a las denominadas previas se observa lo siguiente:

Cierto es que en la Ley 167 de 1941 no tenían cabida las excepciones previas y sólo eran admisibles las que se oponían a lo sustancial de la acción las cuales también se decidían en la sentencia definitiva de oficio o a instancia de parte, según los artículos 109 y 111.

Tras un intento de darle cabida en algunos juicios a las excepciones previas, el Decreto 01 de 1984 dispuso en el artículo 163:

> "Excepciones previas. Los hechos que constituyen excepciones previas en el proceso civil no tendrán formulación incidental dentro de lo contencioso administrativo; pero podrán alegarse como motivos de nulidad, como excepciones de fondo y aún como razones para recurrir".

Significa esta norma que las excepciones previas no se formularán o tramitarán como incidente, pero al permitir que podrán *alegarse* como excepciones de fondo no puede entenderse, sin caer en el absurdo, que convirtió las excepciones previas en excepciones de fondo y que deban resolverse como estas, en la sentencia. Por este camino, lo que es previo y subsanable se convertiría en definitivo e irremediable y esta solución no está de acuerdo con la idea de buscar celeridad de los procesos contencioso administrativos.

Lo mismo puede predicarse de los "motivos de nulidad" que indudablemente deben relacionarse con las "causales de nulidad" que se tramitan como incidentes según el artículo 165; si conforme al Código de Procedimiento Civil, algunas de ellas son saneables, no podría

llegarse al absurdo de convertirlas en irremediables al dejar para la sentencia su estudio, cuando ya no podrían subsanarse las que permite la ley.

*III. La sentencia acusada.*

En el caso *sub júdice* hubo una errónea expresión del Tribunal al manifestar que se encontraba "probada la excepción previa de inepta demanda".

Lo que sucedió en realidad fue una admisión indebida de la demanda sin que se hubiera cumplido uno de los presupuestos procesales sin el cual no se trabó válidamente la relación jurídico procesal y que, consecuencialmente impedía al juez pronunciarse sobre el fondo llegado el momento de dictar sentencia.

El fallo debió ser simplemente inhibitorio y la circunstancia de haberse referido a la excepción previa ya mencionada es error que no le quita validez, ni lo hace anulable por la vía del recurso extraordinario de revisión, pues no se configura la causal de incompetencia alegada por el actor.

Finalmente la Sala recuerda que el *requisito del pago previo* que debe llenar toda "demanda de impuestos, tasas, multas o créditos definitivamente liquidados a favor del Tesoro Público" en la forma y condiciones prescritas en el artículo 140 del Decreto 01 de 1984, al igual que lo estaba en el artículo 86 de la Ley 167 de 1941, constituye un requisito de ineludible cumplimiento, así sea criticado por la doctrina extranjera, porque el legislador colombiano se propuso con ello garantizar el pago de los impuestos y otros valores del Tesoro Público que sean discutidos ante la jurisdicción por los ciudadanos. En consecuencia, es deber tanto de los demandantes como de los Tribunales verificar su cumplimiento en cualesquiera de las modalidades que lo permite la ley (depósito, caución, o exoneración) al iniciarse el proceso.

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

*Falla:*

No se accede a revisar la sentencia de fecha agosto 27 de 1984, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso promovido por Cartón de Colombia S. A.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(La presente providencia se discutió y aprobó en la sesión de Sala de la fecha).

*Hernán Guillermo Aldana Duque*, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Policarpo Castillo Dávila, Carmelo Martínez Conn.*

*Jorge A. Torrado Torrado*, Secretario.

# TITULO XI

## RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.*

*El Decreto 3825 de 1985 no contempla la declaratoria de desierto de dicho recurso. Aplicación de la disposición que regula casos o materias, semejantes. Artículo 8º. Ley 153 de 1887.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., veintitrés de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 1994. Recurso de anulación. Actora: Nohora Calderón de Cano y otros.

El doctor Jaime Moreno García, como apoderado de los demandantes, solicita la deserción del recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Departamento del Huila contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento el día 23 de noviembre de 1984, lo mismo que la ejecutoria de la mencionada providencia.

Para tal efecto, el memorialista acompaña los siguientes documentos:

a) Memoriales de ratificación de poder, suscritos por cincuenta y cinco demandantes (fls. 4 a 60);

b) Fotocopia auténtica de la sentencia de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el día 23 de noviembre de 1984, al decidir el proceso que en acción de plena jurisdicción instauraron ante dicha Corporación la señora Nohora Calderón de Cano y otros (fls. 63 a 105);

c) Constancia expedida por el Secretario del Tribunal Administrativo del Huila donde consta que el proceso de la referencia fue remitido a esta Corporación en virtud del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la referida sentencia y que a la fecha aún no ha regresado (fl. 1 vto.);

d) De igual modo, el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, expidió la certificación visible a folio 149, la cual está concebida en los siguientes términos:

"Que revisados los libros radicadores que se llevan en esta Secretaría, a partir del 20 de enero del presente año, no se encontró solicitud alguna de reconstrucción del proceso iniciado con demanda de la señora Nohora Calderón de Cano y otros, para pedir el reconocimiento

y pago a los demandantes, del subsidio familiar por parte del Departamento del Huila, venido en recurso extraordinario de anulación a esta Corporación".

"Se expide en Bogotá, a los seis (6) días del mes de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986)".

Para resolver, se considera:

El Decreto 3825 de 1985 no contempla la declaratoria de desierto del recurso extraordinario de anulación y ejecutoria de la sentencia respectiva, que constituye el objeto de la solicitud presentada. Esta petición, en consecuencia, debe resolverse con la aplicación de la disposición que regule casos o materias semejantes, de conformidad con la regla contenida en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, y, teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4º del C. de P. C.).

De acuerdo con estos principios de interpretación, debe declararse la deserción del recurso extraordinario de anulación y la ejecutoria de la sentencia objeto de aquél, cuando no se hubiere solicitado la reconstrucción del proceso que se encontraba a conocimiento del Consejo de Estado en virtud de dicho recurso según las reglas del Decreto 3825 de 1985, en aplicación de su artículo 2º numeral 2º que regula el caso del recurso de apelación, debido a que no puede quedar sin definición la ejecutoria de esa sentencia al resolverse la solicitud del interesado.

En consecuencia con lo dicho y, como en el caso presente, la petición reúne los requisitos exigidos en las normas citadas, se resuelve:

Decrétase la deserción del recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Departamento del Huila contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del mismo Departamento el 23 de noviembre de 1984 en los procesos iniciados y acumulados por Nohora Calderón de Cano, Carmen Rita Guerrero de Perdomo, Miriam Sandoni Jiménez, Aurora Rodríguez de Sandoval, Mercedes Mora de Sambrano, Mercy Rodríguez Rodríguez, Luz Mary Sendoya, Luz Mirian Lemus de Artunduaga, Laura Luz Dussán de Rivas, Emilia Narváez de Galindo, Yolanda Cardoso de Vargas, Carmen Trujillo de Rojas, Luz Marina Rojas de Ramírez, Fabiola Muñoz de Vargas, Teresa Avilez de Pérez, Amparo Yunda de Ramírez, Lucy Guzmán de Perdomo, Nelcy Torres de Cárdenas, Fanny A. de Ramírez, Luz Dary Vinasco Valencia, Julia Teresa Rivera Rodríguez, María Cristina Acosta Ardila, María Eneida Muñoz de Castro, Marina Trujillo Pérez, Libia Rosa Gutiérrez de García, María del Rosario Cuéllar de Ramírez, Margarita Charry de Triana, Ubiela de Martínez, Amparo Puños de Muriel, Consuelo Montenegro Vega, Ruth Motta de Rojas, Ligia Ordóñez de Peña, Leney Toledo de Rojas, Ana Elena Cardona de Losada, Betsabé Chavarro Chavarro, Jaime Embus Jara, Gustavo Polo Pérez, Luis Alfonso Adarmes, José Reinel Ruiz Muñoz, Reynaldo Ortiz Alarcón, Bertha G. Ramón de Cuéllar, Luz Aracelly Artunduaga de Meneses, Magdalena Vargas, María Melba Calderón de Cuenca, Alcibiades Quiroga Peña, Héctor Charry Rico, Alvaro Méndez Oviedo, Alvaro Ferro Rojas, Isabel

Polo de Embus, Mesías Hernández Perdomo, Jesús Enrique Jara, Gil Medina Pascuas, Leonel Ramírez Cerquera, Oslando Cano Quesada, José Agustín Vanegas, Raúl Ordóñez Renza, Carlos Humberto Herrera, Ildefonso Cedeño Manchola, Ramiro Torres A., José María Grafte España, Amparo Quesada de Pérez, Xilena Peña Peña, Jaime Jaramillo Vargas, Aurora Correa de Rojas, Lucelida Rivera de Trujillo, Saúl Murcia Gutiérrez, José Adelmo Barrera Méndez, Víctor Raúl Pineda López, José Ignacio Embus Jara, Litcy Cuéllar de Herrera, Graciela Díaz de Martínez, Carmencilia Brazo de Díaz, Viela Gutiérrez de Moreno, Ana Teresa Pabón de Poladínez, Fanny Puyo de Cruz, Teodolinda Horta de Andrade, Beatriz Falla viuda de Rojas, Ligia Ortega de Cuéllar, María Hortua de Tierradentro, Rosalia Chavarro de Flórez, Doris Acosta de Castro, Gloria Helena Bermeo de Pepicano, Lourdes Tovar Fajardo, Mercedes Ome de Facundo, Idaly Vargas de Ramírez, María Marleny Trujillo de Quesada, María Elena Espinosa de Suaza, Luz Losada de Pérez, Martha Celada Cardozo, Aura Leonor Ordóñez de Rengifo, Elcira Covaleda de Salazar, Teresa Murcia de Trujillo, Rosario Fernández Camacho, Nohora Cerquera de Otero, María D. Polanía de Trujillo, Flor Angela Cabrera de Molina, Beatriz T. de Ospina, Luz Marina Fernández de Vargas, Rita Elena Peralta de Torrejano, Flor María Gómez de Chávez, Emma Carvallo de Parra, Aura Delia Rico de Cuéllar, María de J. Javela de Motta, María Antonia Sánchez de Ramos, Silvina Polanía de Mejía, Melanía Cedeño de Motta, Moralba Reyes de Orozco, Ana S. Medina de Polanía, Oliva Córdoba Gaviria, Rosario Perdomo de Quino, Olga María Ramírez de Medina, Otilia Olaya de Gaitán, Beatriz Carvajal de Fuente, Aracelly Bautista de Duarte, Luz Elena Reyes de Manchola, Argelica Rubiano de Torres, Ursula Torres de Parra, Ruth Rodríguez de Alarcón, Rosa D. Covaleda de Bermeo, Teresa de Jesús Alarcón de Salazar, Miriam Mottas de Monjes, Isabel Avila de Arcos, Rosa Elena Cleves de Artunduaga, Rita Soto de Laiseca, María Emelina Urriago Paredes, Lucila Perdomo de Mosquera, Lilia Motta de Ruiz, Laura Mermeo de Rizza, Libardo Chaguendo, Carmen Lucelida Ibata de Durán, Esther Julia Artunduaga de Muñoz, Elvira Fajardo Quintero, Flor Angela Cerón de Sotelo, Miguel Angel Ramos Silva, Jesús Antonio Mora Salas, Reinaldo Valencia Díaz, Fabio Bahamón Rubiano, Gustavo Vidal Torres, Ernestina Guevara de Dussán, Rened Quintero de Cerquera, Nubia Esther Tovar de Gómez, Rosa Tulia Charry de Yara, Mariela Puyo de Troyano, Aseneth Andrade de Durán, Alfredo César Sandoval, Emilia Bustos Gutiérez, Jorge Eliécer Villalobos, Luis Hernán Jiménez, Alicia Cano de Duarte, Mirian Quintero Telles, Marleny García de Sánchez, Irma Imelda de Manrique, Elvia Tovar de Ovalle, Catalina Charria de Candela, Emma Cortés de Yasno, María Estella Gómez de Claros, Olga Ordóñez de Artunduaga, Rosario Villegas Calderón, Trinidad Bonilla de Ruiz, Blanca Marta Argote Rivera, Melba González de Corredor, Juanita López de Toledo, Mirian Ramón Cano, Fabiola Cabrera de Valderrama, Luz Miriam Cerón de Durán, Beatriz Silva de García, Ana Saturia Muñoz de Ordóñez, Marleny Rodríguez de Cortés, Clara Ibeth Peña, Rosalba Rihoda de Cuenca, Luz Alba Gómez de Ibarra, Nelly Perdomo de Rojas, Jaime Argote Rivera, José Gabriel López Suárez, Ignacio Mosquera Mosquera, Medardo García, Oscar Rafael España, Elsa Cabrera de Cadena, Rosa Leonor Rodríguez de Vásquez, Fanny Artunduaga de Sánchez, Rosalía Urbano Toro, Arcelia Cruz de Ordóñez, Alfonso Llanos

Durán, Yesid Celis Perdomo, Alirio Flor Roa, Abelardo Zuleta Sánchez, Leonel Alvarado Osorio, María Dennys Losada de Fierro, María del Carmen Perdomo de Rubiano, María del Carmen Ramos de Murcia, Bertilda Santos Polanco, Elvia Andrade de Cabanzo, Doris Ayerbe de Sánchez, Rosa Edilia Cruz de Amorocho, Teresa Ñáñez de Muñoz, María Oliva Collo de Trujillo, Ana Cecilia Bolaños de Delgado, Alvaro Fajardo, Henry Ambuila Lucumi, Vicente Rueda Ramírez, Gonzalo Alarcón Polanía, Edgar Puentes Tejada, Emma Cecilia Urrea de Hoyos, Ernestina Cabrera viuda de Cabrera, Amparo Manrique de Rocha, Zoraida Zúñiga de Alvarado, Alba Tulia González de Rojas, Alfonso Chavarro C., Jairo Trujillo Méndez, Rafael Figueroa Soto, Armando Herrera Chimbi, Gloria Carvajal de Valderrama, Miriam Polo de Cháux, Manuel Antonio Ibarra Ruiz, Gabriel Trujillo Vizcaya, Leonel Galíndez Alvarez, Eustacio Molano Bonilla, Roberto Pérez Díaz, Jairo Falla Medina, Eduardo Parra Muñoz, Félix Chala Bernal, Luis Arturo Rojas Tafur, Alfredo Claros Méndez, José Rubiano Melo, Jorge Eliécer Bonilla, Lucila Fierro de Vargas, Albenis Hoyos de Hernández, Jorge Enrique Londoño Santofimio, Jesús Hernando Perdomo Cifuentes, César Javier Bermúdez Beltrán, Adriana Garrido de Sanabria, Gerardo Pérez Fierro, Gentil Hernández Ovalle, Beatriz Ordóñez de Cardozo, Miriam Ayerbe de Hurtado, Marleny Trujillo de González, María Nelly Vivas de Santofimio, Rosalba Pérez de Trujillo, Serafina Gómez de Piamba, Ligia Sánchez de Fajardo, Elvia Mazorra Muñoz, Raquel Narváez Trujillo, Alba Pérez de González, Ana Judith Salazar Gómez, Gloria Inés Ruiz de Molina, Esperanza Rivera de Zambrano, Alba Libia Murcia de Castañeda, Rubiela Díaz de Valencia, María Jesús Trujillo T., María del Rosario Murcia de Ortiz, Rosa Elvira Samboni, Elisa Villegas de Falla, Blanca Elvira Muñoz de Qmes, Teresa Avendaño de García, Mercedes Trujillo Pérez, Lilia Losada de Perdomo, Lucena Tovar de Rojas, Luz Marleny Vinasco, Teresa de Jesús Fernández de Toro, María Emilia Rodríguez de Plazas, Mercedes Santos de Almario, Gloria María Angel, Cecilia Arias de Zabaleta, Aura Elena Motta de Cedeño, Alicia Muñoz de Sánchez, Mariela Rodríguez de Murillo, Inés Lugo de Aljure, Olga Narváez de Fierro, Raquel Aldana de Villa, Cecilia Muñoz de Burbano, Ninfa Trujillo de Losada, Vicenta Sánchez de Suárez, Elcy Mary Rojas de Sánchez, María Cruz Ordóñez Paladínez, María Alarcón de Ramírez, Dolly Anacona de Peña, Adelina Salamanca de Pineda, Olga Sánchez Naranjo, María Urid Salazar de Sánchez, Cecilia Flórez de Díaz, Beatriz Parra Muñoz, Cruz Marleny Hernández de Santofimio, Rebeca Silva de Riascos, María Eunice Santos de Cortés, Ana María Peña de Navia, Elisa Chavarro de Londoño, Esther Peña de Trujillo, Betty Carmona de Verú, Zoila Clara Ordóñez de Bonilla, Ruth Cuéllar de Palomares, Nohora Elizabeth Roa de Salgado, María del Carmen Romero de Triana, Ana Orfilia Zúñiga de Santofimio, Judith del Rosario Hermida de Rozo, Fabiola Gómez de Rivera, Beatriz Bonilla de Guzmán, Virgelina Cardoso de Santofimio, Cecilia Garavito Peña, Yineth Molina de Moya, Marina Arboleda de Arroyo, Zoila Bernal de Cárdenas, Ofelia Cano Cabrera, Marina Medina de Perdomo, Luz Elena Gallardo de Muñoz, Rosa Inés Telles de Ospina, María Nayibe Burbano Cleves, Elvia María Perdomo de Polo, María Nelly Rojas de Tovar, María Olga Vargas de Saavedra, María Ornobis Quimbaya de Osorio, María Mercedes Puyo de Losada, Hermila Ortega de Meneses, Luz Dávila Gutiérrez de Coronado, Lilia Valderrama de Triana, María

Elena Garcés de Ome, Nedgy Isabel Daza de Polanía, Clemención Rincón de Zapata, Dominga Valencia Díaz, Marilú Valderrama de Trujillo, Gladys Manjarrez de Sagatuy, Gloria Narváez de Herrera, Isabel Andrade de Castillo, Nohora Mercedes Castro de Fernández, Benigna Silva Silva, Dorys Fajardo de Alvarez, Carmen Cuenca de Salazar, Irma Teresa Muñoz Mazabel, Luz Marina Patiño de Pérez, Mariela Tovar de Vargas, Ana Mercedes Mayorga de Gil, Aurelia Calderón de Hernández, Alicia Torres de Eraso, María Elena Tovar Lamilla, María Amparo Hermosa de Montealegre, Cecilia Fierro de Lizcano, María Alba Zúñiga de Bravo, Gloria Nelly Ordóñez Muñoz, Isabel Mosquera de Plazas, Yolanda Torres de Alvarez, Bertha Valderrama de Bermeo, María Fabina Torres de Vargas, Ana Dolly Alarcón de Alvarez, Jesucita Alvira de Marín, María Elcy Flórez de Vargas, Aura Guzmán de Burbano, Romelia Morales de Bahamón, Luz Marina Perdomo de Ramírez, María Gilma Díaz de Flórez, María Nubia Tovar de Ruiz, Elizabeth Rodríguez de Fajardo, Melida Castro de Beltrán, María Dolly España de Bravo, Carmenza Montenegro de Hernández, Cecilia Caquimbo de Azuero, Ismelda Cháux de Buriticá, Elmy Daza de Bastos, Paulina Alarcón de Pérez, Carmenza Peña, Yineth Paredes Ramos, María Alvéniz Peña Gaviria, Mercedes Velásquez de Valderrama, Cecilia Quiroga de Quintero, y Amparo Alvarez de Rodríguez.

Decrétase la ejecutoria de la sentencia referida, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila el 23 de noviembre de 1984.

Según los términos de los memoriales de folios 3 a 60, se reconoce al doctor Jaime Moreno García como apoderado de Nohora de Cano, María Cristina Acosta de Charry, Isabel Mosquera de Plazas, Esperanza Rivera de Zambrano, Adriana Garrido de Sanabria, Lucelida Perdomo de Mosquera, Esther Julia Artunduaga de M., Rosa Elvira Samboni de Bolaños, Luz Losada de Pérez, Litcy Cuéllar Zambrano, Myriam Motta de Monje, Betty Carmona de Verú, Beatriz Bonilla de Guzmán, María Marleny Trujillo de Quesada, Albeniz Hoyos de Hernández, Alcibiades Quiroga Peña, Idaly Vargas de Ramírez, Félix Chala Bernal, Mariela Puyo de Troyano, Amparo Puyo de Muriel, María del Carmen Ramos de Murcía, Emilio Bustos Gutiérrez, Aurelia Calderón de Hernández, Olga María Ramírez Cedeño, Rita Helena Peralta de Torrejano, Rosalba Pérez de Trujillo, José Gabriel López de Suárez, Dolly Anacona de Peña, Viela Gutiérrez de Moreno, Miguel A. Ramos Silva, Juanita López de Toledo, Mariela Tovar de Vargas, Alfonso Llanos Durán, Luz Marina Fernández de Vargas, Teresa Avilés de Pérez, Jesús Hernando Perdomo C., Fanny Quino de Ramírez, Alirio Flor Roa, Gonzalo Alarcón Polanía, Luz Eleín Reyes de Manchola, Rosalía Chavarro de Flórez, Elvia T. de Ovalle, María Delcy Polanía de Trujillo, Trinidad Bonilla de Ruiz, Myriam Ramón Cano, Olga Sánchez Naranjo, Ana Dolly Alarcón de Alvarez, Paulina Alarcón de Pérez, Alfredo César Sandoval Ruiz, Inés Paredes de Ramos, Beatriz Ordóñez de Cardoso, Aracelly Bautista de Duarte, María de Jesús Javela de Matta, Ana Mercedes Mayorga de Gil, Gil Medina Pascuas, Luis Alfonso Adarmes, Fabio Bahamón Rubiano, Jaime Argote Rivera.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

*Aydée Anzola Linares.*

*Miguel Antonio Perilla P.* Secretario.

*EMPLEADOS DEL CONGRESO. PROVISION DE EMPLEOS. Situaciones que pueden presentarse (Ley 52 de 1978). ESTABILIDAD.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., veintinueve de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Proyectó: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 222. Recurso extraordinario de anulación. Actor: Fernando Villalobos Ayala y otros.

El señor Fiscal 7º del Tribunal Administrativo de Cundinamarca interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de única instancia, proferida por la Sección Primera de esa Corporación el 19 de julio de 1985, en virtud de la cual se decidió el proceso que en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941 y por conducto de apoderado formularon los señores Fernando Villalobos Ayala, Celia Matilde de Jiménez, Luis Eduardo Arenas y Stella Quiñónez de Díaz, tendientes a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución número 125 de 19 de octubre de 1982, expedida por la Comisión de la Mesa del Senado de la República, en virtud de la cual se declararon insubsistentes sus nombramientos.

El apoderado de los demandantes citó como disposiciones violadas los artículos 17 y 30 de la Constitución Nacional; 3º y 14 de la Ley 52 de 1978 y 2º de la Ley 54 de 1968, expresando igualmente el concepto de su violación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al expedir la providencia impugnada por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda, consideró que la resolución enjuiciada fue dictada por la Comisión de la Mesa del Senado de la República, organismo que no tenía competencia legal para adoptar esta clase de decisiones, toda vez que era atribución exclusiva del Director Administrativo del Senado de la República y, al efecto, razona así:

"La competencia, en general, 'es la facultad que tiene el órgano estatal, dada por la ley, de conocer de determinados asuntos y de decidir sobre ellos, en razón de la materia, del territorio, del tiempo y del grado o lugar jerárquico que ocupe ese órgano dentro de la escala administrativa (factor funcional)', al punto que 'la existencia y la legitimidad del acto administrativo depende de que haya sido dictado por el órgano estatal, en función administrativa y dentro de las atribuciones de su competencia'.

"Al respecto, después de definir la incompetencia con el profesor J. Rivero como 'el vicio que afecta a una decisión cuando su autor no tenía el poder legal para tomarla', dice el doctor Carlos Betancur Jaramillo que 'de todas las formas de ilegalidad es ésta la más grave, por cuanto los agentes públicos no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados, vale decir, que deben actuar siempre sobre la base y dentro de los límites de los textos que les fijan sus atribuciones'.

" 'Estas notas muestran el carácter de orden público que tienen las normas que distribuyen las competencias funcionales'.

" 'El carácter anotado permite su declaratoria oficiosa por el juzgador, aunque el demandante no la haya invocado en apoyo de su petición. Se colige igualmente que el vicio de incompetencia no puede ser subsanado por la aprobación posterior de la autoridad competente, ni ésta puede renunciar a ella en beneficio de un administrado. Tampoco puede ser la competencia objeto de convención entre las partes ni modificarse, en principio, por razones de urgencia'.

"En el caso en examen, se tiene, por un lado, que los demandantes habían continuado laborando a pesar de habérseles vencido el período reglamentario —20 de julio de 1978 a 19 de julio de 1982—, lo que no implica próroga automática del mismo como se pretende en la demanda, y, por otro, que su separación del servicio no podía hacerlo la Comisión de la Mesa Directiva del honorable Senado de la República, porque la atribución, y, por consiguiente, competencia, para la nominación y remoción de los empleados subalternos del mismo, la tenía el Director Administrativo, al tenor del mencionado artículo 14 de la Ley 52 de 1978.

"Dicho precepto, textualmente, dice:

" 'La provisión de los empleados del Congreso corresponde a los Directores Administrativos de candidatos que postularán las Mesas Directivas de la respectiva Cámara, y las Comisiones Permanentes o Legales, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, la proporcionalidad de los partidos políticos representados en la Corporación y dando prelación al personal que actualmente labora, cuando cumplan los requisitos exigidos para el cargo'.

" 'Se exceptúan de lo previsto en este artículo los empleados cuya designación se haga por elección de las Cámaras y los Secretarios de las Comisiones Constitucionales'.

" 'Parágrafo transitorio. Mientras los Directores Administrativos no hagan los nombramientos en propiedad continuarán en sus cargos los empleados que actualmente prestan sus servicios a las Cámaras con las asignaciones señaladas en esta ley'.

" 'Así mismo, mientras no se haga la designación de los Directores Administrativos, las Mesas Directivas ejercerán provisionalmente las funciones de administración de personal, excepto la de nombrar nuevos empleados'.

"La norma transcrita, como es fácil inferirlo y en relación con la provisión de cierto personal del honorable Congreso —y, por ende,

del Senado—, plantea tres situaciones: a) Que el nombramiento de los empleados en general, con las excepciones que allí mismo se prevén, corresponde a los Directores Administrativos; b) Que mientras los Directores Administrativos no los nominen en propiedad, continuarán en sus funciones los empleados que actualmente prestan sus servicios a las Cámaras; y c) Que mientras se designan los Directores Administrativos, las Mesas Directivas 'ejercerán provisionalmente las funciones de administración de personal, excepto la de nombrar nuevos empleados'.

"Si bien la disposición no habla de la remoción de los empleados, la Sala, en casos similares, siempre ha entendido que quien tiene la competencia de nombramiento, también tiene la de separación del servicio, naturalmente, dentro de lo que estipule la preceptiva legal, y, por eso, ha considerado que, en situaciones como la presente, quien tiene la atribución para declarar la insubsistencia del nombramiento es el Director Administrativo de la Cámara correspondiente.

"Cuando en caso similar se propuso que los Directores Administrativos del Congreso no tienen la facultad de remoción de los empleados a que se ha hecho alusión, en razón de lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 8º de la Ley 17 de 1970, la Sala, con ponencia del Magistrado doctor Luis Alberto Medina Bermúdez, expresó que 'no hay duda que la facultad de remover personal la tiene también el Director Administrativo, por cuanto habiéndole otorgado la ley de nominar, ha sido criterio unánime, de que quien tiene lo uno le incumbe lo otro por interpretación lógica; de lo contrario tendría que aceptarse que habiéndose otorgado ambas autorizaciones a las Comisiones de las Mesas Directivas por la Ley 17 de 1970, la Ley 52 de 1978 sólo les quitó la de nominar dejándole la de remover, criterio inaceptable para el caso porque a pesar de que la citada Ley 52 les concedió transitoriamente ejercer las funciones administrativas de personal mientras se nombraba al Director Administrativo, les prohibió a la vez la de nombrar nuevos empleados, prohibición que demuestra más la tesis de la competencia en el Director Administrativo, porque sin norma expresa y clara no se pueden tomar partes de un solo texto legal, al capricho del intérprete, para adecuarlos a otro, que sí se obvia en aplicación del principio general del derecho ya enunciado'.

" 'Finalmente, se fortalece el criterio antes expuesto con la expedición de la nueva Ley 28 de 1983 que al derogar el artículo 13 de la Ley 52 de 1978, las Comisiones de las Mesas readquirieron la facultad de nominar el personal de la Rama Legislativa, advirtiéndose que el no sujeto a período quedaba de «libre nombramiento y remoción» de las Mesas respectivas, lo que dice claro que la nominación y retiro de los empleados sujetos a él, a partir de la vigencia de la nueva Ley 28 en cita, corresponde a las Comisiones de las Mesas Directivas de ambas Cámaras, pero no antes que sólo la tuvieron por el lapso comprendido de la vigencia de la Ley 17 de 1970 y la 52 de 1978' (Expediente 9936. Actora: Aura Blanco de Montagú. Junio 13 de 1984).

"En relación con la Resolución 123 del 28 de agosto de 1981, la Sala observa —atendiendo al texto de la misma— que ella 'establece el régimen de administración de personal del Senado de la República' y que ella se expidió por la Comisión de la Mesa Directiva en uso de

sus atribuciones legales y en especial las que le confiere el artículo 14 parágrafo transitorio de la Ley 52 de 1978.

"Advierte, así mismo, que a pesar de que al Director Administrativo se le da, dentro de ciertas condiciones y con las excepciones que en la mencionada resolución y en la citada Ley 52 se contemplan, la facultad de provisión de 'los cargos de la Corporación' —capítulo X—, se determina en lo relativo al retiro del servicio que la insubsistencia compete declararla a la Comisión de la Mesa Directiva —capítulo XV, artículo 60—.

"Confrontando dicho reglamento o resolución con el parágrafo transitorio del artículo 14 de la Ley 52 de 1978, que —como se vio— expresamente se cita en su texto como la facultad para señalar 'el régimen de administración de personal' del honorable Senado de la República, la Sala encuentra que en él no se otorgó tal autorización, y considera, así mismo y como consecuencia de ello, que la mencionada resolución desbordó la referida Ley 52.

"La Sala estima, además, que el dicho reglamento tampoco se dictó obedeciendo lo mandado en la Constitución Nacional, principalmente, en sus artículos 62 y 76, numeral 10, como que él se expidió sin tener en cuenta lo normado respecto al manejo de personal por el mismo Congreso Nacional.

"En efecto, las disposiciones constitucionales nombradas, dicen, en lo pertinente:

" 'Artículo 62. ...El Presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido'.

" 'Artículo 76. Corresponde al Congreso hacer las leyes'.

" 'Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: ...10. Regular los otros aspectos del servicio público, tales como los contemplados en los artículos 62, 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 administrativas, judicial y militar...'

"Lo anterior lleva a la Sala a plantear las excepciones de inconstitucionalidad y de 'ilegalidad', y por consiguiente, la no aplicabilidad al caso en debate de la resolución en cita, atendiendo, para ello, a lo establecido en el artículo 215 de la Constitución Nacional y en los artículos 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 del Código de Régimen Político y Municipal, y a algunos antecedentes jurisprudenciales del honorable Consejo de Estado recogidos en sentencia del 20 de julio de 1960 y del 24 de septiembre de 1973.

"Al respecto, y, además, frente a algunos argumentos que no aceptan la mencionada excepción de ilegalidad, el honorable Consejo de Estado dijo:

" 'Es cierto que se ha creado la jurisdicción contenciosa para el control de la legalidad, pero así como la jurisdicción contenciosa puede declarar una nulidad con efecto *erga omnes*, también y *a fortiori*, puede excepcionar cuando el reglamento es ilegal por la vía particular. Recordemos cómo los romanos decían «*Qua temporalis sund ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*». Y en romance se dice con razón: «Quien puede lo más puede lo menos. Quien puede la acción, puede la excepción»'.

"Finalmente, cabe reiterar que si el Director Administrativo del honorable Senado de la República se encontraba en uso de sus funciones —como así se ha certificado— y era a él a quien correspondía la facultad de remoción, por ser el nominador, conforme a ley, y la separación del servicio lo hizo la Comisión de la Mesa Directiva, el vicio de incompetencia es evidente, y, por ende, procede la nulidad del acto demandado y el consiguiente restablecimiento del derecho, que ha de consistir en el reintegro a los empleos que ocupaban, con excepción de Celia Matilde Cortés de Jiménez quien nuevamente se halla vinculada al servicio y en el mismo cargo que desempeñaba, el pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de devengar durante el tiempo de desvinculación del servicio y hasta cuando sean, efectivamente, reintegrados a él, descontándoles lo que hayan recibido por tales conceptos por alguna otra vinculación a la Administración Pública y la declaración de que, para todos los efectos legales, no ha existido solución de continuidad".

Ahora bien: Es conveniente hacer notar que el señor Fiscal Séptimo del Tribunal Administrativo, al formular el recurso de anulación, cumplió con la carga procesal de que trata el artículo 199 del Decreto 01 de 1984, es decir, la designación de las partes y de la sentencia cuya anulación se solicita; la síntesis de los hechos materia del litigio y la formulación de cargos contra la misma expresando la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva, razón por la cual el recurso fue admitido y se le dio el trámite previsto en el artículo 204 del estatuto en referencia.

El recurrente funda su inconformidad con lo dispuesto en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, a virtud de que considera que el juzgador al ordenar el reintegro de tres de los demandantes, violó el artículo 3º de la Ley 5ª de 1978 que dispone que los empleados del Congreso son de período fijo, y, por lo tanto, su permanencia en los cargos sólo podía durar hasta el vencimiento de aquél o hasta la fecha en que el Director Administrativo hiciera la provisión de los cargos en propiedad.

Formulado en tiempo el recurso y vencido el traslado a las partes, con silencio de las mismas, procede la Sala a resolverlo, previas las siguientes

*Consideraciones:*

De análisis del fallo impugnado, y de los cargos formulados por el recurrente, se concluye que efectivamente, como lo afirma éste, se incurrió en una errónea interpretación de las normas que relaciona como violadas al dársele un alcance que no tienen.

En efecto, por disposición del artículo 14 de la Ley 52 de 1978 se establece que:

"La provisión de los empleados del Congreso corresponde a los Directores Administrativos de candidatos que postularán las Mesas Directivas de la respectiva Cámara, y las Comisiones Permanentes o Legales, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, la proporcionalidad de los partidos políticos representados en la Corporación y dando prelación al personal que actualmente labora, cuando cumplen los requisitos exigidos para el cargo".

"Se exceptúan de los previstos en este artículo los empleados cuya designación se haga por elección de las Cámaras y los Secretarios de las Comisiones Constitucionales".

"Parágrafo transitorio. *Mientras los Directores Administrativos no hagan los nombramientos en propiedad continuarán en sus cargos los empleados que actualmente prestan sus servicios a las Cámaras con las asignaciones señaladas en esta ley*" (se subraya).

"Así mismo, mientras no se haga la designación de los Directores Administrativos, las Mesas Directivas ejercerán provisionalmente las funciones de Administración de Personal, excepto la de nombrar nuevos empleados".

Como bien lo observa el Tribunal en la sentencia impugnada la norma en comentario, plantea tres situaciones: 1. Que los nombramientos de los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público, con las excepciones que allí se prevén, es de competencia exclusiva de los Directores Administrativos. 2. Que mientras no se haga la designación en propiedad por el aludido funcionario, los empleados continuarán prestando sus servicios a la respectiva Corporación. 3. Mientras se designa a los Directores Administrativos, las Mesas Directivas ejercerán provisionalmente las funciones de Administración de Personal, excepto las de nombrar nuevos empleados.

En la sentencia recurrida se definió con acierto, en parte, la situación jurídica en que se encontraban los demandantes cuando se produjo la declaratoria de insubsistencia de sus nombramientos. Pero no tenían derecho a permanecer en sus cargos sino hasta el vencimiento del período legal (19 de julio de 1982), pues no existe prórroga automática del mismo, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación.

Y aunque el *a quo* constató que los demandantes fueron removidos de sus empleos mediante un acto administrativo viciado de nulidad por incompetencia del funcionario que lo profirió (art. 14 *ibidem*) de la Ley 52 de 1978, sin embargo el restablecimiento del derecho violado únicamente podía traducirse en el reconocimiento y pago de todos los emolumentos dejados de devengar desde la fecha en que tuvo lugar la remoción y hasta la posesión de las personas que los reemplazaron en virtud del nombramiento efectuado por el Director Administrativo del Senado para el nuevo período constitucional 1982-1986, pues se repite, el hecho de continuar laborando no obstante la terminación del respectivo período, no les daba estabilidad en sus cargos. Podían

haberla adquirido, en forma relativa, si el Director Administrativo les hubiera hecho nuevos nombramientos, circunstancia esta que no se presentó en el asunto *sub júdice*.

Y como quiera que el *a quo* dispuso, en el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia que es objeto de impugnación, el reintegro de tres de los demandantes a los cargos de los cuales fueron removidos y el pago de todos los emolumentos dejados de percibir hasta el día en que efectivamente sean reincorporados al servicio, es evidente que tal declaración transgrede, en forma directa, el artículo 3º de la Ley 52 de 1978, conforme al cual la estabilidad en los cargos sólo podía prolongarse hasta el vencimiento del período correspondiente al lapso 1978-1982. Igualmente se violó el artículo 14 *ibídem* también indicado como infringido en el escrito de impugnación, toda vez que el juzgador no tuvo en cuenta que el Director Administrativo podía proveer los cargos para el nuevo período constitucional 1982-1986 con los mismos empleados que habían sido designados para el anterior, o con otros, como en efecto, lo hizo.

Por estas razones y en el sentido indicado, el recurso extraordinario de anulación prospera respecto del numeral 3º de la parte resolutiva del fallo recurrido.

En cuanto al segundo cargo formulado por el recurrente en su escrito de impugnación, se hace consistir en que el segundo aparte del numeral 3º de la sentencia también deberá ser anulado, en atención a que el pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir por la demandante Celia Matilde Cortés de Jiménez quien también fue desvinculada del servicio mediante la Resolución 125 de 19 de octubre de 1982 y en igual fecha en que lo fueron los otros tres actores, solamente deberá comprender el tiempo desde el día en que fue separada del servicio hasta el momento en que se posesionó la persona que la reemplazó. Al respecto, le asiste razón al señor Fiscal 7º del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, si se tiene en cuenta que este organismo no podía ordenar el pago de salarios y prestaciones de la demandada hasta el 27 de abril de 1983 porque para ese entonces ella se posesionó a virtud de nuevo nombramiento hecho por persona competente y después de que había transcurrido un lapso de seis meses, aproximadamente, entre su primera desvinculación del servicio en el Congreso de la República y la segunda designación que tuvo lugar el 27 de abril de 1983, mediante la Resolución número 588.

Por las razones anteriores, el recurso extraordinario de anulación prospera respecto del numeral 3º de la sentencia impugnada, apartes 1º y 2º que fueron motivos de censura por el recurrente.

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 Anúlase el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia proferida por la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca con fecha 19 de julio de 1985, el cual está

concebido en los siguientes términos: "Se ordena como consecuencia de lo anterior y para el restablecimiento del derecho, que la Nación —Senado de la República— reintegre a los demandantes Fernando Villalobos Ayala, Luis Eduardo Arenas González y Stella Quiñones de Díaz, identificados con las cédulas de ciudadanía números 79.108.030 de Engativá, 17.171.862 de Bogotá y 20.022.586 de Bogotá, a los cargos de Auxiliar de Grabación, chofer mensajero y sustanciadora de leyes, respectivamente, y les reconozca y pague todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde la separación del servicio, hasta el momento en que sean, efectivamente reintegrados a los mismos, descontándoles lo que hayan recibido por tales conceptos por alguna otra vinculación a la Administración Pública".

2º Como consecuencia de lo anterior, el numeral 3º, objeto de impugnación quedará de la siguiente manera: La Nación —Senado de la República— debe reconocer y pagar a los demandantes Fernando Villalobos Ayala, Luis Eduardo Arenas González y Stella Quiñones de Díaz, los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de remoción de sus cargos hasta el día de la posesión de las personas nombradas para el período constitucional del Senado de la República (1982-1986), en los mismos cargos. A los demandantes se les descontará lo que hubieren percibido de la Administración Pública por iguales conceptos.

3º Anúlase el aparte segundo del mismo numeral 3º de la sentencia impugnada en cuanto ordenó "el pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de devengar desde la separación del servicio *hasta el 4 de mayo de 1983...*" (se subraya) y en su lugar se dispone:

La Nación —Senado de la República— debe reconocer y pagar a la demandante Celia Matilde Cortés de Jiménez, los suedos, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su remoción en el cargo que venía desempeñando en octubre de 1982 y hasta el día en que se posesionó la persona que la reemplazó, descontándole las sumas que hubiere devengado por los mismos conceptos de la Administración Pública.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 18 de julio de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra,* Ausente; *Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel Antonio Perilla P.* Secretario.

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. PRESENTACION. ARTICULO 198 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Contempla dos situaciones diferentes, con las correlativas exigencias en cuanto a la presentación del recurso: Sentencias del Consejo y sentencias de los Tribunales, con presentación en la Secretaría de la Sección en el primer caso, y ante la del Tribunal para el segundo.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., seis de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 1628. Recurso de anulación. Actora: Laura Lida Hidrobo de Medina.

Preceptúa el artículo 198 del Código Contencioso Administrativo que el escrito del recurso de anulación "deberá dirigirse al Presidente de la Sala Plena y se presentará en la Secretaría de la Sección o *en la del Tribunal que dictó la sentencia*".

Significa la anterior norma, entendida dentro del contexto del artículo 195 del mismo Código y en el ámbito de la congruencia que exige tal institución, que, si el recurso se interpone contra sentencia del Consejo de Estado, el escrito ha de presentarse en la Secretaría de la correspondiente Sección de dicha Corporación, en tanto que, si se formula contra la sentencia de un Tribunal, el escrito se presentará ante éste. Tal es la correcta interpretación del precepto, dado que evidentemente consulta las dos posibilidades de viabilidad del recurso y visto que la oración adjetiva relativa "que dictó la sentencia" se refiere, sin duda alguna, al Tribunal como antecedente inmediato.

No es jurídico concebir que el recurrente tenga la opción de presentar el escrito del recurso en la Secretaría de la Sección del Consejo de Estado o en la del Tribunal que dictó la sentencia en tratándose de recurso contra una sentencia de Tribunal, porque, si así fuera, dándose a la construcción gramatical un sentido alternativo, habría que predicar lo mismo de sentencias proferidas por el Consejo de Estado, para las cuales el escrito, según tal planteamiento, podría presentarse ante un Tribunal. Pero, aparte de que tal cosa resulta absurda, cuál sería el Tribunal si la expresión "que dictó la sentencia" evidentemente tiene carácter restrictivo, con referencia a sentencias de los Tribunales?

Supuesto que se invirtiera el orden de los términos —cosa posible en tratándose de situaciones alternativas—, el escrito naturalmente

podría presentarse en la Secretaría del Tribunal o en la de la Sección del Consejo de Estado que dictó la sentencia, en ambos casos (sentencia de Tribunal y sentencia del Consejo de Estado), lo cual ciertamente resulta impropio y antitécnico.

Ha de tenerse en cuenta, además, que el artículo 198 es norma especial para el recurso de anulación y que, por lo tanto, no es posible pasarla por alto para aplicar, en su lugar, la del artículo 142 del mismo Código, que se refiere concretamente a la presentación de la demanda. No podría esgrimirse argumento que tuviera validez pues realmente se trata de dos casos o situaciones diferentes.

Por otra parte, qué explicación podría darse al hecho de que el legislador haya previsto estas dos situaciones con normación diferente o propia para cada una, si hubiera contemplado para ambos casos una misma fórmula? Evidentemente, sobraría la segunda de tales normas.

Recuérdese, finalmente, que los recursos deben interponerse ante el funcionario o la Corporación que profirió la providencia que se impugna. Si presentar el escrito equivale, en el supuesto de la norma, a interponer el recurso, no es razonable pensar que, para este recurso, haya de cambiarse la regla.

El recurso se interpone ante la autoridad que profirió la decisión, porque solamente ésta se encuentra en condiciones de determinar los factores previos a la viabilidad del recurso, tales como los concernientes a su oportunidad, la ejecutoria del fallo, etc.

De concebirse que el legislador hubiera pretendido cambiar tal regla, debería pensarse también en que habría previsto los mecanismos para que tal cosa fuera practicable, a saber, que con el recurso se acompañaran las constancias sobre los elementos de juicio requeridos para definir la viabilidad del recurso.

Dados estos presupuestos, forzoso es aceptar, en conclusión, que el artículo 198 contempla dos situaciones diferentes, con las correlativas exigencias en cuanto a la presentación del recurso: Sentencias del Consejo y sentencias de los Tribunales, con presentación en la Secretaría de la Sección en el primer caso, y ante la del Tribunal para el segundo.

Ahora bien, en el *sub lite* la sentencia recurrida fue proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca y el escrito del recurso de anulación se presentó en la Secretaría de la Sección Segunda del Consejo de Estado (fl. 25 vto.).

En tal virtud, no es del caso dar trámite al recurso en referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*Miguel Antonio Perilla P.* Secretario.

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUCION. Otorgamiento.*

*Cuando el recurrente es una entidad pública.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.—* Bogotá, D. E., doce de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 1195. Recurso de anulación. Actor: Jorge Arturo Suárez Sánchez.

En el memorial de folios 11 y 12, la parte demandante interpuso el recurso de reposición contra la providencia por medio de la cual se le fijó cuantía a la demanda para que otorgara caución, con el fin de que sea revocada.

El recurso se apoya en dos argumentos: Que según los artículos 200 y 201 del Código Contencioso Administrativo, la caución sólo procede cuando quien interponga el extraordinario de anulación sea un particular y como en el presente caso la Nación es la recurrente no es procedente fijar caución ni suspender el cumplimiento de la sentencia y que, además, dicho recurso extraordinario debe ser rechazado por haber sido interpuesto extemporáneamente, según constancia secretarial del 7 de abril de 1986 (fl. 9 vto.).

Para resolver se considera:

1. Respecto de la extemporaneidad del recurso, ciertamente la Secretaría de la Sección así lo informó. Sin embargo, se inició el trámite de aquél por lo siguiente:

El artículo 198 del Código Contencioso Administrativo permite que el escrito del recurso se presente en la Secretaría de la Sección del Consejo de Estado o en la del Tribunal que dictó la sentencia.

Si la parte demandada podía presentar su memorial en la Secretaría de la Sección Segunda, dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, los cuales vencían el 29 de enero de 1986, como consecuencia de que entre el 6 de noviembre de 1985 y el 19 de enero de 1986, inclusive, estuvieron suspendidos los términos en la Corporación, según consta en el expediente (fls. 15 a 18), no se ve la razón para reputar como extemporánea la presentación del memorial del 19 de noviembre de 1985 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en momentos en que la Secretaría de la Sección no podía recibirlo.

2. En lo referente a la caución, evidentemente para que se admita el recurso extraordinario de anulación el recurrente que no sea un particular está exonerado de otorgarla.

Pero, tratándose de la suspensión del cumplimiento de la sentencia impugnada, solicitada en el *sub júdice*, el artículo 201 *ibídem* no hace excepción y, por ello, ha de entenderse lógicamente que si una entidad pública es la recurrente y desea que se dicte esa medida debe otorgar la caución que se fije.

En mérito de lo dicho se resuelve:

Niégase la revocación pedida.

Cópiese y notifíquese.

*Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel Antonio Perilla P.* Secretario.

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.*
*LICENCIAS. TERMINO.*
*El artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal no se les aplica.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 218-R. Anulación. Actora: Elizabeth Rodríguez González.

La abogada Elizabeth Rodríguez González, en su propio nombre, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de única instancia, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de julio de 1985, por medio de la cual se denegaron las peticiones de la demanda en atención a que se consideró que la actora incurrió en abandono del cargo al dejar de concurrir a su trabajo sin esperar a que la administración se pronunciara sobre la renuncia que aquella había presentado. Concluyó, en consecuencia, que el acto administrativo cuya nulidad se solicitó, se ajustó a derecho.

El recurso extraordinario de anulación fue admitido y se tramitó de conformidad con lo previsto en el artículo 204 del Código Contencioso Administrativo. Vencido el traslado a las partes sin que se presentaran alegaciones, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes,

*Consideraciones:*

*Primer cargo.*

Sea lo primero hacer notar que tanto en la demanda ordinaria que culminó con el fallo, que ahora es materia del recurso extraordinario de anulación, como en el escrito que lo contiene, se afirma que ha sido violado el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal por falta de aplicación y, al efecto se razona así:

"El artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal dispone: 'En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario...' 'Uno de los considerandos de la resolución im-

pugnada, declara que la empresa me concedió licencia por un total de noventa (90) días. Conforme a la ley. Por lo tanto, es forzoso concluir que estaban suprimidos los vacantes y feriados, aspecto que la Administración no tuvo en cuenta. No se aplicó la norma porque se consideró que su contenido era inaplicable al caso. Tanto el concepto del fiscal como la sentencia del Tribunal, argumentan que no es lo mismo plazo que término, no obstante el principio según el cual, donde la ley no distingue no le es dado al intérprete hacerlo' ".

Al respecto deberá procederse a examinar los fundamentos jurídicos del fallo de primera instancia para saber si existe o no el quebrantamiento del mencionado artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal. Por lo tanto, considera pertinente resaltar los siguientes apartes de la sentencia recurrida.

"El artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, dice que *en los plazos* de días se excluyen los feriados y de vacantes y los de meses y años se cuentan según el calendario (ver, además, artículos 291 a 305 del Código de Régimen Político y Municipal y 60 a 72 del Decreto 1950 de 1973). Es extraño por eso la interpretación que da la demanda a dicho artículo porque 30 días de licencia, es un mes de licencia, que se cuenta desde el día en que empieza a disfrutarse hasta cuando lleguen los 30 días calendario; las licencias no se conceden por 30 días, 60 ó 90 (por ejemplo) días hábiles, sino por 30, 60 a 90 días calendario, o sea, un mes, dos meses, tres meses (Ver, especialmente, art. 294 del C. de R. P. y M.), así se refiera a los empleados 'onerosos' (sin sueldo) '...pero en este caso el que obtenga la licencia debe presentar *cada mes*...' Así, pues, si la licencia no fuera concedida por un término ordinario, corriente o calendario, en el texto del acto que la concede se diría que se concede por días hábiles. Por lo demás, la *duración* permitida o concedida de licencia no es igual a 'plazo', como que plazo es el término o espacio de tiempo que se concede, o de que se dispone, para cumplir una obligación, o evacuar alguna actuación judicial. Y que tal es el sentido en que lo emplea el artículo 62 del Código de Régimen, se desprende de la parte final del mismo, cuando, después de expresar que los plazos 'de meses y años se computan según el calendario', advierte que 'pero si el último día fuera feriado o de vacancia, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil', lo cual no tendría lógica si se aplicara, por ejemplo, a la licencia de duración de un mes'.

"La resolución demandada claramente dice que se concedió una licencia inicial que fue prorrogada en dos oportunidades, y siendo que la última comenzó el 31 de julio, venció el 29 de agosto, y no el 12 de septiembre, como pretende la demanda, descontando los dominicales y festivos. Si fuera así, por qué no manifestó nada con respecto a las otras resoluciones que concedieron licencias por 30 días, calendario? O que fueron entendidas así por la actora? Que así lo entendió la demandante, esto es, que los días de licencia son días continuos comunes o calendarios, y no hábiles, se deduce de las solicitudes de la licencia original y sus prórrogas, cuyas copias aparecen en la hoja de vida: Así al folio 201, y con fecha 30 de mayo de 1983, pide una licencia de treinta (30) días; al folio 203, se encuentra la concesión de tal licencia; al folio 204, la prórroga, pedida por 30 días, dice la actora

que se le conceda 'a partir *del 1º de julio* del presente año' (ello quiere decir que entendió que la licencia original, iniciada el 1º de junio, terminó el 30 de junio, esto es, que no se entendió por 30 días hábiles sino comunes); y así le concedió la prórroga, por 30 días, a partir del 1º de julio (fl. 205); al folio 206 pide la segunda prórroga, por 30 días, y aunque cree que sería a partir del 1º de agosto (error de un día), la concesión de la licencia es a partir del *31 de julio* (fl. 207)".

Se observa de lo anteriormente transcrito, que al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, le asiste razón, cuando al aplicar el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, sostiene que los plazos de meses y años deben computarse según el calendario y cuando se trate de días, se excluyen los feriados y de vacantes. En realidad el Tribunal no estableció diferencia entre plazos y término, pues al efecto dice:

"*...Plazo es el término o espacio de tiempo que se concede, o de que se dispone, para cumplir una obligación, o evacuar alguna actuación judicial. Y que tal es el sentido en que lo emplea el artículo 62 del Código de Régimen, se desprende de la parte final del mismo, cuando, después de expresar que los plazos 'de meses y años se computan según el calendario', advierte que: 'Pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil', lo cual no tendría lógica si se aplicara, por ejemplo, a la licencia de duración de un mes*" (Subrayas de la Sala).

En otras palabras el otorgamiento de plazo o término es bien distinto a la concesión de una licencia. En síntesis lo que quiso decir el Tribunal es que el artículo 62 no se aplica a las licencias. Como esta es la interpretación que debe dársele a la norma, en cita, forzoso es concluir que, por este aspecto, no puede prosperar el recurso de anulación, pues el mencionado artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, no ha sido quebrantado en la sentencia que ha dado lugar a este estudio.

*Segundo y tercer cargos.*

Se apoyan estos en la violación de los artículos 61 y 126 del Decreto 1950 de 1973 cuyo tenor es:

"Los empleados tienen derecho a licencia ordinaria a solicitud propia y sin sueldo, hasta por sesenta (60) días al año, continuos o discontinuos. Si ocurre justa causa a juicio de la autoridad competente, la licencia podrá prorrogarse hasta por treinta (30) días más".

"El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa: 1. No reasuma sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar..."

"La sentencia violó estas dos normas, por *falta de aplicación* el artículo 61, y por *aplicación indebida* e *interpretación errónea* el artículo 126 numeral 1º. No se dio aplicación a la norma que concede licencias hasta por 90 días a los empleados. Si la entidad hubiera aplicado el artículo, no hubiera interrumpido arbitrariamente la licencia concedida por 90 días, como lo consigna el tercer punto del

considerando. En cuanto al artículo 126, la sentencia incurrió en violación por *aplicación indebida* y por *interpretación errónea*, por cuanto la norma era impertinente, es decir, se aplicó a un hecho, a una situación no regulada por ella. Por otra parte, la disposición se desfiguró al interpretarse y aplicarse en la forma en que se hizo".

Por su parte, el Tribunal del conocimiento, en la sentencia que ha sido objeto del presente recurso de anulación y concretamente sobre este aspecto se pronuncia así:

"El acto acusado es una providencia motivada mediante la cual se declaró vacante el cargo que desempeñaba la demandante por abandono que ésta hiciera de dicho cargo, a partir del 30 de agosto de 1983.

"A la actora se le había concedido licencia por el término de 90 días a partir del 1º de junio de 1983.

"Según la providencia acusada la demandante no se presentó a trabajar después de disfrutar de la licencia voluntaria.

"No niega la demandante este aserto ni demuestra el hecho contrario, es decir, el que se hubiera presentado a trabajar el 30 de agosto de 1983, ni en ningún día posterior.

"El argumento de la demanda se basa en que la demandante no estaba obligada a presentarse a trabajar el 30 de agosto por entender que continuaba en licencia ya que el término de esta, según la demanda, debe contarse en días hábiles y no calendario.

"Cabe destacar la anotación del colaborador fiscal en el sentido de que la licencia, inicialmente concedida por 30 días a partir del 1º de junio de 1983, a petición de la actora, en su oficio del 28 de junio, le fue prorrogada por 30 días más a partir del 1º de julio y posteriormente, a petición de la misma, formulada el 27 de julio le fue nuevamente prorrogada por otros 30 días a partir del 31 de julio.

"A la demanda se acompaña fotocopia de la renuncia motivada que presentara la actora en nota del 25 de agosto y en la que expresa que renuncia 'a partir del 31 de agosto del año en curso'. Con lo cual estaba indicando, siguiendo la secuencia del trámite de su licencia, que su intención era separarse del cargo al término de su licencia. O, en gracia de discusión, que renunciaba a su licencia al presentar renuncia de su cargo a partir del 31 de agosto de 1983.

"Los jefes inmediatos de la demandante, al informar al Vicepresidente Administrativo de la entidad sobre la licencia y la renuncia de aquella indican el 1º de septiembre como la fecha desde la cual la actora dejó de asistir a sus labores, en el entendimiento de que su licencia se extendía hasta el 31 de agosto. Dicen los informantes:

" 'Doctor Ramiro Barrios Angulo. Vicepresidente Administrativo. Empresa Nacional de Telecomunicaciones. La ciudad. Referencia: Licencia y renuncia. Apreciado doctor Barrios: Con toda atención y teniendo en cuenta la solicitud telefónica que hizo en el día de ayer el doctor Agustín Posada, me permito certificar que nuestra funcionaria Elizabeth Rodríguez González, disfrutó de una licencia renunciable

y no remunerada entre el 1º de junio y el 31 de agosto del presente año, como se desprende de la solicitud inicial y prórrogas sucesivas, cuyas fotocopias me permito remitir adjunto. Presentó renuncia del cargo el pasado 25 de agosto, y fue remitida a ese despacho mediante la comunicación 020000-2049 del 1º de septiembre, fecha a partir de la cual dejó de asistir a sus labores. Cordialmente. Firmado. Ernesto Rodríguez Oliveros, Jefe División I. Financieras y Guillermo Rodríguez Acosta, Vicepresidente Financiero'.

"La presentación de la renuncia no autoriza al empleado a hacer dejación del cargo ya que su obligación es permanecer al frente de sus labores hasta que la entidad se pronuncie sobre su renuncia, en los términos indicados en el artículo 113 del Decreto 1950 de 1973, cuyo texto se transcribe:

" 'Presentada la renuncia, su aceptación por la autoridad competente se producirá por escrito y en la providencia correspondiente deberá determinarse la fecha en que se hará efectiva, que no podrá ser posterior a treinta (30) días de su presentación.

" 'Vencido el término señalado en el presente artículo sin que se haya decidido sobre la renuncia, el funcionario dimitente podrá separarse del cargo sin incurrir en abandono del empleo, o continuar en el desempeño del mismo, caso en el cual la renuncia no producirá efecto alguno'.

"Es decir que del hecho de la renuncia se desprenden obligaciones para el empleado y para la administración. El empleado que renuncia no puede separarse inmediatamente del cargo sino que debe esperar hasta 30 días a que la administración se pronuncie. La administración tiene 30 días para pronunciarse válidamente sobre la renuncia del empleado. Vencidos dichos 30 días sin pronunciamiento de la administración el empleado puede optar por separarse del cargo, sin incurrir en este caso en abandono, o por continuar en el desempeño del cargo, caso en el cual la renuncia 'no producirá efecto alguno'. O lo que es lo mismo, la administración ya no podrá pronunciarse sobre la renuncia.

"En el caso en examen la demandante incurrió en abandono del cargo al dejar de concurrir a su trabajo sin esperar el pronunciamiento de la entidad sobre su renuncia, y la entidad se ajustó a la normatividad vigente al declarar vacante el cargo así abandonado..."

En relación con este punto, piensa la Sala que a virtud de que podría argumentarse que en el caso de estudio la recurrente señaló como quebrantadas normas de carácter reglamentario, no obstante que el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo preceptúa que podrá anularse una sentencia, únicamente por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, sobre el particular, es bueno recordar que mediante sentencia de Sala Plena de 14 de mayo de 1985, actor, Lino Infante, expediente número 010, se dijo:

"Por su parte, el artículo 197 del mismo estatuto dispone como única causal de anulación la 'violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva'. En materia contencioso-administrativa se explica en atención a que a la Carta fundamental se han llevado mu-

chos preceptos sobre la organización o funcionamiento administrativo, de carácter sustancial, proceso que la doctrina denomina la constitucionalización del derecho administrativo.

"Igualmente, para precisar el concepto de 'ley sustantiva' (sustancial, dice la moderna terminología, para diferenciarla de la acepción gramatical con que Jeremías Bentham distinguió el derecho sustantivo del adjetivo), debe decirse que, por una parte, el vocablo 'ley' hay que entenderlo en su acepción formal u orgánica, o sea la del Congreso de la República y decretos que tienen fuerza de ley por disposición constitucional, y, por otra, que la 'sustantiva' o sustancial es aquella que no es procedimental, cualquiera que sea el código en donde se encuentra la norma..."

"...Sea lo primero reiterar que existe una estrecha relación entre la función administrativa y la potestad reglamentaria. El ejercicio de aquella se desarrolla a través de la expedición de actos jurídicos administrativos, particularmente de actos reglamentarios, y mediante la ejecución de actos que materialicen la realización de la Constitución y de la ley.

"O sea, que el poder reglamentario es consecuencia natural y forzosa de la función administrativa. En tales condiciones, debe repetirse que la función administrativa tiene la misión propia de realizar el derecho ejecutando la Constitución Política y la ley, para lo cual expresa su voluntad expidiendo estatutos generales, impersonales y objetivos, los reglamentos, mediante los cuales entre a detallar la ley cuando sea necesario señalar los elementos requeridos para su ejecución práctica, y por tanto las normas reglamentarias participan de su naturaleza intrínseca —legislación secundaria se ha llamado—, porque es su complemento, razón por la cual los reglamentos están subordinados a la ley, aunque actuando dentro de una zona de reserva administrativa que no debe invadir la de reserva legal, lo que significa que en esta materia no es admisible la teoría llamada de los poderes concurrentes. Es así como en el artículo 78 de la Constitución Nacional se le prohíbe al Congreso 'inmiscuirse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de privativa competencia de otros poderes'.

"Ese entroque entre la ley y el reglamento se predica en relación con los llamados reglamentos ejecutivos o legales y de los reglamentos de leyes orgánicas, porque la legislación y la jurisprudencia incluyen además los reglamentos constitucionales o autónomos, no sometidos a ninguna ley formal, y aún la doctrina registra la discutible existencia de los llamados reglamentos delegados, dictados en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso".

"Diversas similitudes existentes entre la ley ordinaria y el reglamento corroboran su enlace sustancial: Ambos son normas generales, impersonales y objetivas, o sea que establecen reglas; ambos producen iguales efectos; tienen ambos igual fuerza obligatoria y aplicación igual por los jueces. La relación existente entre la ley ordinaria y el reglamento es la misma que existe entre la generalidad y el detalle, entre la regla y la reglamentación, entre el derecho y su ejecución, entre la sustancia y el procedimiento. De ello se concluye, para nuestro estudio, que la violación 'directa' de la ley sustancial incluye la de su reglamento, pero sólo cuando el enlace mencionado sea esencial, esto es,

que la norma reglamentaria sea indispensable para el entendimiento de la legal, porque en ocasiones aquella aporta elementos nuevos que en nada inciden en esa interpretación".

"Se concluye que no sólo se produce violación directa de la ley sustancial cuando ésta se expresa en la ley ordinaria y en la que tiene jerarquía legal, sino también, en ocasiones, cuando la regla de derecho sólo puede conocerse cabalmente mediante la integración con el reglamento respectivo, constituyendo una unidad inescindible. Cuando ello ocurra, las diferencias entre la ley y el reglamento son apenas formales".

De acuerdo con lo anterior a la demandante le correspondía citar como violada la norma que contiene la ley sustantiva, vale decir el artículo 19 del Decreto-ley número 2400 de 1968 y no el artículo 61 de su reglamentario, pues éste se limitó a reproducir el texto de aquél.

No sería posible predicar lo mismo con relación al numeral 1º del artículo 126 del ya citado Decreto 1950 de 1973, pues en este caso sí forma verdadera unidad con la norma que reglamenta. Esta no podría aplicarse si no hubiera sido desarrollada, como en efecto lo fue, por el reglamento. Luego, por este aspecto tampoco prospera el recurso extraordinario de anulación.

Como el recurrente no logró demostrar que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 19 de julio de 1985 es violatoria de las normas ya analizadas, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

*Resuelve:*

No se accede a anular la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha diecinueve (19) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985).

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue considerado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 8 de agosto de 1986.

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel Antonio Perilla P.* Secretario.

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA.*

*1. No constituyen "MEDIOS DE IMPUGNACION EXCLUYENTES", sino DIFERENTES.*

*2. Diferencias entre el recurso de súplica y el de anulación. EN SINTESIS, EL RECURSO DE SUPLICA ATACA LAS CONTRADICCIONES JURISPRUDENCIALES Y EL DE ANULACION, LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES.*

*3. Antecedente legal y legislativo del recurso de súplica.*

*4. Antecedentes jurisdiccionales del recurso de anulación.*

*5. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto de 1984, mediante la cual la mencionada Corporación declaró inexequible la norma que deroga entre otras disposiciones el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.*

*6. LOS DOS RECURSOS NO SON EXCLUYENTES (CAMBIO DE JURISPRUDENCIA). Desde luego que la prosperidad del recurso de súplica, que da lugar a que la Sala dicte su fallo en sede de instancia, cierra las puertas al de anulación.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Recurso de anulación contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 1983 por la Sección Tercera. Proceso ordinario de indemnizaciones. Actora: Ligia Calderón viuda de Córdoba. Expediente número 029 (reconstruido).

La señora Ligia Calderón viuda de Córdoba, actuando por intermedio de apoderado, en su propio nombre y en representación de sus hijas menores de edad Margarita Rosa, Ana María y Beatriz Córdoba Calderón, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia dictada, el 17 de febrero de 1983, por la Sección Tercera de esta Sala, en el proceso ordinario de *indemnizaciones*, la cual fue adversa a las pretensiones de la demanda que la recurrente había presentado contra la Nación por la muerte de su esposo doctor Efraín Córdoba Castilla, quien era Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar.

Según lo expresa el apoderado de la parte actora, "el recurso se encamina a obtener la anulación de la sentencia recurrida, de procedencia y fecha ya indicadas, y, como consecuencia de su prosperidad, a que la Sala proceda a reponerla, condenando a la Nación a indemnizar a los demandantes en la forma pedida en la demanda inicial del proceso" (copiado folio 9).

El negocio fue repartido al Consejero doctor Simón Rodríguez para que tramitara y sometiera a la Sala Plena la correspondiente ponencia. El ponente, mediante auto del 31 de agosto de 1984 inadmitió el recurso de anulación interpuesto con base en las siguientes consideraciones:

"1. Muestran los antecedentes que el fallo ahora impugnado a través del recurso extraordinario de anulación fue materia también de decisión de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que resolvió el recurso extraordinario de súplica, en el sentido de no encontrar violada la doctrina de las sentencias invocadas por el mismo actor.

"2. De ello surge que se han intentado dos recursos extraordinarios contra la misma sentencia, que debe conducir a que se rechace de plano el presente de anulación, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"a) La Ley 11 de 1975 instituyó el recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso y en relación con autos interlocutorios o sentencias dictados por una de las Secciones del Consejo de Estado que sin aprobación de dicha Sala, acogiera doctrina contraria a alguna jurisprudencia. Tal medio de impugnación ostenta el carácter de extraordinario no sólo por las providencias susceptibles del mismo, sino también por su finalidad consistente en mantener una unidad jurisprudencial administrativa. La consecución de esta unidad se logra a través del análisis que en concreto se haga de las providencias señaladas como quebrantadas por el recurrente y que a su juicio fueron desatendidas por el fallo objeto de la súplica, análisis que se contraerá a la normatividad y su alcance jurídico, que se aplicó al decidir el negocio;

"b) El recurso extraordinario de anulación previsto en los artículos 195 a 205 del Decreto número 01 de 1984 ataca las sentencias de única instancia de los tribunales contencioso administrativos y las de única y segunda instancia del Consejo de Estado 'por violación directa de la Constitución Política y de la ley sustantiva'.

"Esto es que también, a usanza del recurso extraordinario de súplica, persigue la unificación de la jurisprudencia administrativa, en torno de la correcta aplicación de la ley sustantiva. Y quizá con mejor técnica procesal del de súplica porque el enfrentamiento de la sentencia recurrida se hará directamente con el texto legal y no con otros fallos del Consejo en donde a su vez había que buscar aquél;

"c) En el evento *sub lite* se observa que ya ante el Consejo la parte demandante agotó el recurso de súplica y aquél al examinarlo y resolverlo en el fondo mediante sentencia de 16 de junio de 1984 tuvo oportunidad de pronunciarse, sobre la normación sustantiva aplicable y contenida en la jurisprudencia que se señaló como desoída.

"Luego no es dable revivir la litis así decidida de mérito y a través del recurso de anulación volver a plantear quebrantos de la ley. Es decir hacer uso en el caso *sub júdice* de dichos dos medios de impugnación excluyentes" (fl. 192 del expediente).

Contra el auto antes citado y parcialmente transcrito, el apoderado de la demandante interpuso el recurso ordinario de súplica con el objeto de "obtener la revocación total de la providencia antes mencionada y a que, en su lugar, se admita y dé curso al remedio extraordinario propuesto en tiempo, contra sentencia de la Sección Tercera, como el propio auto recurrido lo reconoce, y formalmente presentado" (fl. 30 del expediente).

En el mismo escrito el apoderado de la parte actora, al sustentar el recurso, se expresó en los siguientes términos:

"Hecha la anterior digresión voy al canto:

"1º ...'El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

" *'Falla:*

" *'No prospera el recurso de súplica'.*

"Lo anterior es lo que se lee en la parte final de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que, *con justos nueve votos*, es decir por mayoría, el 12 de junio de este año, resolvió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la demandante, doña Ligia Calderón de Córdova (sic).

*"¿Por qué razones no prosperó el recurso de súplica?*

"Porque como se lee en el mismo fallo:

" *'Resulta claro que no hay contradicción jurisprudencial entre la sentencia recurrida y las providencias mencionadas por el recurrente y como en este recurso NO SE PUEDE ESTUDIAR LA MATERIA PROBATORIA NI EL CRITERIO QUE SE TUVO PARA ANALIZAR LOS HECHOS A LA LUZ DE LO APARTADO EN EL EXPEDIENTE, LA SALA PLENA DEBE LIMITARSE A HACER LA CONFRONTACION DOCTRINAL QUE COMO SE HA DICHO NO OFRECE CONTRADICCION ALGUNA QUE PERMITA INFIRMAR LA SENTENCIA RECURRIDA'.*

"Lo anterior pone en evidencia:

"a) Que la Sala se limitó al estudio de los textos, mejor de las palabras, y aún más, gramatical, de la sentencia suplicada y de las invocadas como contrariadas;

"b) No estudió las pruebas y, desde luego;

"c) Tampoco revisó los criterios de aplicación de la Constitución y la ley sustancial, pues;

"d) Estimó que uno y otra escapaban a su función en sede de la súplica extraordinaria.

"Refuerza las anteriores conclusiones la lectura del resto de la mencionada sentencia:

"Por ninguna parte encontrará el lector el más mínimo análisis de *'la normatividad y su alcance jurídico'*, o *'sobre la normación sustantiva aplicable y contenida en la jurisprudencia que se señaló como desoída'*, como perfunctoriamente se afirma en el auto recurrido.

"¿Dónde examina la sentencia del 12 de junio pasado los artículos 32, 1º y 5º del Código Nacional de Policía; 10 del Decreto 522 de 1971, que modificó el artículo 30 de dicho Código; 68 de la Ley 167 de 1941; 1612 a 1615 del Código Civil; 106 del Código Penal y 9º de la Ley 153 de 1887?

"No sé.

"Ruego a los señores Consejeros indicarme las partes del fallo que aludan a ellos.

"¿En qué parte hace la sentencia del 12 de junio de es— (sic) la 'exégesis' o estudio del artículo 16 de la Carta?

"No lo he encontrado.

"Y mucho le agradecería a los señores Consejeros me enseñaran el folio donde pueda leerla.

"La mayoría de la Sala ni siquiera quiso entender que no es lo mismo proteger bienes que personas y a Magistrados que a ganaderos.

"Y por esta razón rechazó la ponencia inicial, posteriormente convertida en salvamento de voto de los doctores Low Murtra y Betancur Jaramillo donde con gran acierto se reconocía que se habían violado precedentes invocados en el recurso, entre ellos, el del caso La Frontera, *al aplicarlo indebidamente* al presente. Es más, dos Magistrados que salvaron el voto en el caso La Frontera por considerar que o se necesitaba querella para llegar a la falla de servicio por omisión, estuvieron de acuerdo con la sentencia suplicada y de este modo con la exigencia de la anteriormente rechazada querella.

"2º La sentencia que al decidir un recurso extraordinario, de súplica, de casación o de revisión, se limita decir que no prospera, no está resolviendo sobre las pretensiones del demandante ni las defensas exceptivas del demandado, es decir, la litis. Y mucho menos de fondo o de mérito.

"Es un fallo puramente formal o, mejor aún, técnico.

"Resuelve sobre un recurso también técnico o rogado.

"Que no le da ni le quita nada a nadie!

"Y lo dicho sube de punto en relación concreta con el recurso extraordinario de súplica donde como se hizo en el caso de autos, apenas sí se examinó el fallo recurrido y los precedentes que se invocaron como contrariados, para concluir, repito, que no prosperaba, precisamente, porque la contradicción no existía!

"En la súplica extraordinaria tan sólo se estudian los fallos desde pruebas y el derecho.

"En la súplica extraordinaria tan sólo se estudian los fallos desde el punto de vista de las palabras, gramatical. Y esto es así, porque de no serlo, se habría atendido la ponencia inicial del Magistrado Low Murtra.

"Antes de que el nuevo Código Contencioso Administrativo entrara a regir y antes de que se presentaran los primeros recursos de anulación contra sentencias que ya habían sido materia del de súplica, no se le ocurrió a la Sala que en esta última sede pudiera examinar el derecho aplicable. Por el contrario siempre se dijo que no tenía sentido que una sentencia violara toda la Constitución y desconociera todo el derecho y que se pudiera caer por ser contraria a una jurisprudencia pero no por ello. Lo que afirmo es un hecho notorio, conocido de los señores Magistrados. Y, ahora, como por arte de magia, aparece que en sede de súplica dizque se examina *'la normatividad y su alcance jurídico'* o *'la normación sustantiva aplicable y contenida en la jurisprudencia que se señaló como desoída'*.

"Ojalá y que así se haga cuando se resuelvan los próximos recursos extraordinarios de súplica!

"3º Mientras tanto no sólo no es jurídico, sino que no es serio, afirmar que en el recurso extraordinario de anulación no se puede revivir la litis ya decidida de mérito, volviendo a plantear quebrantos de la ley (ya examinados en la súplica, se entiende), pues ni la súplica lleva a una decisión de mérito del pleito cuando el recurso no prospera, ni, en él, es lícito plantear 'quebrantos de la ley'.

"4º Desde 1964, el artículo 22 del Decreto 528, subdividió la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en cuatro Salas o Secciones de cuatro consejeros cada una.

"Y, en el artículo 24, el citado decreto dispuso:

" 'Las cuatro Salas o Secciones de lo Contencioso Administrativo funcionarán 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*'.

"Pero el Consejo rara vez cumplió este artículo. Y así no era extraño ver que en una misma sesión las Secciones o Salas producían fallos contradictorios los unos con los otros, y con mayor razón de una semana a otra, de un mes a otro mes, de un año a otro, sin competencia, además, pues lo que el citado artículo significa es que las decisiones que mantengan los precedentes necesitan tres votos pero las que los cambien requieren nueve.

"Y vinieron los incidentes de nulidad. Y los litigantes, como ocurre ahora, con el recurso en trámite, no fueron atendidos, se les rechazaron de plano sus peticiones.

"Entonces qué pasó. Pues que hasta algunos Consejeros y entre ellos el doctor Miguel Lleras Pizarro (q.e.p.d.) alarmados por la situación, *por el desconocimiento de la ley por el propio Consejo de Estado*, por nuestro *'Ombusman'*, resolvieron presentar un proyecto de ley,

que cristalizó en la Ley 11 de 1975, cuyo artículo 2º consagra el recurso extraordinario de súplica en los siguientes términos:

"'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, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia'.

*"Con el fin de hacer cumplir el artículo 22 del Decreto 528 de 1964.*

"Cosas de nuestro país en el que hay que hacer una ley para que se cumpla otra.

"Y esto es importantísimo porque como decía el juez Cardozo, nada contribuye más a la anarquía y a la inestabilidad de los pueblos que los cambios caprichosos en las decisiones de los jueces!

"Precisamente para llevarle a los asociados la sensación de estabilidad que una jurisprudencia constante representa, el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 exigió una mayoría especial para los cambios.

"En la historia de la ley, señores Magistrados, que nos va a servir para entender que los recursos de súplica y anulación no son como, perfuctoriamente, dice el auto recurrido, *medios de impugnación excluyentes.*

"4º Tanto más si la miramos desde hoy y a través del recurso extraordinario de anulación.

"C. C. Admon. art. 197

"*Causal de anulación:* Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva.

"Ley 11 de 1975, art. 2º

"Habrá recurso de súplica... respecto del auto interlocutorio o de la sentencia... en los que sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

"Que apareció en el nuevo Código Contencioso Administrativo para poner fin a las numerosas injusticias que deja sin remedio el recurso extraordinario de súplica.

"Un simple vistazo y ya se percibe que *los recursos de súplica y anulación extraordinarios no son medios de impugnación excluyentes, sino complementarios, como el día antes que saliera el auto recurrido lo resolvió la Corte Suprema de Justicia en sede de control judicial de la constitucionalidad de las leyes y decretos por ella controlables.* En efecto, mientras que el de súplica se encamina a lograr el cumplimiento, como ya anoté, del artículo 24 del D. 528 de 1964, señalando una votación calificada, cuando menos de 9 de los Magistrados que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para poder cambiar los precedentes jurisprudenciales, para mantener una cierta seguridad y estabilidad en los pronunciamientos del Consejo de Estado, el recurso de anulación persigue que se cumpla, primero que todo, la Constitución Política, y, luego el derecho objetivo o material en todas las decisiones de la jurisdicción contencioso administrativa.

"Porque no es por violación de la Constitución y la ley que procede el recurso, como no quiero imaginar por qué razón lo anotó el señor Magistrado ponente. Sino por violación de la Constitución o la ley, que es bien distinto.

"Desde ya se ve como empieza a restringirse un recurso que como todos los recursos es de interpretación amplia, muy mucho más si se tiene en cuenta que es el único medio para que el Consejo de Estado, y no los Tribunales Administrativos, siga siendo el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, sobre todo en asuntos del orden nacional donde pugna con la organización política-central de la Nación que un Tribunal Administrativo Departamental anule los actos de la Administración Nacional, o deduzca responsabilidades de los contratos que celebra y de los hechos que cumple, como primera y única voz.

"Y esta fue otra de las finalidades del recurso extraordinario de anulación. Salvar el escollo constitucional de los artículos 1º y 143,3 de la Carta a la atribución de competencias en asuntos del orden nacional a los Tribunales Administrativos Departamentales.

"La naturaleza diferente y los distintos fines de los recursos de anulación y súplica hace que en este no se pueda examinar sino la jurisprudencia y en aquél la aplicación de la Constitución Política o de la ley sustantiva.

"Además, mientras que el recurso extraordinario de anulación no procede sino contra sentencias ejecutoriadas, el de súplica es viable aún contra los autos y ni estos ni las sentencias requieren de la ejecutoria. Por el contrario ella se suspende hasta tanto se decida.

"Nótese, de otra parte, cómo los recursos extraordinarios de súplica y anulación coexisten independientemente el uno del otro, en el ordenamiento procesal contencioso administrativo.

"Ciertamente el nuevo código no dijo que el recurso de anulación no procede contra las sentencias ya recurridas en súplica extraordinaria, no obstante que entonces, como ahora, cursaban y cursan numerosos recursos de estos en la Sala Contencioso Administrativa de la Corporación.

"5º Lo que sí se ha dicho, y lo dijo recientemente la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de agosto último ya mencionada, que declaró inconstitucional, por ser contraria a la carta, la *derogatoria del artículo 24 del Decreto 528 de 1964 y el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, que consagra el recurso extraordinario de súplica*, es que los recursos de anulación y de súplica extraordinarios *no se excluyen, sino se complementan: Que sus fines y objetivos son distintos y, también, como es obvio, el alcance de uno y otro.*

"Y no hay que olvidar que, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley 153 de 1887:

*"La doctrina constitucional es, ...norma para interpretar las leyes"*,

"y,

"Que a falta de leyes,

"De conformidad con su otro artículo 8º:

*"La doctrina constitucional es ley.*

"6º Finalmente en las Salas de Casación Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia se ven todos los días demandas de revisión que culminan en procesos contra sentencias de los tribunales que no han sido infirmadas por la Corporación a través del recurso también extraordinario de casación".

Estando el negocio a consideración de la Sala, para resolver el recurso ordinario de súplica, el expediente fue destruido en el incendio del Palacio de Justicia acaecido el 6 de noviembre de 1985, por lo cual el apoderado de la recurrente solicitó su reconstrucción en memorial presentado el 13 de febrero de 1986 (fls. 163 a 166).

Durante el trámite de la reconstrucción, la apoderada de la Nación presentó un memorial para oponerse al recurso de anulación interpuesto por las demandantes, con los siguientes argumentos:

"a) El señor apoderado de la parte actora le da avisos de claridad diamantina y legalidad jurídica al derecho que le asiste de interponer contra una providencia ya confirmada en súplica, recurso extraordinario de anulación, aduciendo al efecto que súplica y anulación no se excluyen sino que se complementan;

"b) El argumento anterior lo toma el apoderado, de la sentencia número 92 de agosto 30 de 1984 proferida por la honorable Corte Suprema de Justicia, donde declara inexequible la derogación del artículo 24 del Decreto 528 de 1964, así como el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, en los que el recurso de súplica se hallaba regulado;

"c) Cuando la honorable Corte Suprema de Justicia dice que súplica y anulación son recursos que se complementan y no se excluyen y en consecuencia pueden y deben existir los dos, no estaba diciendo que las partes tenían posibilidad de interponerlos los dos en un mismo caso. No. Este no fue el sentido, ni puede serlo, de la sentencia de agosto 30 de 1984.

"Esto sería tanto como establecer que las partes tienen derecho a una tercera instancia, lo cual a todas luces sería abiertamente ilegal. No se puede, aprovechando el cambio de legislación, hacer uso de otro recurso;

"d) Ahora bien, afirma, con el objeto de sustentar la viabilidad del recurso de anulación, que un proceso que ya fue revisado en casación, ahora lo está para revisión, no es argumento válido.

"El recurso de revisión es bien diferente al de anulación, en cuanto a procedencia, oportunidad y causales, motivo por el cual no puede esgrimirse;

"e) Cuando un fallo de única instancia es adverso a una parte, ésta tiene dos opciones: O interpone recurso de súplica dentro de la ejecutoria del mismo, o interpone recurso de anulación, dentro de los 20 días contados a partir de la ejecutoria del fallo.

"No puede afirmarse que el recurrente puede interponer los dos recursos, pues esto contradice el derecho".

Habiendo sido reconstruido el expediente relativo al recurso extraordinario de anulación, procede decidir el ordinario de súplica, regulado en el artículo 183 del Decreto 01 de 1984, previas las siguientes

*Consideraciones:*

En la providencia impugnada, para inadmitir el recurso de anulación contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 1983, por la Sección Tercera de esta Sala, se expusieron, en síntesis, las siguientes razones:

1. "Se han intentado dos recursos extraordinarios contra la misma sentencia", el de súplica y el de anulación, que son "dos medios de impugnación excluyentes".

2. El recurso de súplica tiene como finalidad "mantener una unidad jurisprudencial administrativa", la cual "se logra a través del análisis que en concreto se haga de las providencias señaladas como quebrantadas por el recurrente", *"análisis que se contraerá a la normatividad y su alcance jurídico,* que se aplicó al decidir el negocio" (se subraya).

3. "A usanza del recurso extraordinario de súplica, *persigue (el de anulación) la unificación de la jurisprudencia administrativa,* en torno de la correcta aplicación de la ley sustantiva" (el paréntesis y el subrayado no corresponden al texto).

4. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al examinar el recurso de súplica interpuesto por la demandante *"y resolverlo en el fondo* mediante sentencia de 16 de junio de 1984 *tuvo oportunidad de pronunciarse, sobre la normación sustantiva aplicable y contenida en la jurisprudencia que se señaló como desoída"* (se subraya).

Estima la Sala que en el presente caso no se puede afirmar que el recurso extraordinario de súplica fue resuelto de fondo puesto que no prosperó; considera así mismo que la confrontación entre la providencia impugnada y "la jurisprudencia que se señaló como desoída" no constituye oportunidad para pronunciarse sobre "la normación sustantiva aplicable", como tampoco es posible que el "análisis que en concreto se haga de las providencias señaladas como quebrantadas por el recurrente" se contraiga "a la normatividad y su alcance jurídico, que se aplicó al decidir el negocio".

Puesto que el examen de "las providencias señaladas como quebrantadas por el recurrente" no envuelve el de su legalidad, el juicio sobre la violación de la jurisprudencia en ellas contenida no puede entrañar uno sobre el posible quebrantamiento de la ley por parte de la providencia impugnada. Para llegar a este juicio habría que confrontar previamente la jurisprudencia que se dice contrariada con las normas en torno a cuya interpretación fue forjada, a fin de establecer si aquella constituye una fiel expresión doctrinal del texto normativo, en otros términos, determinar el grado de conformidad entre lo que ordena la ley y lo expresado jurisprudencialmente por el Consejo de Estado. Tendría que haber equivalencia conceptual, es decir, sustancial, de contenido, para que la transgresión, si se dio, pudiera trascender

del orden jurisprudencial al normativo, lo alcanzara; en otras palabras, para que por la violación del uno resultara el otro quebrantado. Y a la inversa, sería preciso que existiera tal conformidad del orden jurisprudencial con el normativo para que la concordancia de la doctrina contenida en la providencia impugnada con la jurisprudencia de la Sala Plena o de las antiguas Salas de Negocios Generales y de lo Contencioso Administrativo implicara ajuste de la primera a la ley.

Cabe anotar que lo anterior se ha dicho sin tener en cuenta que puede haber jurisprudencia *praeter legem* determinada por lagunas o vacíos en el orden jurídico positivo, situación prevista en los artículos 8º y 48 de la Ley 153 de 1887, caso en el cual hasta él no podría trascender el análisis jurisprudencial a que da lugar el recurso extraordinario de súplica.

Pero, como tesis general, debe decir la Sala que el recurso de súplica establecido por la Ley 11 de 1975 y el de anulación que instauró, en sustitución, el derecho extraordinario 01 de 1984, no constituyen "medios de impugnación excluyentes", sino diferentes.

I. *Diferencias entre el recurso de súplica y el de anulación.*

Ciertamente se trata de dos recursos extraordinarios; pero existen fundamentales diferencias entre los dos, especialmente por la finalidad del uno y del otro, así:

1º Los dos recursos obedecen a causas distintas: El de súplica se fundamenta en la violación de la jurisprudencia de la Sala Plena o de las anteriores Salas de Negocios Generales y de lo Contencioso Administrativo por sentencia o auto interlocutorio de una de las Secciones de aquella. El de anulación invoca como causa la violación directa de la Constitución Nacional o de la ley sustancial mediante sentencia proferida en única o en segunda instancia por una Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, o en única por un Tribunal de esta jurisdicción.

2º Persiguen distinta finalidad: El recurso de súplica tiene por objeto la unidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado; el de anulación, el imperio de la ley en los fallos que profiera la jurisdicción en lo contencioso administrativo. El primero tiende a evitar que por sentencia o auto interlocutorio de una Sección del Consejo de Estado se modifique una jurisprudencia adoptada por la Sala Plena o las antiguas Salas de Negocios Generales y de lo Contencioso Administrativo. Busca, por lo tanto, que tales cambios jurisprudenciales sean obra del conjunto de los Consejeros o de la mayoría de los integrantes de la Sala de lo Contencioso Administrativo. El segundo propende a preservar la Constitución y la ley sustancial de infracciones mediante fallos de los Tribunales Administrativos o de las Secciones de esta Sala.

De manera que el recurso extraordinario de súplica obedece al propósito de que se mantenga inquebrantable, incólume, la jurisprudencia de la Sala Plena, de la desaparecida de Negocios Generales y de la antigua de lo Contencioso Administrativo frente a sentencias y autos interlocutorios de las Secciones en que la primera se divide y que en caso de modificación hecha por alguna de estas últimas, pro-

ceda su restablecimiento o la reconsideración de ella si esta Sala la juzga equivocada. O sea que se propende con esta institución procesal a que sólo la Sala Plena pueda modificar dicha jurisprudencia.

Tratándose del recurso de anulación, se busca mantener incólume, inquebrantable, la Constitución y la ley sustantiva frente a fallos de los Tribunales Administrativos y de las Secciones de esta Sala y que en caso de infracción de un texto constitucional o legal, proceda su restablecimiento en el ámbito jurisdiccional administrativo, o sea que esta institución procesal de carácter extraordinario tiene en miras conseguir que las sentencias de los Tribunales Administrativos y de las Secciones de Consejo de Estado se sujeten a la ley, que sean una fiel expresión de ella.

En síntesis, el recurso de súplica ataca las contradicciones jurisprudenciales y el de anulación, las infracciones constitucionales y legales.

No es axacta, pues, la afirmación que se hace en el auto recurrido en el sentido de que el recurso de anulación "persigue la unificación de la jurisprudencia administrativa, en torno de la correcta aplicación de la ley sustantiva", que —comenta la Sala— pudo haber sido mal interpretada o contrariada por el texto jurisprudencial con el cual es antinómica la providencia impugnada, la que, en cambio, sí puede estar arreglada al orden tanto constitucional como legal del país.

3º Según lo dicho antes, el procedimiento de confrontación es diferente en uno y otro caso: Si se trata de un recurso de súplica, se comparan tesis doctrinales contenidas en autos y sentencias, sin que entre en juego ninguna consideración de tipo constitucional o legal; no hay en ese examen ninguna referencia a la Constitución o a la ley, ni confrontación siquiera indirecta de la doctrina contenida en una providencia con texto alguno del orden constitucional o legal. No se mira si la modificación de una jurisprudencia implicó, directa o indirectamente, la violación de un precepto de la Constitución o de la ley sustancial y, desde luego, no entra en examen si la providencia recurrida está o no de acuerdo con disposiciones de uno u otro orden del sistema legislativo colombiano. Si se trata del recurso de anulación, la confrontación se hace entre la sentencia y una o más normas constitucionales o legales, sin que entre en consideración ninguna tesis jurisprudencial, es decir, sin que haya lugar a establecer si la disposición fue violada porque el fallo no se sujetó a una determinada jurisprudencia que contenía cierta interpretación de un texto constitucional o legal. En este examen los extremos de comparación son sentencia y ley, sin que haya necesariamente un intermediario de carácter jurisprudencial.

Por eso, el recurso de súplica prospera no porque hubo violación de la Constitución o de la ley sustancial, directa o indirectamente, es decir, mediante el quebrantamiento de una jurisprudencia, sino porque ésta fue contrariada. Otra cosa es que con base en la prosperidad del recurso, convertida la Sala Plena en Tribunal de instancia, aplique la Constitución o la ley al caso controvertido según su modo constante de interpretación o el que utilizó para elaborar la jurisprudencia que estimó infringida, o con un nuevo y distinto entedimiento del texto

constitucional o legal pertinente. Si no prospera el recurso, no hay lugar a estudiar o interpretar o aplicar ningún texto legal, como sucedió en el caso *sub júdice*.

En cambio, la prosperidad del recurso de anulación está condicionada únicamente a la violación de una disposición del orden constitucional o de legal sustantivo. No prospera dicho recurso porque se considere que habiendo interpretado la Sala Plena, o la extinguida de Negocios Generales o la anterior de lo Contencioso Administrativo, o una Sección del Consejo de Estado, un texto constitucional o legal en determinado sentido, lo violó la sentencia recurrida al apartarse de ese entendimiento.

Ello no obsta para que, si prospera el recurso de anulación, el juzgador reitere y aplique la jurisprudencia que había elaborado en torno o como consecuencia de una determinada interpretación del texto constitucional o legal.

En suma, en el trámite del recurso de súplica se contejan textos doctrinales contenidos en providencias; en el procedimiento que origina el recurso de anulación se confrontan sentencia y texto legal o constitucional. Abre la puerta a un examen de fondo, en sede de instancia, en el caso del recurso de súplica, la consideración de que la providencia recurrida contradice la jurisprudencia señalada como infringida; en el caso del recurso de anulación, esa puerta la abre la consideración de que la sentencia recurrida violó la Constitución o la ley sustancial.

4º El recurso de súplica tiene por objeto sentencias y autos interlocutorios no ejecutoriados; pero únicamente de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; el de anulación, sólo sentencias ejecutoriadas, tanto de las mencionadas Secciones como de los Tribunales Administrativos. De suerte que los quebrantamientos constitucionales y legales en que se incurra mediante autos no son objeto del recurso de anulación; al contrario, los quebrantamientos jurisprudenciales se previenen y remedian frente a sentencias y autos interlocutorios, pero sólo de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Luego, si la sentencia de única instancia de un Tribunal Administrativo viola la Constitución o la ley sustancial, procede el recurso de anulación; pero no el de súplica en caso de que contraríe una jurisprudencia del Consejo de Estado.

5º El recurso de anulación prospera sólo en cuanto la violación de una norma constitucional o legal concreta tenga incidencia en la parte resolutiva de la sentencia recurrida.

Prospera el de súplica aunque la contradicción jurisprudencial no tenga ninguna incidencia en la decisión contenida en la providencia impugnada.

6º Finalmente, no está de más recordar que los dos recursos no concurren en el proceso: El uno es parte de él; el otro no. El recurso de súplica se ejerce y decide dentro del proceso. Por el contrario, el recurso de anulación, a semejanza del de revisión, se interpone, tramita

y decide con posterioridad a la terminación del proceso en que se dictó la sentencia que es objeto de él; o sea que está sometido a un trámite completamente separado de aquél.

II. *Fundamentos legales de las anteriores afirmaciones.*

Las aserciones hechas en los puntos precedentes tienen inequívoco fundamento legal. Así, el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 establece que el recurso de súplica procede "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, se acoja *doctrina contraria a alguna jurisprudencia*" (subraya la Sala).

Por su parte, los artículos 194 y 197 del Decreto 01 de 1984 establecen que el recurso extraordinario de anulación procede "contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las Secciones del Consejo de Estado y contra las de única dictadas por los Tribunales Administrativos", "por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva", y exige el 199 que el escrito del recurso exprese, entre otros requisitos, "la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva"; de lo contrario, el recurso debe ser declarado desierto, según lo dispone el artículo 203 del mismo estatuto.

III. *Antecedente legal del recurso de súplica.*

Se encuentra en el artículo 24 del Decreto extraordinario 528 de 1964, el cual dispuso que cuando se tratara de modificar alguna jurisprudencia las cuatro Salas o Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo debían decidir conjuntamente el negocio, "previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto".

Como es claro, el objeto de este procedimiento era mantener la unidad jurisprudencial en el Consejo de Estado y como no tuvo efectividad práctica, hubo de ser sustituido por el recurso extraordinario de súplica que habría de tener, por consiguiente, la misma finalidad y sólo ella.

IV. *Antecedentes legislativos del recurso de súplica.*

En las ponencias para primero y segundo debates, que se presentaron tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República, respecto del proyecto que habría de convertirse en la Ley 11 de 1975, se dejó en claro que la finalidad del recurso de súplica es mantener la unidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Particularmente son importantes al efecto las dos ponencias presentadas en la Cámara de Representantes por el doctor Simón Bossa López, quien introdujo un artículo nuevo al proyecto inicial y que es precisamente el que consagra el recurso de súplica.

En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se expresó el doctor Bossa, en lo pertinente, de la siguiente manera:

"Como según al artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964 son las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo las que deben proponer la convocatoria de la Sala Plena para los cambios de jurisprudencia, se corre el riesgo, como ya ha ocurrido, de que alguna de tales Secciones dicte autos interlocutorios o sentencias con doctrina que contradiga la jurisprudencia, contrariando así las determinaciones de la Sala Plena. Conviene entonces, precisar el alcance del precepto para proteger a la sociedad y a los litigantes contra la incertidumbre de tales sorpresas que, de repetirse, convertirían al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en cuatro pequeños, independientes y soberanos Consejos de Estado. Este inconveniente puede evitarse con un artículo nuevo por el que se conceda recurso de súplica a quienes intervienen en el proceso, inclusive al Agente del Ministerio Público, respecto de autos interlocutorios y de sentencias en los que, sin la intervención de la Sala Plena, se varíe o contradiga la jurisprudencia".

El mismo congresista, en su ponencia para segundo debate, dijo:

"En esencia el proyecto está encaminado a impedir que la forma de repartimiento de los negocios prescrita por el Decreto-ley 528 de 1964, entre las cuatro Secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo, impida la unidad de la jurisprudencia y sus cambios sorpresivos mediante providencias pronunciadas por una sola de las Secciones sin intervención de la Sala Plena, como ya ha ocurrido algunas veces, porque los miembros de la Sección estiman que la doctrina que adopten en un caso no contraría la jurisprudencia. Para evitar estas distorsiones se introdujo el nuevo artículo segundo que permite a los litigantes recurrir en súplica ante la Sala Plena cuando quiera que estimen que se ha variado el rumbo conocido sin el cumplimiento de los requisitos legales.

"Así mismo se excluye la presencia de conjueces para dirimir los empates que ocurran en las Secciones teniendo en cuenta que los doce Magistrados restantes de la Sala están en mejor aptitud para decidir que un conjuez que no tiene funciones jurisdiccionales permanentes. Así, la presencia de los conjueces sólo sería necesaria para los empates de la Sala Plena.

"Estas breves observaciones muestran que el propósito es el de que el Consejo funcione como Tribunal unitario y no como cuatro Corporaciones independientes. Ello explica también porqué se atribuye a la Sala Plena la facultad de asumir el conocimiento de aquellos negocios de especial trascendencia por la doctrina jurídica implicada o por las repercusiones que el fallo pueda tener en la vida de la comunidad.

"Al convertir en ley el proyecto número 15 se devuelve al Consejo de Estado su altísima condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo tal como lo quiere la Constitución sin que por ello se pierda la especialización de los Consejeros en ciertas materias tal como lo pretendió la Reforma de 1964 y las leyes posteriores. No debe olvidarse que aunque son muy variadas las materias sobre que versa el derecho administrativo los principios generales que informan

y decide con posterioridad a la terminación del proceso en que se dictó la sentencia que es objeto de él; o sea que está sometido a un trámite completamente separado de aquél.

II. *Fundamentos legales de las anteriores afirmaciones.*

Las aserciones hechas en los puntos precedentes tienen inequívoco fundamento legal. Así, el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 establece que el recurso de súplica procede "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, se acoja *doctrina contraria a alguna jurisprudencia*" (subraya la Sala).

Por su parte, los artículos 194 y 197 del Decreto 01 de 1984 establecen que el recurso extraordinario de anulación procede "contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las Secciones del Consejo de Estado y contra las de única dictadas por los Tribunales Administrativos", "por violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva", y exige el 199 que el escrito del recurso exprese, entre otros requisitos, "la incidencia de la violación de la norma legal concreta en la parte resolutiva"; de lo contrario, el recurso debe ser declarado desierto, según lo dispone el artículo 203 del mismo estatuto.

III. *Antecedente legal del recurso de súplica.*

Se encuentra en el artículo 24 del Decreto extraordinario 528 de 1964, el cual dispuso que cuando se tratara de modificar alguna jurisprudencia las cuatro Salas o Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo debían decidir conjuntamente el negocio, "previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que esté conociendo del asunto".

Como es claro, el objeto de este procedimiento era mantener la unidad jurisprudencial en el Consejo de Estado y como no tuvo efectividad práctica, hubo de ser sustituido por el recurso extraordinario de súplica que habría de tener, por consiguiente, la misma finalidad y sólo ella.

IV. *Antecedentes legislativos del recurso de súplica.*

En las ponencias para primero y segundo debates, que se presentaron tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado de la República, respecto del proyecto que habría de convertirse en la Ley 11 de 1975, se dejó en claro que la finalidad del recurso de súplica es mantener la unidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Particularmente son importantes al efecto las dos ponencias presentadas en la Cámara de Representantes por el doctor Simón Bossa López, quien introdujo un artículo nuevo al proyecto inicial y que es precisamente el que consagra el recurso de súplica.

En la ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes se expresó el doctor Bossa, en lo pertinente, de la siguiente manera:

"Como según al artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964 son las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo las que deben proponer la convocatoria de la Sala Plena para los cambios de jurisprudencia, se corre el riesgo, como ya ha ocurrido, de que alguna de tales Secciones dicte autos interlocutorios o sentencias con doctrina que contradiga la jurisprudencia, contrariando así las determinaciones de la Sala Plena. Conviene entonces, precisar el alcance del precepto para proteger a la sociedad y a los litigantes contra la incertidumbre de tales sorpresas que, de repetirse, convertirían al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en cuatro pequeños, independientes y soberanos Consejos de Estado. Este inconveniente puede evitarse con un artículo nuevo por el que se conceda recurso de súplica a quienes intervienen en el proceso, inclusive al Agente del Ministerio Público, respecto de autos interlocutorios y de sentencias en los que, sin la intervención de la Sala Plena, se varíe o contradiga la jurisprudencia".

El mismo congresista, en su ponencia para segundo debate, dijo:

"En esencia el proyecto está encaminado a impedir que la forma de repartimiento de los negocios prescrita por el Decreto-ley 528 de 1964, entre las cuatro Secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo, impida la unidad de la jurisprudencia y sus cambios sorpresivos mediante providencias pronunciadas por una sola de las Secciones sin intervención de la Sala Plena, como ya ha ocurrido algunas veces, porque los miembros de la Sección estiman que la doctrina que adopten en un caso no contraría la jurisprudencia. Para evitar estas distorsiones se introdujo el nuevo artículo segundo que permite a los litigantes recurrir en súplica ante la Sala Plena cuando quiera que estimen que se ha variado el rumbo conocido sin el cumplimiento de los requisitos legales.

"Así mismo se excluye la presencia de conjueces para dirimir los empates que ocurran en las Secciones teniendo en cuenta que los doce Magistrados restantes de la Sala están en mejor aptitud para decidir que un conjuez que no tiene funciones jurisdiccionales permanentes. Así, la presencia de los conjueces sólo sería necesaria para los empates de la Sala Plena.

"Estas breves observaciones muestran que el propósito es el de que el Consejo funcione como Tribunal unitario y no como cuatro Corporaciones independientes. Ello explica también porqué se atribuye a la Sala Plena la facultad de asumir el conocimiento de aquellos negocios de especial trascendencia por la doctrina jurídica implicada o por las repercusiones que el fallo pueda tener en la vida de la comunidad.

"Al convertir en ley el proyecto número 15 se devuelve al Consejo de Estado su altísima condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo tal como lo quiere la Constitución sin que por ello se pierda la especialización de los Consejeros en ciertas materias tal como lo pretendió la Reforma de 1964 y las leyes posteriores. No debe olvidarse que aunque son muy variadas las materias sobre que versa el derecho administrativo los principios generales que informan

el sistema son unos solos que componen la doctrina de esta parte de nuestro derecho público, cuya unidad debe preservarse para dar seguridad y firmeza tanto al Gobierno como a los gobernados".

En la ponencia para primer debate, en el Senado de la República, se expresaron las mismas ideas:

"El objeto de esta iniciativa del honorable Representante Enrique Pardo Parra, modificada en algunos aspectos por la Cámara de Representantes, es el de hacer más racional y jurídico el funcionamiento del Consejo de Estado. Dada la división de ese importante cuerpo jurisdiccional en cuatro Secciones que componen la Sala de lo Contencioso Administrativo, se trata, por una parte, de solucionar lógicamente el problema que surge cuando se presenta empate en una de esas Secciones, apelando a la presencia de jueces traídos de un ámbito externo al del propio Consejo, cuando lo pertinente sería que esos empates fuesen resueltos por la Sala Plena. En esta forma se preservaría la unidad de la jurisprudencia, se evitarían gastos innecesarios y se aceleraría la expedición de los correspondientes negocios. Esta fue, precisamente, la razón para que en la Cámara se introdujera al proyecto una modificación consistente en establecer el recurso de súplica ante la Sala Plena, no sólo cuando se presenten empates sino cuando se trate de providencias que modifican a fondo la jurisprudencia establecida".

Lo propio sucedió en la ponencia para segundo debate en la Corporación últimamente mencionada:

"Dentro de este marco legal de funcionamiento para la Sala Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el proyecto en estudio viene a incorporar tres proposiciones normativas que se enderezan a procurar mayores seguridades de criterios para los cambios de jurisprudencia o para la decisión de aquellos asuntos de especial importancia o trascendencia públicas. La primera de tales proposiciones elimina el conjuez para la decisión de los empates en las Secciones de la Sala y traslada el diferendo al conocimiento de esta última; la segunda abre la competencia de toda la Sala de lo Contencioso Administrativo para los negocios que por su especial trascendencia o por doctrina, estime la respectiva Sección que deba trasladarle el conocimiento y decisión y la tercera establece y reglamenta un recurso de súplica contra los autos interlocutorios o sentencias de una Sección en los cuales se acoja doctrina contraria a una jurisprudencia anterior, sin la prevista intervención de la totalidad de la Sala Contencioso Administrativa. La comisión acogió estas nuevas normas adoptadas desde el año anterior por la honorable Cámara de Representantes y aun cuando pudiera pensarse que el nuevo recurso de súplica abre oportunidades de insistencia abusiva en el derecho de litigar, fue incorporado al texto legal bajo el concepto de constituir un adecuado complemento a los demás procedimientos establecidos para los casos de cambio de jurisprudencia".

V. *Antecedentes jurisdiccionales del recurso de anulación.*

Este recurso fue establecido en sustitución del extraordinario de súplica no como un medio de impugnación equivalente o similar, con

iguales o parecidos objetivos, sino para buscar una finalidad distinta del mantenimiento de la unidad de la jurisprudencia, cual es la defensa de los dos mencionados órdenes normativos de superior jerarquía.

Precisamente una de las críticas que se hicieron al recurso de súplica consistía en que, en la práctica, buscaba el respeto a la jurisprudencia de la Sala Plena o de las anteriores Salas de Negocios Generales y de lo Contencioso Administrativo y no la defensa de la ley y, por consiguiente, le era indiferente si esa jurisprudencia se ajustaba a los preceptos constitucionales y legales o los contravenía.

Entre las causas para la sustitución del recurso de súplica por el de anulación señala el doctor Carlos Betancur Jaramillo, en la reciente edición de su obra Derecho Procesal Administrativo, la consistente en "haber asimilado (el recurso de súplica) la violación de la jurisprudencia a la de la ley, como si aquella tuviera rango incluso superior a ésta, olvidando de paso su escasa o ninguna difusión y aún su verdadero alcance" (Pág. 363. El paréntesis no está en el texto).

El mismo autor dice que una de las causas para que exista una fuerte corriente que propende a la derogación de la Ley 11 de 1975 estriba en que "ya nadie cree en un recurso montado sobre el absurdo de que el Consejo pueda en única o segunda instancia violar la Constitución o la ley, sin recurso alguno, pero no puede desconocer alguna de sus jurisprudencias, que bien pueden estar afectadas, ellas mismas, de ilegalidad o de inconstitucionalidad" (pág. 385). O sea que el citado autor y miembro de esta Sala no cree que por medio del recurso de súplica se defiendan, siquiera indirectamente, la Constitución y la ley.

VI. *La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto de 1984.*

En este fallo, mediante el cual la mencionada Corporación declaró inexequible la norma que derogó, entre otras disposiciones, el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, que estableció el recurso extraordinario de súplica, se sostuvieron las siguientes tesis:

"Consiste (el recurso de súplica) en que cuando quiera que se cambie por parte de cualquiera de las cuatro Secciones que integran la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (C. N., art. 137, inciso 1º), alguna jurisprudencia adoptada anteriormente por esta, el legislador ha previsto mecanismos, que operan previa interposición del recurso, tendientes a precaver en alzada plena la uniformidad, estabilidad, credibilidad y armonía del precedente jurisprudencial obligatorio (arts. 24 del Decreto 528 de 1964 y 2º de la Ley 11 de 1975), no porque la doctrina jurisprudencial adoptada no se pueda variar, sino apenas porque para entenderla como válidamente modificada se requiere de un proceso integrado y más complejo que el ordinario derivado del simple reparto de trabajo, y que supone una decisión que debe tomarse por los Consejeros de Estado que componen las cuatro Secciones reunidas en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y no por los que aisladamente formen parte de una sola de aquellas" (el primer paréntesis no corresponde al texto).

. . . . . .

"Pero en ningún caso el legislador extraordinario había quedado investido por el ordinario, ni explícita ni implícitamente, como indebidamente lo entendió extralimitándose, para suprimir o abolir aquel recurso o la regulación de su materia, soslayándolo o suprimiéndolo en su razón y finalidad específica, y creando dos recursos distintos que se refieren claramente a materias y causales totalmente diferentes, de validez, de nulidad, de juridicidad, de prueba, pero no de precedente jurisprudencial armónico, como lo son los recursos de revisión (Código nuevo arts. 185 y ss.) y anulación (Código nuevo arts. 194 y ss.); ni identificándolo por razón de nomenclatura para un propósito distinto (Código, art. 183). El Gobierno desconoció así la finalidad simplemente modificatoria y no derogatoria de la materia atinente al recurso de súplica. Pues por más esfuerzo que se haga no podrá llegarse válidamente a la afirmación de que los actuales recursos contenciosos de revisión o anulación son apenas sustitutivos o supletivos del recurso de súplica, o que lo absorben o incluyen, ni tampoco argüirse que lo excluyan o lo hacen incompatible. Sencillamente, cada uno de los tres recursos apunta a razones propias y distintas, por mucho, paralelas o complementarias, pero no idénticas,..."

VII. *Los dos recursos no son excluyentes.*

De conformidad con los anteriores razonamientos, concluye la Sala en que los recursos extraordinarios de súplica y de anulación no son equivalentes, no tienen la misma naturaleza, causa ni finalidad, ni intervienen en ellos los mismos elementos de comparación.

El examen de los correspondientes preceptos legales, en su texto y en su contexto, los antecedentes de ellos, su intención o espíritu y "la historia fidedigna de su establecimiento", según expresión del Código Civil, pero lo que es más importante, el análisis de carácter teleológico de ambas instituciones procesales, indican que se trata de dos recursos diferentes, que no son incompatibles ni se excluyen mutuamente.

Se sale de lo normal la utilización, contra la misma sentencia de una Sección y ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de dos medios extraordinarios de impugnación, el de súplica y el de anulación, el uno destinado a preservar la unidad de la jurisprudencia y el otro a resguardar el imperio de la ley, sobre todo cuando tal sentencia también es susceptible del recurso extraordinario de revisión, desde luego, en cuanto se den las causales previstas en aquella.

Pero el Decreto 01 de 1984 no estableció al respecto ninguna incompatibilidad, ni siquiera de carácter transitorio, que hubiera podido hacerlo teniendo en cuenta que aunque fue intención del legislador extraordinario, expresada en disposiciones del mismo estatuto procesal, suprimir el recurso de súplica y establecer en su lugar el de anulación, podrían presentarse problemas de "tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo", como reza el artículo 1º de la Ley 153 de 1887.

Como se vio, esa oposición tampoco surge de la naturaleza de los mencionados medios de impugnación, principalmente porque son distintas las causas y finalidades de ambos recursos.

Desde luego que la prosperidad del recurso de súplica, que da lugar a que la Sala dicte su fallo en sede de instancia, cierra las puertas al de anulación.

Por lo dicho, es admisible el recurso de anulación interpuesto.

Pero como el ponente del recurso de anulación no exigió caución antes del estudio y decisión sobre la admisibilidad de dicho medio extraordinario de impugnación, no podrá la Sala admitirlo directamente, pues se trata de un requisito previo e indispensable cuando el recurrente es un particular (arts. 200, 203 y 204 del Decreto 01 de 1984). Por otra parte, no es posible admitirlo para luego declararlo desierto por falta de otorgamiento de la caución. En consecuencia, dispondrá que el sustanciador del recurso de anulación lo admita, previo otorgamiento por la recurrente de la caución que exigen tales disposiciones y cuya cuantía y plazo para su constitución habrá de señalar el aludido Consejero.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Adminitrativo,

*Dispone:*

1º Revócase el auto recurrido en súplica ordinaria y, en su lugar, se procederá a admitir el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Corporación, el 17 de febrero de 1983, previo otorgamiento de la caución de que trata el artículo 200 del Decreto 01 de 1984.

2º Devuélvase el expediente al Consejero ponente del recurso de anulación, con el fin de que dé cumplimiento a lo dispuesto en esta providencia y adelante el procedimiento subsiguiente.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue aprobada el día nueve (9) de septiembre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Samuel Buitrago Hurtado,* Presidente; *Aydée Anzola Linares, Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Salva voto; *Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Miguel Betancourt Rey, Gaspar Caballero Sierra, Antono José Irisarri R., Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Julio César Uribe Acosta,* Salva voto; *Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de voto).*

*1. De que los dos recursos son diferentes (con tantas diferencias que asombraron) no se deduce* per se *la pretendida compatibilidad.*

*2. ¿Hasta cuántas sentencias definitivas podría sufrir un litigio?*

*3. No estaba en la intención del legislador el autorizar la compatibilidad de los dos medios extraordinarios de impugnación.*

*4. ¿Será concebible que haya dos sentencias de Sala Plena que puedan ser contradictorias entre sí?*

*5. ¿Cuando el recurso de súplica prospera, sólo existe decisión?*

*6. ¿Dónde queda el principio procesal de que "la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció?*

*7. No es porque sean compatibles los dos recursos por lo que era procedente la declaración de inexequibilidad.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Bogotá, D. E., veintitrés de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Referencia: Expediente número R-029. Reconstrucción. Recurso de anulación. Actora: Ligia Calderón de Córdoba.

*SALVAMENTO DE VOTO DEL*

*DOCTOR REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER*

Por las razones que expondré brevemente, no me siento convencido por los argumentos contenidos en la decisión mayoritaria, de la cual, por ende, me vi en la necesidad de discrepar, aunque sin dejar de reconocer el valor indiscutible de la ponencia del doctor Joaquín Vanín Tello, como de todo cuanto sale de su pluma.

*I. Antecedentes:*

Después de haberse tramitado en su integridad el recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de febrero 17 de 1983 proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la parte actora intentó recurso extraordinario de anulación, el que no recibió acogida favorable en el despacho del doctor Simón Rodríguez.

Consideró el doctor Rodríguez que, habiéndose resuelto previamente el recurso extraordinario de súplica, no era procedente el de anulación, por tratarse de "dos medios de impugnación excluyentes" (Auto de agosto 31 de 1984).

Impugnó esta decisión el apoderado de la demandante, mediante recurso ordinario de súplica, alegando, entre otras cosas:

"...No sólo no es jurídico sino que no es serio afirmar que en el recurso extraordinario de anulación no se puede revivir la litis ya decidida de mérito, volviendo a plantear quebrantos de la ley (ya examinados en la súplica, se entiende), pues ni la súplica lleva a una decisión de mérito del pleito cuando el recurso no prospera, ni en él es lícito plantear 'quebrantos de la ley' " (fl. 203).

...

"En la historia de la ley, señores Magistrados, que nos va a servir para entender que los recursos de súplica y anulación no son, como perfuntoriamente dice el auto recurrido, *medios de impugnación excluyentes*" (fl. 204).

...

"La naturaleza diferente y los distintos fines de los recursos de anulación y súplica hace que en éste no se pueda examinar sino la jurisprudencia y en aquél la aplicación de la Constitución Política o de la ley sustantiva" (fl. 205).

...

"Ciertamente el nuevo Código no dijo que el recurso de anulación no procede contra las sentencias ya recurridas en súplica extraordinaria, no obstante que entonces, como ahora, cursaban y cursan numerosos recursos de estos en la Sala Contencioso Administrativa de la Corporación" (fl. 206).

*II. La providencia:*

Acogió estos planteamientos la providencia de septiembre 15 de 1986, con ponencia del Consejero doctor Joaquín Vanín Tello (fls. 198-223), a la cual me refiero en este salvamento de voto.

Son planteamientos centrales de tal providencia, los siguientes:

1. "Estima la Sala que en el presente caso no se puede afirmar que el recurso extraordinario de súplica fue resuelto de fondo puesto que no prosperó" (fl. 209).

2. "Pero, como tesis general, debe decir la Sala que el recurso de súplica establecido por la Ley 11 de 1975 y el de anulación que instauró, en sustitución, el Decreto extraordinario 01 de 1984, no constituyen *medios de impugnación excluyentes*, sino diferentes" (fl. 210).

3. Difieren los dos recursos en los siguientes aspectos:

—*Por razón de la causa:* "El de súplica se fundamenta en la violación de la jurisprudencia de la Sala Plena o de las anteriores Salas

de Negocios Generales y de lo Contencioso Administrativo por sentencia o auto interlocutorio de una de las Secciones de aquella. El de anulación invoca como causa la violación directa de la Constitución Nacional o de la ley sustancial mediante sentencia proferida en única o en segunda instancia por una Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo, o en única por un Tribunal de esta jurisdicción" (fl. 210).

—*Por razón de su finalidad:* Para el de súplica es la unidad de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en tanto que para el de anulación es el imperio de la ley en los fallos que profiera la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (fl. 210).

—*Por razón del procedimiento de confrontación:* Son extremos de éste, en el de súplica, "tesis doctrinales contenidas en autos y sentencias, sin que entre en juego ninguna consideración de tipo constitucional o legal", al paso que en el de anulación la confrontación se hace entre la sentencia y una o más normas constitucionales o legales, sin que entre en consideración ninguna tesis jurisprudencial (fl. 212).

—*Por razón del objeto:* En el de súplica son sentencias y autos interlocutorios no ejecutoriados, con origen en alguna de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; en el de anulación, las sentencias ejecutoriadas, provenientes tanto de las mencionadas Secciones como de los Tribunales Administrativos (fl. 213).

—*Por razón de la prosperidad del recurso:* En el de súplica por contradicción jurisprudencial, aunque no tenga ninguna incidencia en la decisión contenida en la providencia impugada; en el de anulación, por violación de norma constitucional o legal con incidencia en la parte resolutiva de la sentencia recurrida (fl. 213).

—*Por razón de la no concurrencia en el proceso:* "...los dos recursos no concurren en el proceso: El uno es parte de él; el otro no. El recurso de súplica se ejerce y decide dentro del proceso.

Por el contrario, el recurso de anulación, a semejanza del de revisión, se interpone, tramita y decide con posterioridad a la terminación del proceso..." (fl. 214).

Tras hacer referencia a los antecedentes y fundamentos legales de uno y otro recurso, puntualiza la providencia que el recurso de anulación "fue establecido en sustitución del extraordinario de súplica no como un medio de impugnación equivalente o similar, con iguales o parecidos objetivos, sino para buscar una finalidad distinta del mantenimiento de la unidad de la jurisprudencia, cual es la defensa de los dos mencionados órdenes normativos de superior jerarquía" (fl. 219).

Luego examina el pronunciamiento en que la Corte declaró inexequible la norma que derogó, entre otras disposiciones, el artículo 2º de la Ley 11 de 1975, transcribiendo apartes de ese fallo.

Termina con el postulado de que "los dos recursos no son excluyentes", por cuanto: a) No son equivalentes; b) No tienen la misma naturaleza, causa ni finalidad; c) No intervienen en ellos los mismos elementos de comparación (fl. 21). Reconoce, empero, que "se sale de lo normal la utilización, contra la misma sentencia de una Sección y ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de dos medios

extraordinarios de impugnación, el de súplica y el de anulación, el uno destinado a preservar la unidad de la jurisprudencia y el otro a resguardar el imperio de la ley, sobre todo cuando tal sentencia también es susceptible del recurso extraordinario de revisión, desde luego, en cuanto se den las causales previstas en aquella".

Y agrega, a manera de justificación:

"Pero el Decreto 01 de 1984 no estableció al respecto ninguna incompatibilidad, ni siquiera de carácter transitorio, que hubiera podido hacerlo teniendo en cuenta que, aunque fue intención del legislador extraordinario expresada en disposiciones del mismo estatuto procesal, suprimir el recurso de súplica y establecer en su lugar el de anulación, podrían presentarse problemas de 'tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo', como reza el artículo 1º de la Ley 153 de 1887" (fl. 221).

*III. Disentimiento:*

Planteado en esta forma el *"status quaestionis"*, sólo resta exponer a continuación mis personales puntos de vista sobre la materia, los que van revestidos del más profundo respeto a la decisión mayoritaria y en forma alguna pretenden subestimarla.

1. El planteamiento mayoritario adolece de inconsistencia en cuanto sienta premisas que no tienen relación de consecuencia, ilación o inferencia con la conclusión que pretende derivar de ellas.

En efecto: De que los dos recursos sean diferentes (con tantas diferencias que asombra) no se deduce *per se* la pretendida compatibilidad: La diferenciación y la compatibilidad se encuentran en terrenos dialécticos completamente extraños entre sí. Dicho en otros términos, la diferencia no es antecedente causal de la compatibilidad.

2. Hasta cuántas sentencias definitivas podría sufrir un litigio? Según la tesis que se comenta, podrían ser hasta cinco, a partir del fallo de primera instancia y contando los de segunda instancia, súplica, anulación y revisión. No parece esto contrario a ciertos principios generales de derecho, de valor universal?

3. Si el legislador extraordinario, al expedir el Decreto 01 de 1984, dispuso en su artículo 268 la derogación de la Ley 11 de 1975, obviamente es porque estimó, como se dice también en el fallo aunque sin deducciones, que el recurso de anulación sustituiría al de súplica; lo que sugiere que no estaba en la intención del legislador el autorizar la compatibilidad de los dos medios extraordinarios de impugnación.

4. A manera de simple inquietud, cabe preguntar qué ocurriría si, habiendo prosperado el recurso de súplica, la parte contraria intentara, con éxito, el de anulación. Será concebible que haya dos sentencias de Sala Plena que pueden ser contrarias entre sí? Y, si no lo pueden ser, qué objeto tiene el volver a examinar el caso ya decidido?

5. Que el recurso de súplica *no fue resuelto* porque no prosperó? Esta afirmación del auto me parece querer decir que solamente cuando

el recurso prospera, existe decisión, vale decir, que la decisión adversa a la pretensión del recurrente no es decisión (fl. 209). No es esto razonable.

6. Frente a la posibilidad de doble revisión por la misma autoridad (recurso de súplica y de anulación), en qué queda aquel principio procesal de que "la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció" (art. 309)?

7. No discuto que existan marcadas diferencias entre los dos recursos; pero, en cambio, no me convence la afirmación de que tienen propósitos absolutamente diferentes: El recurrente, por lo menos en acciones de restablecimiento del derecho, busca la protección de sus personales intereses, como fin último, no importa que el medio sea la contradicción jurisprudencial o la violación de un precepto. Así como se ha dicho, con evidente acierto, que en casación, pese al orden en que en la norma del Código de Procedimiento Civil se presentan sus fines, el propósito básico es "la realización del derecho objetivo" quedando la unificación de la jurisprudencia relegada a un segundo plano, así también, en el caso de los dos recursos en mención, la *nomofilaquia* o defensa del orden jurídico, debe considerarse como el fin principal, y como secundario, el de unificación de la jurisprudencia, la cual obviamente debe girar en torno de la correcta interpretación y aplicación del derecho objetivo. No veo, por tanto, el interés en hacer resaltar la diferencia de propósitos en los dos recursos de esta jurisdicción, para deducir su compatibilidad.

8. En la cita de la sentencia de la Corte que trae el proveído se especula sobre la compatibilidad de los dos recursos partiendo de una base que no lleva a esta conclusión: La base es que "en ningún caso el legislador extraordinario había quedado investido por el ordinario, ni explícita ni implícitamente, como indebidamente lo entendió extralimitándose, para suprimir o abolir aquel recurso o la regulación de su materia, soslayándolo o suprimiéndolo en su razón y finalidad específica ... El Gobierno desconoció así la finalidad simplemente modificatoria y no derogatoria de la materia atinente al recurso de súplica" (fl. 220).

Ese fue el real motivo de la declaración de inexequibilidad de la norma: Lo demás sobra.

Dicho de otra manera: No es porque sean compatibles los dos recursos por lo que era procedente la declaración de inexequibilidad ni la compatibilidad de los mismos puede deducirse de tal declaración.

Sólo por constituir reales inquietudes, he expuesto mi pensamiento en cuanto a la providencia de la cual disiento.

Con el debido respeto,

*Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de voto).*

*1. NORMA DE INHABILITACION. Concepto.*

*2. Como el recurso de anulación no va a dejar hacer jurisprudencia, sobra el de súplica, que se orienta a mantener el imperio de ésta.*

*3. Promulgado el nuevo estatuto de lo contencioso administrativo, es muy difícil concluir que la cabeza de la norma ejecutiva del Poder Público sólo legisló, en materia de recursos, en forma parcial.*

## *SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA*

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Radicación número R-029. Recurso de anulación contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 1983 por la Sección Tercera. Proceso ordinario de indemnizaciones. Actora: Ligia Calderón viuda de Córdoba.

A) No comparto la presentación jurisprudencial que se hace en la sentencia en cuanto predica que los recursos de anulación y de súplica *"no son incompatibles ni se excluyen mutuamente"*.

En todos los salvamentos de voto que he hecho en los casos en que la Corporación ha decidido aspectos relacionados con el recurso de *anulación* he reiterado que el principio de filosofía del derecho denominado por Fritz Schereier como *norma de habilitación* impide que una vez ejecutoriada la sentencia pueda predicarse de ésta que viola la Constitución Nacional o la ley sustantiva (ver extractos de 1985, pág. 548). La esencia de tal orientación jurídica la recoge el ilustre jurista y filósofo austriaco en el siguiente párrafo:

> "La norma de habilitación implica, en general, lo siguiente: Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación del grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas por la norma nula. *De este modo y mediante un rodeo —a través de la norma de habilitación— el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido"* (Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho. Editora Nacional. México, pág. 268);

B) Dentro de este marco se tiene que el nuevo Código Contencioso Administrativo creo un recurso que, por partir de supuestos jurídicos que jamás se dan en la realidad, no puede tener aplicación. Reitero que el debate de "constitucionalidad" o de "legalidad" de la sentencia tiene que hacerse antes de que ésta quede ejecutoriada. Predicar la tesis contraria es acabar con la *"cosa juzgada"*, con lo cual no sólo se genera una antinomia sino que se produce inseguridad jurídica. Luis Legaz y Lacambra, en su obra Filosofía del Derecho, Editorial Bosch, Barcelona, Quinta Edición, págs. 620 y 621 destaca la importancia de esta última figura en los siguientes términos:

"II. El problema de la fuerza jurídica de la cosa juzgada ha surgido principalmente en el ámbito del Derecho Procesal. De antiguo se distingue entre la cosa juzgada en sentido material y en sentido formal. Los romanos establecían la distinción en los siguientes términos: *Res judicata jus facit inter omnes; res judicata jus facit inter partes.* Esto quiere decir lo siguiente: Fuerza de cosa juzgada en sentido formal significa la imposibilidad de anular la sentencia por medio de los recursos, ya porque la última instancia ha dicho la última palabra, ya porque ha transcurrido el tiempo para interponerlos o porque se ha desistido o renunciado a ellos. La fuerza de cosa juzgada en sentido material significa, que 'el fallo contenido en la sentencia es de tal suerte decisivo, que excluye totalmente cualquier nuevo examen del negocio y cualquier resolución nueva distinta sobre la misma relación jurídica, frente a los que han sido partes, sea por el mismo tribunal que dictó la primera, o sea por otro diferente'. De suerte, que el fallo recaído no puede ser examinado en su exactitud de fondo por otro tribunal; y si alguien, cuya demanda no ha sido estimada por infundada, vuelve a presentarla de nuevo, es absuelto en ella apenas el tribunal tenga conocimiento de la sentencia anterior, sin que se puedan entrar en el fondo de la misma. Además, lo decidido con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme, es un título que la parte a quien favorece puede hacer valer en cualquier proceso posterior; la cosa juzgada funda una situación jurídica que puede alegarse como título de la acción judicial emprendida contra quien se obstina en desconocerla.

"Sólo motivos de seguridad sirven de base a esta institución; motivos de seguridad y no directamente de justicia, aunque nada tienen de opuestos a la justicia. Naturalmente, puede darse el caso de que la sentencia sea materialmente injusta, que la sentencia firme declare que yo soy el legítimo propietario de tal trozo de terreno y no de mi vecino que me lo disputa, aunque la razón esté de parte de mi vecino. Pero el juez tiene que proceder conforme a lo alegado y probado y por eso puede decirse que es siempre más justo que el legislador, porque aprecia mejor la individualidad del caso. Como obra humana, su sentencia está sujeta a error; pero las posibilidades de injusticia material están reducidas al extremo límite por la segunda instancia y la casación, y por otra parte, sería mucho mayor la dosis de injusticia que significaría atentar contra la seguridad, permitiendo la posibilidad de procesos continuos y de fallos contradictorios sobre un mismo negocio mil veces resuelto. Aquí, la injusticia material de

unos cuantos casos representa —frente a la seguridad— lo que el interés particular, —que debe ceder ante el interés general— precisamente por exigencia de la justicia";

C) Dentro del caos conceptual con que se suele legislar en el país se tiene que el recurso de anulación va orientado a rendirle culto al método exegético de interpretación de la ley que no deja crear jurisprudencia. Pretende revivir la vieja literatura de Bugnet quien predicaba: "No conozco el derecho civil, enseñó solamente el Código de Napoleón", o la de Laurent que enseñaba: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: El Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el código...diría que deben resignarse a ella".

El recurso de anulación es un desastre conceptual y significa un retroceso en el avance del pensamiento jurídico. Sus creadores y defensores han tenido que caer en el terreno de la ironía para interpretarlo, esto es, para hacerle decir lo que la ley no dice. Parecen marchar con la consigna de Taulier: "Marcho en prosecución de lo que la ley ha querido ser, a fin de saber lo que es; con el faro que alumbró necesariamente al mismo legislador trató de penetrar en el fondo de su voluntad escrita, para robarle su sentido y su alcance más íntimo, de la misma manera que se sorprende el secreto de un ser vivo en su palabra y aún en su silencio. Revelo las cuestiones más graves que nacen de los textos, me esfuerzo por mostrar su verdadero origen, y por situar la lucha en su verdadero terreno; me pregunto cómo hubiera decidido el mismo legislador, para ser consecuente con sus otras voluntades...; de esta manera trato de pasar de lo conocido a lo desconocido" (Citas tomadas de "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho". Luis Recasens Siches. Editorial Porrua S. A. págs. 199 y 200);

D) El recurso de anulación no corresponde, pues, en su estructura lógica, con la realidad jurídica, que a través de la cosa juzgada torna incontrovertibles, inmodificables las sentencias. De contera, coloca al sentenciador en la difícil situación penal, aún no estudiada, de lo que le puede ocurrir en este campo a quien como juez viola en forma directa la Constitución y las leyes de la República, no obstante el juramento que prestó de obedecerlas y acatarlas;

E) Como el recurso de anulación no va a dejar hacer jurisprudencia, sobra el de súplica, que se orienta a mantener el imperio de ésta. Por sustracción de materia tal medio de impugnación queda en el vacío. Ya anoté, en otro salvamento de voto (caso de Lino Infante), que toda la creación jurisprudencial de avanzada del Consejo de Estado puede quedar sepultada bajo los escombros que puede producir el de anulación.

Pienso, igualmente, que no obstante la decisión de la honorable Corte Suprema de Justicia, en el sentido de declarar inexequible del artículo 268 del Código Contencioso Administrativo la derogación expresa que se hizo del artículo 2º de la Ley 11 de 1975, ésta normatividad está derogada en forma tácita pues la Ley 58 de 28 de diciembre de 1982 en su artículo 11, numeral 5º facultó al Presidente de la República para "establecer el sistema de excepciones e incidentes y de

pruebas, *así como el de los recursos ordinarios y extraordinarios y del grado de consulta que procedan contra autos y sentencias*" (subrayado de quien suscribe). Promulgado el nuevo estatuto de lo contencioso administrativo, es muy difícil concluir que la cabeza de la Rama Ejecutiva del Poder Público sólo legisló, en materia de recursos, en forma parcial. Y más incomprensible aún, que creado el recurso de anulación para no dejar hacer jurisprudencia, pretendiera mantener vigente el de súplica, como ya anoté en antes. El artículo 71 del Código Civil preceptúa que la derogatoria de las leyes podrá ser expresa o tácita y agrega luego que esta última situación se registra cuando "...la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior";

F) En la página 20 de la sentencia, folio 217 del cuaderno número 1, se recoge un aparte de la ponencia para segundo debate cuando el legislador discutió el proyecto de ley relacionado con el recurso de súplica. Allí se lee:

"Estas breves observaciones muestran que el propósito es el de que el Consejo funcione como Tribunal unitario y no como cuatro Corporaciones independientes. Ello explica también por qué se atribuye a la Sala Plena la facultad de asumir el conocimiento de aquellos negocios de especial trascendencia para la doctrina jurídica implicada o por las repercusiones que el fallo pueda tener en la vida de la comunidad".

De la presentación conceptual anterior se concluye que, buscando la intención del legislador, el Consejo de Estado debe funcionar como Tribunal unitario. Esto parece muy bien. Lo que no lo es tanto es que en los casos en que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resuelve el recurso de anulación resulte, con la citada filosofía, revisando su propio fallo ejecutoriado, pues dentro del marco descrito la providencia proferida por una de las Secciones lo es por la Corporación en su unidad y no por ella en su diversidad. En román paladino lo anterior equivale a afirmar que el mismo juez que violó la Constitución o la ley hace confesión de boca y satisfacción de obra. No se sabe aún si propósito de enmienda.

*Julio César Uribe Acosta.*

Bogotá, octubre 2 de 1986.

*SENTENCIA COMPLEMENTARIA. TEMERIDAD O MALA FE. COSTAS.*
*Disposición que la consagra (art. 311 del C. de P. C.). RECURSO DE ANULACION. Costas cuando no prospera.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., tres de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4803. Recurso de anulación. Actor: Eustelly de Jesús Ramírez B. y otros.

En escrito de 3 de septiembre la apoderada de la Policía Nacional solicitó adición del fallo de julio 25 de este año, para que se incluya en su parte resolutiva la condena por costas y perjuicios. Expone como razones de su petición, las siguientes:

"El artículo 200 del Código Contencioso Administrativo, establece que el recurrente, para interponer el recurso extraordinario de anulación debe prestar caución que garantice el pago de costas y perjuicios ocasionados con el mismo.

"En el presente caso, el recurrente prestó caución.

"Igualmente, el artículo 205 del Código Contencioso Administrativo es claro cuando señala que si el recurso no prospera, 'se condenará al recurrente al pago de costas y perjuicios'.

"Por tal razón, solicito se adicione la parte resolutiva del fallo, señalando que se condena al recurrente al pago de costas y perjuicios, para posteriormente hacer su tramitación por incidente, al tenor de lo establecido en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil".

Para resolver, se considera:

La petición encuentra su respaldo en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, el que permite sentencia complementaria "cuando la sentencia omita la resolución de cualquiera de los extremos de la litis o guarde silencio sobre costas, o sobre perjuicios en razón de temeridad o mala fe de las partes o sus apoderados".

Pese a los términos claros del artículo 205 del Código Contencioso Administrativo que dispone que cuando el recurso de anulación no

prospera "se condenará al recurrente al pago de costas y perjuicios", estima la Sala que en el presente caso no se dieron los supuestos para la imposición de dichas sanciones.

En primer término, no existe ningún elemento de juicio que permita deducir que hubo temeridad o mala fe en la interposición del recurso de anulación, decidido en el fallo que ahora se pretende adicionar. Pero, además, aunque éste no fuera el supuesto de la condena del pago de perjuicios, sino el sólo hecho de la no prosperidad del recurso, tampoco podría hacerse la condena porque los perjuicios que pudo sufrir la entidad pública no se presumen, máxime cuando la sentencia recurrida ni siquiera impuso condena a la Nación.

En cuanto a costas, tampoco existe ningún elemento que acredite su causación. La Nación actuó dentro del trámite del recurso por conducto de abogado de su dependencia, lo que no permitiría siquiera el señalamiento de agencias en derecho; además, tampoco se observa que se den los supuestos de la condena relacionados en el numeral 2 del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

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

*Falla:*

No se adiciona la sentencia de julio 25 de 1986, por las razones expuestas en la motivación.

Cópiese y notifíquese.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el 1º de octubre de 1986.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*TRABAJO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVOS.*

*Lo que la ley pretende, es que el trabajador que recibe un sueldo habiendo a su vez trabajado la semana completa, y laborado habitualmente además DIAS DOMINGOS Y FESTIVOS, reciba de todas maneras en otro día distinto un descanso compensatorio, que por otro lado ya se remuneró de antemano.*

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.*

*Es claro que la única causal de anulación de una sentencia estriba en violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva (art. 197 del C. C. A.), por lo que no es de recibo derivarla a través del análisis fáctico, o sea, en principio de los medios de convicción según estos hayan sido dejados de apreciar o apreciados erróneamente.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., ocho de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 89. Actor: Empresa Colombiana de Petróleos "ECOPETROL". Recurso de anulación.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Empresa Colombiana de Petróleos, contra la sentencia proferida en única instancia por el Tribunal Administrativo de Nariño, el día 8 de octubre de 1985, dentro del proceso de restablecimiento del derecho promovido por esa entidad pública contra la Resolución 1630, de 23 de mayo de 1984, emanada del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, y por la cual se confirma la imposición de una multa.

*I. La sentencia impugnada:*

La sentencia antes ameritada deniega las súplicas de la demanda, o sea, que considera conforme a derecho la Resolución 1630 de 23 de mayo de 1984, proveniente de la Dirección General del Trabajo del Ministerio del ramo, que confirma en todas sus partes la Resolución 0002 de 12 de marzo de ese mismo año, expedida por el Inspector Nacional del Trabajo de Puerto Asís (Putumayo), mediante la cual se le impone una multa a la empresa recurrente "por la violación ostensible de los artículos 12 y 13 del Decreto legislativo 2351 de 1965 y del artículo 1º, inciso 1º de la convención colectiva de trabajo vigente

firmada entre la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y la Unión Sindical Obrera USO, para que la empresa sancionada demuestre el cese de la violación de las normas anotadas".

Son estas las consideraciones de la sentencia objeto del recurso extraordinario de anulación:

"Pero resulta y así lo considera el Tribunal, que esa violación de que se habla es en realidad aparente, puesto que las inspecciones del Trabajo ubicadas en las diferentes regiones del país tienen una función eminentemente policiva que les permite administrativamente ejercer una vigilancia y control sobre los patronos, trabajadores y miembros de las organizaciones sindicales, principalmente las referentes a recepcionar informaciones, exigir la exhibición de libros, planillas, obtención de copias etc., todo con el fin exclusivo de impedir que se violen las disposiciones relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión u oficio y más que todo del derecho de libre asociación.

"En el caso de autos, fue esta la misión que cumplió la inspección del Trabajo de Puerto Asís, ya que el sindicato de trabajadores de Ecopetrol presentó una queja ante dicha oficina para que previa visita especial, se observara las violaciones que la empresa o patrono efectuaba con respecto a normas legales o a pactos suscritos en convención colectiva de trabajo. Y la razón de la queja se puso ciertamente de bulto, ya que la inspección del Trabajo pudo darse cuenta de que la empresa incumplió la ley laboral en cuanto no pagaba adecuadamente a sus trabajadores, los dominicales y festivos de acuerdo a las normas antes transcritas.

"No se trata, pues, en este caso, de interpretar la ley laboral que la oficina del Trabajo dice se violó, sino la de establecer si las oficinas que produjeron las resoluciones acusadas, tenía o no facultad para imponer las referidas sanciones. O mejor dicho, si ellas al actuar como lo hicieron, invadieron o no jurisdicciones diferentes, como sería en este caso la de los jueces, que son los encargados de defnir los conflictos jurídicos 'mediante juicios de valor que califiquen el derecho de las partes'.

"Y es que, como se tiene establecido doctrinaria y jurisprudencialmente, el 'poder de policía no faculta para definir controversias jurídicas' sino única y exclusivamente para vigilar y controlar el cumplimiento de las normas sociales, control que como bien lo ha dicho el Consejo de Estado, sólo se refiere a situaciones objetivas mas no a función jurisdiccional".

## *II. El recurso de anulación:*

El escrito mediante el cual se formula esta modalidad de impugnación extraordinaria trae una relación de los hechos y luego se formulan cargos contra la sentencia por violación de normas legales sustantivas, así:

"a) Artículo 41 del Decreto-ley 2351 de 1965, que subroga el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo. Artículo 24, Ley 11 de 1984 que modifica el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo;

"b) Artículo 485 del Código Sustantivo del Trabajo;

"c) Artículos 12 y 13 del Decreto-ley 2351 de 1965, que subrogaron los artículos 179 y 181 del Código Sustantivo del Trabajo. Artículos 180 y 183 del Código Sustantivo del Trabajo".

Continúa el recurrente, haciendo la afirmación de que aquel sistema de pago concuerda plenamente con lo expuesto por Tribunales Superiores tales como los de Bogotá, Bucaramanga y Cúcuta, y al efecto transcribe pareceres jurisprudenciales de dichas Corporaciones sobre la correcta interpretación de las normas referentes a la manera de como debe remunerarse el trabajo en domingos o días de fiesta según que sea habitual o excepcional.

Por último, el escrito impugnatorio trae los siguientes razonamientos:

"Como puede apreciarse con claridad, el honorable Tribunal Administrativo de Nariño, sienta una tesis respetable pero a nuestro juicio equivocada y violatoria de la ley, al considerar en relación con la controversia existente, en cuanto a la interpretación de los artículos 12 y 13 del Decreto-ley 2351 de 1965, que por no haber reconocido ningún derecho en particular, ni haber hecho clara mención a que algunos trabajadores fueran lesionados, podía sancionar administrativamente a mi representada; sin embargo no tuvo en cuenta que la facultad consagrada en las normas citadas se refieren exclusivamente al caso de incumplimiento de *derechos ciertos e indiscutibles*, y no a aspectos de derecho sobre los cuales existen respetables interpretaciones encontradas, adoptadas no sólo por mi representada, sino por los Tribunales Superiores de Bogotá, Bucaramanga y Cúcuta, tal como puede apreciarse en las transcripciones efectuadas anteriormente.

"Así las cosas, consideramos que se violó la ley sustantiva al multar a mi representada, por no efectuar un pago, que como hemos visto no tiene el carácter de derecho cierto e indiscutible sino todo lo contrario, pues Tribunales tan importantes como los citados, le están indicando a todo el país con su jurisprudencia, que la forma de pagar el trabajo en domingo es la adoptada por la Empresa Colombiana de Petróleos y no la que equivocadamente ha pretendido imponer el Ministerio del Trabajo.

"Al respecto, la honorable Corte Suprema de Justicia según sentencia del 12 de septiembre de 1980 expresó: 'JURISPRUDENCIA. El poder de policía no faculta para definir controversias jurídicas. Es nítida y tajante la línea que separa las competencias de la jurisdicción ordinaria del trabajo y de los funcionarios administrativos. La primera tiene a su cargo el juzgamiento y decisión de los conflictos jurídicos mediante juicios de valor que califiquen el derecho de las partes; los segundos ejercen funciones de policía administrativa para la vigilancia y el control del

cumplimiento de las normas sociales; control que se refiere a situaciones objetivas y que no implica en ninguna circunstancia función jurisdiccional. Para la efectividad de sus labores estos funcionarios están autorizados para imponer multas, pero todo dentro de la órbita de su competencia'.

"Por lo expuesto, podemos concluir que sin existir certeza del incumplimiento de mi representada, sino antes por el contrario estar demostrado plenamente que su conducta se ajusta a la Doctrina y la Jurisprudencia de los más importantes Tribunales del país, nos parece de claridad meridiana que el Ministerio en estas condiciones no tenía facultades de imponer sanciones administrativas, sino que simplemente ha debido limitarse a expresarle a las partes la libertad de acudir a la justicia laboral ordinaria, pues al tomar la decisión de sancionar se extralimitaba, violando la ley sustantiva, pues aunque evidentemente no declaró un derecho concreto a pagar de un particular, si pretende obligar por este medio a que se efectúen unos pagos que superan la ley y contradicen las jurisprudencias y doctrinas antes citadas".

*III. Consideraciones de la Sala:*

a) Si bien es cierto que el escrito de impugnación relaciona de una manera global el elenco de las normas legales supuestamente violadas, sin embargo no se trae de una manera técnica la confrontación directa de la sentencia con cada una de ellas, con el preciso alcance de la violación, puesto que no todas conforman entre sí una proposición jurídica completa. El recurso extraordinario de anulación es eminentemente técnico, en que no caben consideraciones propias de un alegato de instancia. No obstante, puede entenderse por la forma en que se plantea la acusación, que la infracción obedece a una incorrecta interpretación efectuada por el Tribunal sobre el alcance de las normas legales que determinan la forma de remuneración del trabajo en domingo o días de fiesta. Precisamente la autoridad administrativa del Trabajo multó a la empresa recurrente por estimar que ésta no le dio la correcta aplicación a los artículos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965; y más particularmente el acto que le puso fin a la actuación gubernativa (Resolución 01630 de 23 de mayo de 1984), acoge un concepto emitido por la División de Relaciones Individuales del Trabajo según el cual el trabajador que habitualmente presta servicios el día domingo o festivo tiene derecho a "percibir cuatro salarios: Uno por haber laborado la semana completa (el dominical) o por haberse presentado con el respectivo período el festivo del descanso legal remunerado, para completar tres salarios. Y un último salario, o sea, el cuarto, que corresponde al del día en que disfrute del descanso compensatorio remunerado previsto en el artículo 13 del Decreto 2351 de 1965".

En lo anterior indudablemente se plantea un serio equívoco, puesto que no es correcto significar que en el caso del trabajo habitual en días feriados, haya la necesidad por parte del patrono de sufragar el valor de cuatro salarios, puesto que la preceptiva legal lo que está significando es que en tal eventualidad la remuneración tiene un recargo del cien por ciento sobre el salario ordinario en proporción a las horas laboradas, sin perjuicio del salario ordinario a que tenga

derecho el trabajador por haber laborado la semana completa, pero con la obligatoriedad obviamente de que a éste último se le conceda un descanso compensatorio, que no da lugar al pago de suma adicional alguna, por la muy sencilla circunstancia de que para los trabajadores que habitualmente laboren en tales días feriados su día de descanso no es el domingo o festivo sino cualquier otro día distinto de la semana.

Es claro que la única causal de anulación de una sentencia estriba en la violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva (art. 197 del C. C. A.), por lo que no es de recibo derivarla a través del análisis fáctico, o sea, en presencia de los medios de convicción según estos hayan sido dejados de apreciar o apreciados erróneamente. En principio pudiera pensarse que para llegar a establecer el quebranto legal fuese indispensable ameritar el acervo probatorio, o sea, precisar de antemano si Ecopetrol remuneró el trabajo en días feriados en la forma prevenida por el ordenamiento legal. Pero realmente no es ello así, dado que la sentencia acusada al denegar las peticiones de la demanda, desde luego que sin realizar análisis alguno sobre si los actos administrativos acusados aplicaron correctamente o no la norma legal sobre el trabajo habitual en días de descanso obligatorio, puesto que sólo se ocupa en dilucidar la competencia de los funcionarios del trabajo para sancionar con multa, necesariamente está señalando que la empresa demandante pagó en forma indebida a sus trabajadores. Así inclusive lo señala el Tribunal del conocimiento en el auto de fecha 28 de octubre de 1985 (fls. 276 y ss. cuaderno 1) en que deniega la adición solicitada en tal sentido. Y no es necesario de consiguiente ir al aspecto probatorio, puesto que si el Tribunal implícitamente descalifica el proceder de aquella empresa estatal frente a la forma de pago de dominicales y festivos laborados, o por mejor decir, que está considerando que las resoluciones administrativas son correctas en cuanto invocan de manera repetida una equívoca remuneración cuádruple en tales casos lleva todo eso a la consideración que el desmedro resulta frontal y directo.

Bajo los anteriores prospectos el cargo prospera.

b) Con la prosperidad del cargo anterior sería innecesario el análisis del restante, pero es del caso hacer referencia al ataque que se le formula a la sentencia a la norma del artículo 41 del Decreto 2351, subrogatorio del artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, y además, modificado por el artículo 24 de la Ley 11 de 1984. Es decir si la imposición de la multa, por la supuesta infracción por parte de la empresa recurrente de las normas legales sobre remuneración del trabajo en días feriados está rebasando la facultad consagrada en los textos legales antes señalados.

Sostiene el impugnador que la facultad policiva otorgada a los funcionarios del Ministerio del Trabajo se "refiere exclusivamente al caso de incumplimiento de derechos ciertos e indiscutibles, y no a aspectos de derecho sobre las (sic) cuales existen respetables interpretaciones encontradas".

Realmente las normas legales, anteriormente citadas, no dicen, ni pregonan lo anterior. Sólo son claras en precisar que los funcionarios del Ministerio del Trabajo "no quedan facultados para declarar dere-

chos individuales ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces", lo cual es fenómeno completamente diferente. Es apenas obvio que la función policiva no puede suplir la jurisdiccional, y por ende no es de recibo que las autoridades del trabajo definan conflictos jurídicos o económicos inter partes, atribuyendo o negando a cualquiera de los sujetos enfrentados, derechos o prerrogativas. Pero fenómeno diverso lo constituye la circunstancia de que esas autoridades en el ejercicio de la facultad prima de vigilar y controlar el cumplimiento de las normas laborales (arts. 17 y 485 del C. S. del T.), apliquen medidas preventivas o sancionadoras ante el evento de su violación. La circunstancia de que la policía laboral se halle frente a un quebrantamiento de una norma protectora del trabajo, aun cuando implique menoscabo directo al trabajador, no inhibe el correctivo que sea del caso, por la sola consideración de que la justicia laboral estaría llamada a proveer sobre la satisfacción del interés individual protegido por el derecho. Son dos consideraciones completamente diferentes: La policía previene o reprime la violación de la norma objetiva de derecho, sin restituir de modo alguno al sujeto que resulte lesionado por la conducta antijurídica. La función judicial procura la realización del derecho según lo alegado y probado en la respectiva litis, o sea, dentro del marco estricto del conflicto de intereses, donde habrá indudablemente un acto que invoca una pretensión y un demandado que se opone o no se allana. Cuando la policía ejerce su poder, o por mejor decir, se hace presente la función policiva, no dirime o desata la controversia que pueda existir entre sujetos de derecho. Ese no es su alcance y finalidad.

*IV. Sentencia sustitutiva:*

Con la prosperidad del recurso según lo dicho en el número III a), debe anularse el fallo atacado y producirse la sentencia que lo reponga, a lo cual se procede a continuación.

La Empresa Colombiana de Petróleos (ECOPETROL) en su demanda ante el Tribunal Administrativo de Nariño expuso los siguientes hechos:

"1. El señor Inspector Nacional del Trabajo y Seguridad Social de Puerto Asis (Putumayo) profirió la Resolución 0002 de marzo 12 de 1984, en cuya parte resolutiva dispuso multar a la Empresa Colombiana de Petróleos - Distrito Sur con la suma de $ 45.197.oo equivalente a cuatro salarios mínimos legales.

"2. La sanción a que nos referimos en el punto anterior le fue impuesta a mi representada, por considerar el señor Inspector Nacional del Trabajo de Puerto Asís, que la Empresa Colombiana de Petróleos incumplió la ley laboral en lo referente al pago de los dominicales trabajados y más concretamente porque a juicio del funcionario del Trabajo, se estaba violando el artículo 13 del Decreto 2351 de 1965, que subroga el artículo 181 del Código Sustantivo del Trabajo.

"3. El día 17 de marzo de 1984, previa consignación del valor de la multa impuesta a favor del Sena, lo que se acreditó con el título número 643303 expedido por la Caja de Crédito Agrario,

Industrial y Minero, el apoderado de la Empresa Colombiana de Petróleos, dentro del término de ley interpuso los recursos de reposición y apelación contra la Resolución 0002 de marzo 12 de 1984.

"4. El recurso de reposición fue resuelto por el señor Inspector del Trabajo de Puerto Asís, por Resolución 0003 de 1984 en la cual no repuso la providencia inicial.

"5. El día 23 de mayo de 1984, el señor Director General del Trabajo profirió la Resolución 1630, por la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto, confirmando la Resolución 0002 de marzo 12 de 1984, emanada de la Inspección Nacional del Trabajo y Seguridad Social de Puerto Asís (Putumayo).

"6. El señor Inspector del Trabajo de Puerto Asís (Putumayo), practicó una visita en el primer trimestre del año en curso a nuestras instalaciones en el Putumayo y revisó al azar algunas liquidaciones de personal que había laborado en domingos, sin entrar a determinar si tal trabajo se había efectuado de manera habitual u ocasional.

"7. La Empresa Colombiana de Petróleos que represento viene remunerando el trabajo en dominical, así:

"a) Un salario por haber trabajado la semana completa;

"b) Otro salario por el recargo para completar el 100%;

"c) Otro salario más por el descanso semanal.

"Cuando se trata de trabajo habitual, el trabajador no tiene la opción de recibir el tercer salario en dinero, sino que debe disfrutar de un descanso compensatorio en la semana siguiente, pues la ley así lo ordena".

Respecto a las razones de hecho y de derecho por las cuales considera la parte demandante que deben anularse las resoluciones acusadas, vale la pena hacer referencia a las siguientes:

"1. La Empresa Colombiana de Petróleos viene pagando el trabajo en dominical de conformidad con lo estipulado en la Ley Laboral 'artículos 12 y 13' del Decreto 2351 de 1965, debiendo anotar que mi representada interpreta la ley en la misma forma que la mayoría de las empresas del país y siguiendo las orientaciones de destacados juristas como el Profesor Guillermo González Charry, quien en su obra de Derecho de Trabajo, expresa sobre el particular lo siguiente:

"Quienes trabajen ocasionalmente domingos y feriados tienen derecho, de una parte, al salario ordinario de un día, proveniente del hecho de haber trabajado los seis días de la semana, es decir, al valor del simple descanso dominical. Aparte de esto, a la remuneración proveniente del trabajo en dichos días, y que equivale al 100% del valor del salario ordinario de un día, o proporcionalmente al número de horas trabajadas en domingo o feriado. En total, a tres salarios, o al salario de tres días: Uno por el descanso y dos por el trabajo.

"Para estos casos no hay descanso compensatorio, y la triple remuneración es suficiente para satisfacer la obligación patronal.

"Quienes trabajan habitualmente en domingos y otros días de descanso obligatorio, no reciben más dinero que los del grupo anterior, pero, en cambio, tienen derecho al día de descanso compensatorio. De suerte que, además de la doble remuneración proveniente del hecho del trabajo, deben disfrutar en un día distinto del descanso que no tuvieron, el cual les debe ser remunerado según las reglas generales.

"Se ha insinuado, para estos casos, una interpretación del decreto según la cual habría una remuneración equivalente a cuatro días de salarios, la que, en nuestro concepto, carece de todo fundamento jurídico. Para que lo tuviera, sería necesario que en uno de los dos artículos que se vienen comentando, se dispusiera, o bien el pago doble del simple descanso dominical, o bien el pago triple del simple descanso en dominical o feriado, y ninguna de las dos previsiones resulta de dichos preceptos. Para ambas hipótesis, el simple descanso se remunera con un solo día de salario, y en ambos también el hecho del trabajo se remunera con solo un recargo del 100% sobre el valor del salarios diario. Luego no existe base ninguna para sostener la pretendida tesis de una remuneración cuadruplicada.

"No sobra advertir que, en las personas remuneradas con sueldo mensual, este comprende el valor del simple descanso dominical, y que si trabajare en día de descanso obligatorio, sólo tendrían derecho a la doble remuneración o recargo del 100% causada en el hecho del trabajo".

La Sala por lo dicho en el acápite anterior ha de anular la Resolución 1630 de 23 de mayo de 1984, emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual el Director General del Trabajo confirmó en todas sus partes las Resoluciones 0002 y 0003 de 12 y 26 de marzo de 1984 proferidas por el Inspector Nacional del Trabajo y Seguridad Social de Puerto Asís (Putumayo). No es ajustado a derecho el criterio interpretativo que dan las referidas autoridades del trabajo a las normas de los artículos 12 y 13 del Decreto 2351 de 1965, respecto a la forma remunerativa del trabajo habitual en días feriados, que a su sentir debe ser equivalente a cuatro días de salarios. En razón de que Ecopetrol lo hizo en los casos que fueron objeto de la investigación administrativa con un pago de tres salarios, encontraron allí los funcionarios ya referidos una violación ostensible de los preceptos legales anteriormente citados que determinó la imposición de una multa a dicha empresa estatal.

La prolija jurisprudencia referida al particular que ha puesto de presente la parte actora realmente ha sido conteste en señalar que el trabajo en días domingos o festivos ha de remunerarse con un recargo del 100% sobre el salario ordinario, sin perjuicio del que tenga derecho por haber laborado la semana completa, sin que tal circunstancia en modo alguno, cuando las labores sean habituales en tales días, dé lugar al pago de otro salario adicional. Tal vez el equívoco pueda encontrarse cuando la preceptiva legal señala que en el caso de que el trabajador que labore habitualmente tiene derecho de todas mane-

ras a un descanso compensatorio remunerado (art. 14, Decreto 2351), llegándose así a considerar que es menester otra remuneración por el día en que se descanse. Mas ello no es así como pasa a verse:

En primer lugar el artículo 173 del Código Sustantivo del Trabajo indica que el patrono debe remunerar el descanso dominical con el salario ordinario de un día, a los trabajadores que habiéndose obligado a prestar sus servicios en todos los días laborales de la semana, no falten al trabajo, o que, si faltan, lo hayan hecho por justa causa o por culpa o disposición del patrono. Luego, el artículo 174 de la misma obra clarificada lo anterior, cuando señala que en todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días que es legalmente obligatorio y remunerado. No debe olvidarse que el artículo 133 *ibídem* denomina jornal el salario estipulado por días, y sueldo el estipulado por períodos mayores. Por tanto si en el sueldo, y bajo los supuestos normativos del artículo 173 en cita, va comprendido el pago del descanso dominical y de días festivos, no puede considerarse que en el caso de que el trabajo sea habitual en tales días surja para el patrono el pago del mismo concepto para la fecha en que el trabajador haga uso del descanso compensatorio. Eso equivaldría a un doble pago del día de descanso dominical, que no es obviamente el sentido del artículo 13 del Decreto 2351. Lo que la ley pretende, es que el trabajador que recibe un sueldo, habiendo a su vez trabajado la semana completa, y laborado habitualmente además daís domingos y festivos, reciba de todas maneras en otro día distinto un descanso compensatorio, que por otro lado ya se remuneró de antemano como atrás se dijera.

No sobra poner de presente que la Empresa Colombiana de Petróleos por definición legal es una empresa industrial y comercial del Estado que no está sujeta a la exclusión formulada en el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo según el cual las relaciones de derecho individual del trabajo entre la administración pública y los trabajadores de empresas públicas no se rigen por dicho Código, sino por estatutos especiales. En efecto, el artículo 29 del Decreto 062 de 1970 preceptúa que las relaciones de trabajo entre Ecopetrol y sus trabajadores, se rigen por las normas del precitado estatuto sustantivo laboral.

Como se dijera habrá de anularse la resolución enjuiciada que además es confimatoria de otras dos que le impusieron una multa a Ecopetrol. A modo de restablecimiento se ordenará devolver el valor de la multa impuesta por valor de $ 45.192.oo, que según informa la parte motiva de la Resolución 003 de 1984 (fs. 14 cuaderno 1) fue consignada previamente.

*V. Decisión:*

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

*Resuelve:*

Anúlase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, de fecha 8 de octubre de 1985, y en su lugar se dispone:

*Primero.* Declárase la nulidad de la Resolución 1630, de fecha 23 de mayo de 1984, por la cual el Director General del Trabajo (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social), confirmó en todas sus partes las Resoluciones números 002 y 003 del 12 y 26 de marzo respectivamente, proferidas por el señor Inspector del Trabajo de Puerto Asís (Putumayo) mediante las cuales se multó a la Empresa Colombiana de Petróleos, ECOPETROL, con la suma de $ 45.192.oo.

*Segundo.* Como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, y a modo de restablecimiento del derecho, ordénase al Ministerio del Trabajo que disponga la devolución a la demandante del valor de la multa consignada.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día tres (3) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Gaspar Caballero Sierra, Aydée Anzola Linares, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

*DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS. PERSONERIA JURIDICA. CARECEN DE ELLA.*

*Los Departamentos Administrativos ni son establecimientos públicos ni personas de derecho público. Tales organismos carecen de personería jurídica, pues, hacen parte de la organización centralizada de la Nación, participando de su personería jurídica. Por ello, los Departamentos administrativos no están legitimados para demandar o ser demandados.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., nueve de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Joaquín Vanín Tello.*

Referencia: Expediente número 1959. Recurso de Anulación. Actor: Marco Aurelio Pérez Bedoya.

Se le reconoce personería al abogado Gustavo Flórez Velásquez como apoderado de Marco Aurelio Pérez Bedoya, quien interpuso el recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 24 de febrero de 1986.

Para resolver sobre su admisibilidad se considera:

La parte recurrente ha designado como demandada al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil al cual califica como "establecimiento público del orden nacional" (fl. 1). Ocurre, sin embargo, que dicha designación no es de recibo en tanto que los Departamentos Administrativos ni son establecimientos públicos ni personas de derecho público. Tales organismos carecen de personería jurídica, pues, hacen parte de la organización centralizada de la Nación, participando de su personería jurídica. Por ello, los Departamentos Administrativos no están legitimados para demandar o ser demandados.

No habiéndose cumplido acertadamente con el primer requisito exigido por el artículo 199 del Código Contencioso Administrativo debe declararse desierto el recurso interpuesto, a términos del artículo 203 del mismo estatuto.

Por lo expuesto se dispone:

Declárase desierto el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta al 24 de febrero de 1986.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia envíese el expediente al Tribunal mencionado.

*Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

*CONCEJO DE BOGOTA. Funciones.*

*DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA (Recurso extraordinario de Anulación).*

*1º Régimen jurídico (art. 199 de la C. N.). (Decreto 3133 de 1968 artículo 2º. CONCEJO DE BOGOTA. FUNCIONES. Decreto-ley 3133 de 1968. PERSONERO: Funciones artículo 40 Decreto 3133 de 1968.*

*2º Sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el Decreto 3133 de 1968.*

*PERSONERO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA podrá tomar asiento en las juntas asesora y de contratos y de Planeación Distrital con derecho a voz pero sin voto.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Bogotá, D. E., veintiocho de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número R-088. Actor: Gustavo Samper Bernal. Recurso extraordinario de anulación. Reconstrucción. Fallo.

Se resuelve el recurso de anulación propuesto por el personero del Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, el día 14 de mayo de 1984.

La parte resolutiva de dicha sentencia dispuso:

"*Primero.* Modifícase la sentencia apelada, en los sentidos que en seguida se detallan:

"a) Refórmase la mencionada sentencia, en la parte relacionada con el segundo cargo, en el sentido de extender la declaración de nulidad de los artículos 22 y 24 del Acuerdo número 7 de 1977, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, a la integración del Personero Distrital a las Juntas Asesora y de Contratos y de Planeación, lo mismo que en cuanto al octavo cargo, en orden a declarar la nulidad de todo el artículo 46 de dicho Acuerdo.

"... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ..."

El recurso de anulación buscó invalidar el fallo únicamente en cuanto lo que en él se dispone en relación con los artículos 22 y 24 del Acuerdo 7 de 1977.

Los artículos cuya nulidad, en la segunda instancia, dispuso el Consejo de Estado por sentencia de la Sección Primera disponen:

"*Artículo 22.* La Junta Asesora y de Contratos estará integrada por el Alcalde Mayor quien la presidirá por tres (3) Secretarios de Despacho y dos (2) Directores de Departamentos Administrativos con sus respectivos suplentes también Secretarios de Despacho o Directores de Departamentos Administrativos, según el caso; por tres (3) Concejales elegidos por el Cabildo con sus respectivos suplentes y por el Personero Distrital.

"El Contralor y el Tesorero Distrital tendrá voz en ella, sin voto.

"El Subsecretario General de la Alcaldía será el Secretario de la Junta Asesora y de Contratos participará en las deliberaciones con voz pero sin voto.

"*Parágrafo:* Los Secretarios de Despacho y los Directores de Departamentos Administrativos, que formen parte de la Junta Asesora en su calidad de Principales o Suplentes, serán designados por el Alcalde".

"... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ..."

"*Artículo 24.* Son miembros de la Junta de Planeación Distrital el Alcalde o su delegado, que será un Secretario de Despacho o un Director de Departamento Administrativo, el Personero Distrital, el Secretario de Hacienda, el Secretario de Obras Públicas, el Director del Instituto de Desarrollo Urbano y cuatro (4) Concejales elegidos por el Cabildo, con sus respectivos suplentes personales. El Director del Departamento Administrativo de Planeación Distrital y el Contralor del Distrito, tendrán asiento en la Junta con voz pero sin voto".

*Normas violadas por la sentencia:*

El recurrente sostuvo en oportunidad que es al Concejo Distrital a quien corresponde conformar la estructura de las dependencias de la administración y no a la ley y por ende el Concejo Distrital, al ordenar los artículos transcritos que el Personero Distrital es miembro de las juntas asesoras y de contratos y de planeación no violó norma alguna de carácter constitucional ni legal (fl. 108).

Agregó, igualmente, que la sentencia considera ilegal la vinculación del personero a las juntas, por la función a él asignada, y que sólo a la ley le está deferido establecer los casos particulares de incompatibilidades. Que la sentencia citada no indica la ley que ha establecido la incompatibilidad para que el Personero Distrital pueda ser miembro de las citadas juntas.

Estima que la inclusión del personero en las referidas juntas tiene su respaldo en el artículo 13 del Decreto 3133 de 1968, según el cual al Concejo le compete "ordenar, por medio de acuerdos, lo conveniente para la Administración del Distrito".

Señala que la sentencia al anular los artículos acusados viola las disposiciones contenidas en os artículos 197 ordinales 1º y 3º de la Constitución Política, 13 numerales 1, 3 y 11, y 40 del Decreto-ley 3133 de 1968.

*Fundamentos de la sentencia atacada:*

La sentencia atacada dijo, en síntesis, con relación a los artículos 22 y 24 lo siguiente, en cuanto a la participación del personero en la Junta Asesora y de Contratos.

"...Los artículos acusados establecen la participación del Personero Distrital en las juntas asesora y de contratos y en la de planeación con derecho a voz y voto..."

"a) En cuanto al Personero, la Constitución deja que sus funciones la fije la ley. En el caso de Bogotá, el Decreto 3133 de 1968, por sus artículos 39 y 40, les señala funciones y de ellas se deduce que no hace parte de las nombradas juntas".

La sentencia estimó, además, que si bien el personero es empleado de control sobre la administración, y "que vela por la defensa de los bienes del Distrito, la efectividad del derecho de petición, etc.", es inconveniente e ilegal su participación en las juntas mencionadas aún cuando sean sin derecho a voto, pues a él le competen ciertas funciones como las de "conceptuar previamente (art. 40, num. 6, Decreto-ley 3133 de 1968) sobre la ilegalidad de los contratos que haya de suscribir el Alcalde", y que, para el cumplimiento de sus deberes debe conservar toda su autonomía, sin comprometerse previamente, así sea oralmente en las reuniones de la junta.

También, sostiene el fallo que la participación del Personero en la Junta Asesora y de Contratos es contraria al artículo 40 ya citado, pues a ella le corresponde la declaratoria de caducidad de los contratos y la aprobación e improbación de los pliegos de condiciones. Por lo resumido, la Sección Primera estimó ilegal la participación del Personero en las juntas tantas veces citadas, no sólo porque le parecía incompatible la presencia del Personero en ella, sino que para estar en la misma carecía de competencia.

En relación con la presencia del Personero en la Junta de Planeación del Distrito Especial de Bogotá, la sentencia se fundó también en el citado artículo 40, por estimar incompatible e inconveniente la participación del Personero en las deliberaciones de aquel organismo.

*Para resolver se considera:*

*Ambito de aplicación en este fallo*

Este fallo versa únicamente sobre la juridicidad de la declaratoria de nulidad de los artículos 22 y 24 del Acuerdo 7 de 1977, que dispuso la sentencia atacada en el marco que ésta le señaló, en cuanto ordenó que en todo caso la asistencia o la permanencia del Personero a las Juntas Asesoras y de Contratos y de Planeación violaba el artículo 40 del Decreto-ley 3133 de 1968, en la medida en que los artículos acusados le daban voz y voto en la misma.

*Régimen Jurídico del Distrito Especial de Bogotá*

De conformidad con el artículo 199 de la Constitución Política, Bogotá será organizada como un Distrito Especial, sin sujeción al régimen Municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la ley.

El Decreto 3133 de 1968, que reformó la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá, dispuso en su artículo 2º que la administración del Distrito no estaría sujeta a las disposiciones de la Asamblea ni a las de la Gobernación del Departamento de Cundinamarca, y que las atribuciones administrativas que confiere la Constitución y las leyes a las Asambleas y a los gobernadores se entenderían conferidas al Concejo y al Alcalde Mayor de Bogotá, en lo pertinente.

La última parte de este artículo fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de julio 17 de 1975.

En dicho fallo la Corte Suprema de Justicia consideró que "cuando la parte del artículo cuya legitimidad se discute, dispone que el Alcalde Mayor de Bogotá y el Concejo del Distrito Especial tendrán, en su orden, las atribuciones que en lo departamental la Constitución y las leyes dan a los gobernadores y a las asambleas, respectivamente, no viola el artículo 197, sino que expresa, en términos generales, un desarrollo normal de la facultad concedida al Congreso por el artículo 199 de la Carta" (Foro Colombiano núm. 74, pág. 117).

El Decreto-ley 3133 de 1968, al señalar, con autorización constitucional, las funciones conferidas al Concejo de Bogotá le dio, entre otras, las siguientes:

"3. Determinar la estructura de la administración distrital, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo;

"11. Reglamentar las funciones y deberes de los empleados del distrito y de los representantes del Concejo en otras entidades, y fijar las calidades y condiciones para el desempeño de los cargos".

El artículo 40 del mismo estatuto le atribuyó al Personero, entre otras la función de, "3º Velar por el cumplimiento de la Constitución, las leyes, los acuerdos, órdenes superiores y las sentencias judiciales en el Distrito"; "6º Conceptuar previamente sobre la legalidad de los contratos que haya de suscribir el Alcalde"; y "velar por la defensa de los bienes del Distrito".

En el fallo de 1º de octubre de 1979, en el cual se decidió acerca de la exequibilidad, entre otros, del artículo 26, del Decreto 3133 de 1968, con ponencia del jurista Hernán Toro Agudelo dijo la Corte Suprema de Justicia:

"d) La atribución 3ª que dá facultad a los Concejos para 'determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos', es una de las más importantes innovaciones de la reforma de 1968, pues no sólo reafirma la autonomía municipal para su organización interna, sino que radica directamente en los cabildos la competencia de decisión de estas materias, aunque la ley bien pudiera reservar al Alcalde la capacidad de iniciativa, conforme al inciso tercero del artículo 189".

"... ..."

"Ahora, en lo sucesivo, a la luz de la atribución que se comenta, 'corresponde a los concejos la facultad constitucional, de que no pue-

de privarlos la ley pero que esta puede reglamentar en su ejercicio, de determinar la estructura, es decir, la distribución, orden y organización general de la administración del Municipio; podrán, en consecuencia, crear las distintas dependencias administrativas, sus divisiones o secciones, por ejemplo: atribuirles las respectivas funciones generales que han de cumplir para el servicio público; finalmente, podrán también señalar diferentes categorías de empleos y las correlativas remuneraciones. Como la Constitución nada dispuso en materia de creación, fusión y supresión de empleos, ni de fijación de funciones especiales de cada uno de ellos y de sus remuneraciones específicas, podrá la ley atribuir la competencia respectiva a los mismos concejos, como hoy ocurre generalmente, conforme a la regla 8ª del artículo 197 en cuanto indica que a los concejos corresponde ejercer las demás funciones que la ley les señale, o trasladarla al Alcalde que es jefe de la administración municipal, según el artículo 201, y que ejercerá sus funciones conforme a las normas que la ley le señale" (Derecho Colombiano, Tomo I, núm. 4, págs. 455 y 446).

Al declarar inexequible el artículo 26 del Decreto 3133 de 1968, señaló la Corte, en consideración que esta Corporación comparte, que en cuanto por el mismo artículo se indica que tendrán voz pero no voto en esa junta otros funcionarios, o los que designare el Alcalde, y en cuanto atribuye a algunos de los Secretarios de la Alcaldía las funciones de secretarios de la misma, se está suplantando al Concejo en su tarea de determinar la estructura de la administración" (*Ibidem,* pág. 454).

Al pronunciarse la Corte Suprema de Justicia sobre la exequibilidad de los artículos 22 y 23 del Decreto 3133 de 1968, tuvo también la ocasión de expresar que "simultáneamente con la atribución que la Carta confiere a la ley para organizar la administración del Distrito Especial sin sujeción al régimen municipal ordinario, la misma Constitución, directa o indirectamente, estatuye que dicho Distrito estará regido de una parte por el Alcalde, y de otra por el Concejo (parágrafo del artículo 189, artículo 109, y artículos 192, 196 y 197 primero).

"...Aquel funcionario y esta Corporación de la Administración de Bogotá son de tal manera instituidos por una norma superior, que la ley, con todo y estar habilitada para dictar reglas administrativas que regulen las actividades del Distrito Especial, no puede en ningún caso transgredir, so pena de inexequibilidad".

El fallo recurrido en anulación, en su página 26, (fl. 33 del expediente) partió de la idea de que en cuanto al Personero, la Constitución deja que sus funciones las fije la ley.

En el caso de Bogotá, el Decreto 3133 de 1968, continúa el argumento de la sentencia, en sus artículos 39 y 40, le señala funciones al Personero Distrital y de ellas deduce que no hace parte de las nombradas juntas. Ahora bien, si su vinculación, sin derecho a voto, en algunas de estas juntas puede parecer inconveniente, aún en tales circunstancias resulta claramente ilegal, no tanto por la función que se le asigna al Personero sino por la integración misma de la junta.

El fallo de la Sección Primera estimó, entonces, que en el artículo 40 del Decreto 3133 de 1968 se agotó la posibilidad de asignarle funciones al Personero del Distrito Especial.

Es indudable que tal interpretación no cabe frente a las disposiciones contenidas, en primer lugar en el artículo 63 de la Constitución Política, según el cual no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, armonizado con el artículo 197 de la misma Carta, según el cual son atribuciones de los Concejos, y del de Bogotá no menos, determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias, etc., que se halla en consonancia, por lo demás con el ordinal 5º del artículo 187 de la Constitución que por disposición legal declarada exequible también sería atribuible al Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Significa lo anterior que si bien el Decreto 3133 de 1968 ha señalado las funciones generales que él se encarga de precisar, los acuerdos del Distrito Especial de Bogotá pueden precisar funciones más específicas de los diferentes empleos que componen o hacen parte de la estructura orgánica del Distrito.

La sentencia de la Sección Primera, al considerar que el artículo 40 encerraba en forma exhaustiva la atribución de competencia del Personero del Distrito Especial de Bogotá y declarar por consiguiente ilegales los artículos 22 y 24 del Acuerdo 7 de 1977 que agregó a las ya indicadas en el citado artículo 40 otras propias de la gestión administrativa, violó en forma directa el propio artículo 40, y el artículo 13 en sus numerales 3º y 11.

Las anteriores razones llevarán entonces a declarar nulo el ordinal 1º de la parte resolutiva de la sentencia de la Sección Primera de fecha mayo 14 de 1984, en cuanto a la letra numeral a) primera parte del mismo fallo.

En lo demás, por no haber sido impugnada por las partes, la citada sentencia conservará su validez.

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

*Resuelve:*

*Declárase* nulo el numeral 1º de la sentencia del 14 de mayo de 1984 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en la parte que dice:

"*Primero.* ...

"a) Refórmase la mencionada sentencia, en la parte relacionada con el segundo cargo, en el sentido de extender la declaración de nulidad de los artículos 22 y 24 del Acuerdo número 7 de 1977, del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, a la integración del Personero Distrital a las Juntas Asesora y de Contratos y de Planeación" ...

Confírmase en este aspecto la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso declarar la nulidad de "los artículos 22 y 24, pero sólo en cuanto por ellos se le otorga al Personero Distrital poder decisorio (voto) en las Juntas Asesora y de Contratos y de Planeación Distrital, respectivamente"; ...

En consecuencia el Personero del Distrito Especial de Bogotá podrá tomar asiento en las Junta Asesora y de Contratos y de Planeación Distrital con derecho a voz pero sin voto.

Cópiese, notifíquese, devuélvase y cúmplase.

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

*Aydée Anzola Linares,* Vicepresidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Miguel Betancourt Rey, Carlos Betancur Jaramillo, Gaspar Caballero Sierra, Antonio José de Irisarri R., Enrique Low Murtra,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Simón Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango,* Ausente; *Joaquín Vanín Tello.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*SALVAMENTO DE VOTO DEL*
*DOCTOR JULIO CESAR URIBE ACOSTA*

Referencia: Radicación número R-088. Recurso de anulación. Actor: Gustavo Samper Bernal.

Con toda consideración me separo del concepto mayoritario de la Sala al proferir la sentencia de veintiocho (28) de octubre de mil novecientos ochenta y seis dentro del proceso de la referencia. La causa o razón de mi disentimiento es la misma que expuse en el salvamento de voto que hice en el proceso número S002. Actor: Asociación Holística Colombiana. Allí se lee:

"En todos los salvamentos de voto que he hecho en los casos en que la Corporación ha decidido aspectos relacionados con el recurso de *anulación* he reiterado que el principio de filosofía del derecho denominado por Fritz Schreier como *norma de habilitación* impide que una vez ejecutoriada la sentencia pueda predicarse de ésta que viola la Constitución Nacional o la ley sustantiva. La esencia de tal orientación jurídica la recoge el ilustre jurista y filósofo austriaco en el siguiente párrafo:

"La norma de habilitación implica, en general, lo siguiente: Si un hecho de postulación de grado inferior rebasa los límites que le señala la significación del grado superior, deben producirse las consecuencias jurídicas establecidas por la norma nula. *De este modo y mediante un rodeo —a través de la norma de habilitación— el precepto nulo queda incluido en el derecho positivo correspondiente y se transforma en un precepto válido*" (Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho. Editora Nacional. México, pág. 268).

B) Dentro de este marco se tiene que el nuevo Código Contencioso Administrativo creó un recurso que, por partir de supuestos jurídicos que jamás se dan en la realidad, no puede tener aplicación. Reitero que el debate de "constitucionalidad" o de "legalidad" de la sentencia tiene que hacerse antes de que ésta quede ejecutoriada. Predicar la tesis contraria es acabar con la *"cosa juzgada"*, con lo cual no sólo se genera una antinomia sino que se produce inseguridad jurídica. Luis Legaz y Lacambra, en su obra Filosofía del Derecho, Editorial Bosch, Barcelona, Quinta Edición, páginas 620 y 621 destaca la importancia de esta última figura en los siguientes términos:

"II. El problema de la fuerza jurídica de la cosa juzgada ha surgido principalmente en el ámbito del Derecho procesal. De antiguo

se distingue entre la cosa juzgada en sentido material y en sentido formal. Los romanos establecían la distinción en los siguientes términos: *Res judicata jus facit inter omnes; res judicata jus facit inter partes*. Esto quiere decir lo siguiente: Fuerza de cosa juzgada en sentido formal significa la imposibilidad de anular la sentencia por medio de los recursos, ya porque la última instancia ha dicho la última palabra, ya porque ha transcurrido el tiempo para interponerlos o porque se ha desistido o renunciado a ellos. La fuerza de cosa juzgada en sentido material significa, que 'el fallo contenido en la sentencia es de tal suerte decisivo, que excluye totalmente cualquier nuevo examen del negocio y cualquier resolución nueva distinta sobre la misma relación jurídica, frente a los que han sido partes, sea por el mismo Tribunal que dictó la primera, o sea por otro diferente'. De suerte, que el fallo recaído no puede ser examinado en su exactitud de fondo por otro Tribunal; y si alguien, cuya demanda no ha sido estimada por infundada, vuelve a presentarla de nuevo, es absuelto en ella apenas el Tribunal tenga conocimiento de la sentencia anterior, sin que se pueda entrar en el fondo de la misma. Además, lo decidido con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme, es un título que la parte a quien favorece puede hacer valer en cualquier proceso posterior; la cosa juzgada funda una situación jurídica que puede alegarse como título de la acción judicial emprendida contra quien se obstina en desconocerla.

"Sólo motivos de seguridad sirven de base a esta institución; motivos de seguridad y no directamente de justicia, aunque nada tienen de opuestos a la justicia. Naturalmente, puede darse el caso de que la sentencia sea materialmente injusta, que la sentencia firme declare que yo soy el legítimo propietario de tal trozo de terreno y no de mi vecino que me lo disputa, aunque la razón esté de parte de mi vecino. Pero el juez tiene que proceder conforme a lo alegado y probado y por eso puede decirse que es siempre más justo que el legislador, porque aprecia mejor la individualidad del caso. Como obra humana, su sentencia está sujeta a error; pero las posibilidades de injusticia material están reducidas al extremo límite por la segunda instancia y la casación, y por otra parte, sería mucho mayor la dosis de injusticia que significaría atentar contra la seguridad, permitiendo la posibilidad de procesos continuos y de fallos contradictorios sobre un mismo negocio mil veces resuelto. Aquí, la injusticia material de unos cuantos casos representa —frente a la seguridad— lo que el interés particular, —que debe ceder ante el interés general— precisamente por exigencia de la justicia".

C) Dentro del caos conceptual con que se suele legislar en el país se tiene que el recurso de anulación va orientado a rendirle culto al método exegético de interpretación de la ley que no deja crear jurisprudencia. Pretende revivir la vieja literatura de Bugnet quien predicaba: "No conozco el derecho civil, enseño solamente el Código de Napoleón", o la de Laurent que enseñaba: "Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: El Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos. Mas para que los códigos realicen esa ventaja, es preciso que los autores y los jueces acepten su nueva posición bajo el código...diría que deben resignarse a ella".

El recurso de anulación es un desastre conceptual y significa un retroceso en el avance del pensamiento jurídico. Sus creadores y defensores han tenido que caer en el terreno de la ironía para interpretarlo, esto es, para hacerle decir lo que la ley no dice. Parecen marchar con la consigna de Taulier: "Marcho en prosecución de lo que la ley ha querido ser, a fin de saber lo que es; con el faro que alumbró necesariamente al mismo legislador trato de penetrar en el fondo de su voluntad escrita, para robarle su sentido y su alcance más íntimo, de la misma manera que se sorprende el secreto de un ser vivo en su palabra y aún en su silencio. Revelo las cuestiones más graves que nacen de los textos, me esfuerzo por mostrar su verdadero origen, y por situar la lucha en su verdadero terreno; me pregunto cómo hubiera decidido el mismo legislador, para ser consecuente con sus otras voluntades...; de esta manera trato de pasar de lo conocido a lo desconocido" (Citas tomadas de "Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho". Luis Recasens Siches. Editorial Porrua S. A. págs. 199 y 200).

"D) El recurso de anulación no corresponde, pues, en su estructura lógica, con la realidad jurídica, que a través de la cosa juzgada torna incontrovertibles, inmodificables las sentencias. De contera, coloca al sentenciador en la difícil situación penal, aún no estudiada, de lo que le puede ocurrir en este campo a quien como juez viola en forma directa la Constitución y las leyes de la República, no obstante el juramento que prestó de obedecerlas y acatarlas".

Atentamente,

*Julio César Uribe Acosta.*

---

Bogotá, noviembre 18 de 1986.

*RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. SUSPENSION DE LA SENTENCIA. CAUCION OTORGADA POR ENTIDAD PUBLICA (art. 201 del Decreto 01 de 1984).*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., doce de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 2164. R. anulación. Actor: Luis Eduardo Moreno M. Recurso de reposición.

Se procede a decidir el recurso de reposición interpuesto por la apoderada judicial del Ministerio de Gobierno, contra la providencia de 29 de septiembre de 1986, que admitió el recurso extraordinario de anulación y dispuso la suspensión de los efectos de la sentencia impugnada, para lo cual se hacen las siguientes,

*Consideraciones:*

Por disposición del artículo 201 del Decreto 01 de 1984: "El recurso extraordinario de anulación no suspende el cumplimiento de la sentencia impugnada, *salvo que se haya prestado la caución de que trata el artículo anterior*".

En el asunto *sub júdice*, si bien es cierto que el recurrente es una entidad de derecho público y por consiguiente no está obligada a prestar la caución de que trata el artículo 200 *ibidem*, no es menos cierto que el artículo 201 del mismo estatuto no hace excepción alguna y, por ello ha de entenderse que si una entidad como la impugnadora, además de solicitar la anulación de la sentencia impetra la suspensión de los efectos de la providencia recurrida, debe otorgar la caución que se le fje.

Evento distinto, es cuando el organismo demandante únicamente solicita la anulación de la sentencia, caso en el cual no está obligado a prestar la caución a que hacen referencia las normas citadas.

En las condiciones expuestas, no se repone la providencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Aydée Anzola Linares.*

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

*PROYECTO DE SENTENCIA.*

*Sólo pueden ser conocidas por los Magistrados concurrentes a la decisión y en el acta secreta de la sesión respectiva y jamás aparecen públicamente y menos agregadas al expediente. CONJUECES. No se nombran, sino que se sortean conforme a los artículos 8º, 11, 16, 17 y 18 del Decreto-ley 1265 de 1970.*

*CONJUECES. Sorteos.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente 5007. Actor: Nimia Murillo Sánchez.

Por virtud del recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de única instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, dentro del proceso de reparación directa adelantado por el recurrente contra el Municipio de Quibdó, han llegado los autos a esta Corporación.

Se observa:

a) A folios 50 y siguientes aparece un proyecto de sentencia firmado por el Magistrado sustanciador, doctor Eduardo A. Barboza Valencia, proyecto que debía permanecer reservado y sin firma hasta cuando fuera mayoritariamente acogido;

b) A folios 54 y siguientes aparece un "salvamento de voto" de la Magistrada doctora Amparo Velásquez Ayala, referido a la "anterior ponencia", es decir al proyecto atrás relacionado, cuando tales razones o discrepancias, lo mismo que el respectivo proyecto, sólo podían ser conocidos por los Magistrados concurrentes a la decisión y en el acta secreta de la sesión respectiva y jamás aparecer públicamente y menos agregados al expediente;

c) A folio 58 vuelto aparece la constancia de 11 de julio de 1986, de la Secretaría, de que la doctora Velásquez Ayala "SALVO VOTO" de la ponencia presentada por usted;

d) A folio 59 aparece el auto del Magistrado sustanciador, según el cual "por haberse presentado discrepancia de criterio...*nómbrase* al doctor Jorge H. Mena Barco, para que se sirva dirimir".

Sabido es que los *conjueces* no se *nombran* sino que se *sortean* conforme a los artículos 8º, 11, 16, 17 y 18 del Decreto-ley 1265 de 1970;

e) A folios 61 y 62 aparece un escrito firmado por el conjuez, en que aparecen las razones que tiene para proponer una sentencia en determinado sentido, y hay constancia de que se presentó en la Secretaría el 16 de agosto de 1986, cuando tenía que permanecer secreto. so pena de prejuzgamiento;

f) A folios 62 vuelto aparece la constancia secretarial en el sentido de que el conjuez *"se adhirió al concepto de la doctora Velásquez"*, todo público, atestado y certificado en el expediente, contra expresa disposición legal y elementales principios regidores de la prudencia, la reserva y la dignidad de los jueces de la República;

g) Al fin el 25 de agosto de 1986, folio 63, aparece la seudosentencia, firmada por la Magistrada Velásquez y el conjuez Mena Barco y sin la firma del otro Magistrado disidente, quien estaba obligado a firmar la sentencia y a salvar el voto dentro de los dos días siguientes;

h) Todo lo anterior, modelo de como no debe ejercerse la Magistratura ni administrarse justicia sobrecoge el ánimo e impone la aplicación del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo brevemente expuesto, *se resuelve:*

*Primero: Devuélvase* el expediente al Tribunal de origen a efecto de que se dicte sentencia en la forma prevista por la ley.

*Segundo: Envíese* copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

# TITULO XII

## RECONSTRUCCION DE PROCESOS

*RECONSTRUCCION DE PROCESOS. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.*
*DECLARATORIA DE DESERCION DEL RECURSO:*
*Aplicación de disposiciones que regulen casos o materias semejantes (art. 8º de la Ley 153 de 1887).*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., once de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 1508. Autoridades nacionales. Actor: Luis Delio Gómez García.

En el asunto *sub júdice,* el apoderado judicial del Instituto de Seguros Sociales solicita la deserción del recurso extraordinario de anulación interpuesto por el actor contra la sentencia de 26 de abril de 1985 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, lo mismo que la ejecutoria de dicho proveído.

Para tal efecto acompañó constancia expedida por el Secretario del Tribunal Administrativo de Cundinamarca donde certifica que el proceso instaurado por el señor Luis Delio Gómez García fue remitido a esta Corporación en virtud del recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de 26 de abril de 1985 y que dicho proceso aún no ha regresado.

De igual modo, el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado expidió la certificación visible a folio 9 del expediente, la cual está concebida en los siguientes términos:

"Que revisados los libros índices y radicadores de esta Secretaría que empezaron a llevarse a partir del 20 de enero del año en curso, con motivo de los hechos ocurridos los días 6 y 7 de noviembre del pasado año, no se encontró hasta la fecha proceso alguno de reconstrucción instaurado a nombre de Luis Delio Gómez García, venido a esta Corporación en recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de abril 26 de 1985, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, en juicio de nulidad de la Resolución número 0164 de enero 18 de 1982, emanada del Instituto de Seguros Sociales".

"La anterior certificación se expide a los quince (15) días del mes de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986)".

Para resolver, se

*Considera:*

El Decreto 3825 de 1985 no contempla la declaratoria de deserción del recurso extraordinario de anulación y ejecutoria de la sentencia respectiva que constituye el objeto de la solicitud presentada. Esta petición, en consecuencia, debe resolverse mediante la aplicación de disposiciones que regulen casos o materias semejantes a la luz del precepto contenido en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial (art. 4º del C. de P. C.).

De acuerdo con tales principios, debe declararse la deserción del recurso extraordinario de anulación así como la ejecutoria de la sentencia objeto de aquel, cuando no se hubiere solicitado la reconstrucción del proceso que se encontraba a conocimiento del Consejo de Estado en virtud de dicho recurso según las reglas del Decreto 3825 de 1985, en aplicación del artículo 2-2 que regula el caso del recurso de apelación, debido a que no puede quedar sin definición la ejecutoria de esa sentencia al resolverse la solicitud del interesado.

En consecuencia con lo dicho y como, en el caso presente, la petición reúne los requisitos a que hace relación la norma en comentario, se

*Resuelve:*

*Decrétase la deserción* del recurso extraordinario de anulación interpuesto por el actor contra la sentencia de 26 de abril de 1985, expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la cual se declara legalmente ejecutoriada.

Reconócese como apoderado del Instituto de los Seguros Sociales al doctor Jairo A. Gómez Piedrahita, en los términos y para los efectos del memorial visible a folio 11 del expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

*Aydée Anzola Linares.*

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

*RECONSTRUCCION DE PROCESOS. CONSULTA: DECLARACION DE DESERCION DEL GRADO DE CONSULTA. Omisión del Decreto 3825 de 1985. Aplicación de las disposiciones que regulen casos o materias semejantes (art. 8º de la Ley 153 de 1887).*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., once de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 1893. Actor: Fernando Alirio Romero Caicedo.

En el asunto *sub júdice*, el apoderado judicial del actor solicita la ejecutoria de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 25 de noviembre de 1983 que, según copia auténtica (fls. 13 a 22), declaró la nulidad del Decreto número 2134 de 19 de julio de 1982, proferido por la Presidencia de la República y de la Resolución número 12973 de 23 de julio del mismo año, expedida por el Ministerio de Educación Nacional, en virtud de las cuales se reemplazó al actor en el cargo que desempeñaba y se le nombró como Director del Centro Auxiliar de Servicios Docentes de Villavicencio, respectivamente y ordenó su reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y dispuso el pago de todos los suplementos salariales dejados de devengar desde la fecha de su remoción hasta aquella en que sea reincorporado efectivamente al servicio oficial, entendiéndose que no ha existido solución de continuidad en la prestación del mismo.

Para tal efecto acompañó constancia expedida por el Secretario de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde se afirma que el proceso instaurado por el señor Fernando Alirio Romero Caicedo, fue remitido a esta Corporación en grado de consulta contra la sentencia de noviembre 25 de 1983 y que dicho proceso aún no ha regresado.

De igual modo, el Secretario de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expidió la certificación visible a folio 29 del expediente, la cual está concebida en los siguientes términos:

"Que revisados los libros radicadores que se llevan en esta Secretaría, a partir del 20 de enero del presente año, no se encontró solicitud alguna de reconstrucción, del proceso iniciado con demanda del señor Fernando Alirio Romero Caicedo, para pedir la nulidad del Decreto

número 2134 del 19 de julio de 1982, expedido por el señor Presidente de la República y de la Resolución 12973 del 23 de julio de 1983, emanada del Ministerio de Educación Nacional, venido a esta Corporación en consulta".

"Se expide en Bogotá, D. E., a los veintinueve (29) días del mes de mayo de mil novecientos ochenta y seis (1986)".

Para resolver, se

*Considera:*

El Decreto número 3825 de 1985 no contempla la declaratoria de deserción del grado de consulta y ejecutoria de la sentencia consultada que constituye el objeto de la pretensión propuesta a conocimiento de esta Corporación. Sin embargo, tal solicitud debe resolverse con aplicación de las disposiciones que regulan casos o materias semejantes, de conformidad con el precepto contenido en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 y, teniendo en cuenta además, que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial artículo 4º del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con los anteriores principios de interpretación, debe declararse desierta la consulta y ejecutoriada la sentencia objeto de ella, cuando no se hubiere solicitado la reconstrucción del proceso que se encontraba a conocimiento del Consejo de Estado en virtud de tal grado de jurisdicción, según las reglas contenidas en el artículo 2º del Decreto 3825 de 1985, toda vez que no puede quedar sin definición la ejecutoria de dicha sentencia, tal como lo aconsejan elementales principios de técnica procesal.

Y como de conformidad con los elementos probatorios a que se ha hecho referencia aparece acreditado que la reanudación de términos judiciales en esta Corporación venció sin que se hubiere formulado petición de reconstrucción del expediente de la referencia, es del caso de dar aplicación al precepto legal en comentario.

Por lo expuesto, se

*Resuelve:*

*Declárase* legalmente ejecutoriada la sentencia en grado consulta proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 25 de noviembre de 1983, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Reconócese al doctor Juan Alberto Polo Figueroa como apoderado del señor Fernando Alirio Romero Caicedo, en los términos y para los efectos del memorial visible a folio 1 del expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

*Aydée Anzola Linares.*

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

*RECONSTRUCCION DE PROCESOS. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION La sentencia es una pieza fundamental para decidir el recurso de anulación (Aplicación del artículo 8º del Decreto 3825 de 1985).*

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Bogotá, D. E., agosto doce de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente Nº R-019. Actora: Aura Garrido de Betancourt.

El apoderado de la señora Aura Garrido de Betancourt pidió la reconstrucción del Expediente número 8549 en el cual se había proferido sentencia el 22 de septiembre de 1984, y contra la cual se había interpuesto por la misma parte, el recurso extraordinario de anulación.

Para resolver sobre la reconstrucción solicitada,

*Se considera:*

El asunto recibió el trámite consagrado en el literal B) del artículo 4º del Decreto 3825 de 1985.

Tanto la entidad demandada —Caja Nacional de Previsión Social— como el Ministerio Público descorrieron el traslado.

La Fiscalía advierte la falta de la sentencia impugnada y al respecto manifiesta: "Este Despacho estima, que sin conocer la sentencia recurrida no tendría objeto la reconstrucción del expediente que contenía el recurso extraordinario de anulación puesto que sin ella se haría imposible decidirlo' (fl. 56, cdno. 1). Pide, en subsidio, la aplicación del artículo 8º del mismo decreto, solicitud que es ratificada por el apoderado de la actora.

El Despacho, dentro de la filosofía de manejar con amplitud todo lo atinente a la reconstrucción de expedientes, desplegó toda la actividad en materia probatoria, con miras a obtener copia de la sentencia impugnada, como puede verse en las providencias de abril 21 de 1986, cuaderno número 5 pruebas de oficio y cuaderno número 4, pruebas fiscalía, con resultados negativos.

En el cuaderno número 2, auto de la misma fecha, se exponen las razones que tuvo la Sala para no acceder a la aplicación del mencionado artículo 8º, del Decreto 3825 de 1985, razones que se ratifican en providencia de mayo 29 de 1986 (fls. 7 y ss. cdno. núm. 2) y que continúan vigentes.

Como se dijo en la oportunidad anotada "...La sentencia es una pieza fundamental para decidir el recurso de anulación, pues con apoyo en ella el fallador hace la confrontación con la Constitución y la ley sustancial para concluir si éstas fueron violadas en forma directa. Si ese hecho y acto jurídico y también documento, no aparece dentro del proceso de reconstrución, el sentenciador no podrá hacer nada para reemplazarlo, pues se correría el riesgo de que se viole el principio de la inmutabilidad de la sentencia, que exige para ésta una redacción que debe asegurar, con la mayor eficacia posible, su claro entendimiento, como lo enseña Couture. Se ha predicado siempre por los procesalistas, que la firma de la sentencia, como la letra de cambio, constituye un elemento sin el cual el documento no tiene eficacia..."

En distintos momentos procesales la Sala puso de presente, como se vio, que sin la sentencia era imposible hacer la reconstrucción. No obstante esta realidad, brindó como ya se anotó amplia oportunidad probatoria a las partes para que la allegaran al proceso, lo que finalmente no ocurrió.

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Unitaria,

*Resuelve:*

No se decreta la reconstrucción del expediente número 8549.

Notifíquese.

*Julio César Uribe Acosta.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario.

*DEMANDA ELECTORAL. CORRECCION.*
*Podrá hacerse por una sola vez.*

*Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.*— Bogotá, D. E., primero de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Gaspar Caballero Sierra.*

Referencia: Expediente número 028.

El señor apoderado de la parte actora, en memorial visible a los folios 89 a 94, manifiesta que hace uso del derecho que para corregir la demanda le confiere el artículo 66 de la Ley 96 de 1985, y procede por tanto a corregirla por segunda vez, en los términos allí mismo consignados.

*Se considera:*

El artículo 230 del Código Contencioso Administrativo señalaba la prohibición de que en los procesos electorales no había lugar a corregir la demanda. Este precepto fue subrogado por el artículo 66 de la Ley 96 de 1985, que prescribe lo siguiente: "El artículo 230 del Código Contencioso Administrativo quedará así:

> "*Artículo 230.— Corrección de demanda.* La demanda puede ser corregida antes de que quede en firme el auto que la admita y sobre la corrección se resolverá dentro de los dos (2) días siguientes".
>
> "... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ..."

El mecanismo procesal de la aclaración o corrección de la demanda no puede entenderse como un derecho que tenga el actor para hacer uso indefinidamente, y es así como el Código de Procedimiento Civil determina que sólo por una vez el demandante podrá reformarla (art. 89), principio que a su vez repite el artículo 208 del Código Contencioso Administrativo cuando advierte que el derecho de variar la demanda podrá hacerse uso por una sola vez.

Es cierto que el artículo 230 anteriormente transcrito no precisa en forma terminante que en el proceso contencioso electoral la corrección del libelo inicial sea factible por una sola vez, ya que como se vio, se limita a indicar que de tal facultad se puede hacer uso antes de que quede en firme el auto admisorio de la demanda, por lo que pudiera entenderse por virtud del principio de hermenéutica que señala que donde la ley no distingue, no le es dable al intérprete entrar a distinguir, que tal posibilidad sea indefinida hasta la oportunidad procesal antes dicha. Pero esto último no parece correcto, ya que

implicaría una incertidumbre en la litis, contraria a los principios de celeridad, preclusión y eventualidad. Ha de entenderse, en consecuencia, que la corrección de la demanda clausura defintivamente otra ulterior, habida circunstancia de que el proceso se cumple por etapas, cada una de las cuales va cerrando la anterior, con el singular efecto de que las oportunidades y ocasiones procesales se van aprovechando consumativamente, o sea, que el ejercicio de cualquier facultad procesal comporta la necesidad de ser ejercitada integralmente impidiéndose su repetición. Es esa la razón de ser de la prohibición de que la demanda pueda ser corregida en más de una oportunidad, que se olvidó señalar en la norma especial del artículo 230 del Código Contencioso Administrativo, pero que en todo caso de manera general se indica en el artículo 208 de la misma obra. No otra cosa debe informar la debida probidad procesal.

Pero aún extremando la hipótesis, se tiene que según informe secretarial el auto admisorio de la demanda quedó ejecutoriado con fecha 23 de junio de 1986, por lo que aún aplicando con equivocada exégesis el referido artículo 230, para la fecha de presentación de la pretendida segunda reforma del libelo inicial (1º de julio de 1986), ya habría precluido semejante oportunidad.

*Se resuelve:*

1º Negar la posibilidad de una segunda reforma de la demanda.

2º Previa desanotación devuélvanse al apoderado de la parte actora los documentos anexos al segundo escrito de corrección.

3º En firme esta providencia, vuelvan los autos al Despacho para resolver sobre la admisión de algunas impugnaciones.

*Gaspar Caballero Sierra.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*RECONSTRUCCION DE PROCESOS.*
*Decreto 3825 de 1985. CARGA DE LA INICIATIVA EN LA RECONSTRUCCION.*

*TERMINOS PARA PROMOVER LA RECONSTRUCCION.*

*EFECTO DE LA VIOLACION DE TALES TERMINOS. MEDIOS DE OBRAR DE LA PARTE NO INTERESADA EN LA RECONSTRUCCION.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Bogotá, D. E., diez de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Miguel Betancourt Rey.*

Expediente número R-113. Actor: Francisco J. Fuentes Noguera.

*I. Antecedentes:*

1. El señor Francisco J. Fuentes promovió ante el Consejo de Estado demanda de restablecimiento del derecho en la cual impugnó la Resolución 0442 de 10 de mayo de 1985 proferida por la Superintendencia de Control de Cambios.

2. El 27 de agosto de 1984 se dictó la sentencia de la Sección Primera del Consejo, copia informal de la cual ha sido suministrada por la propia Superintendencia, que la tenía en sus archivos (fls. 16 a 38). La ponencia del fallo fue elaborada por el señor Consejero Mario Enrique Pérez. Y la sentencia fue favorable al actor.

3. El 20 de septiembre del mismo año la Superintendencia interpuesto el recurso extraordinario de súplica, en escrito cuya copia obra a folios 9 y siguientes.

4. Según el actor, el recurso fue repartido al señor Consejero Reynaldo Arciniegas y fue fallado a favor de aquél en octubre de 1985, y el 6 de noviembre de 1985 la sentencia estaba notificándose en la Secretaría por edicto. Edicto y expediente desaparecieron en el incendio.

5. El 12 de marzo de 1985, es decir, luego de los treinta días siguientes a la reanudación de términos del mes de enero, el actor adujo el Decreto 3825 de 1985 y solicitó la reconstrucción del proceso, en especial la reconstrucción y notificación de la sentencia de la Sala Plena que había decidido el recurso.

6. No presentó el actor copia de ésta, ni indicó que pudiera hallarse en parte alguna. Pidió que el señor Consejero Arciniegas rindiera declaración jurada sobre el contenido de la providencia y la Secretaría informara sobre el estado del proceso el 6 de noviembre de 1985. Dirigió la solicitud al señor Consejero Pérez, quien a poco fue reemplazado por el señor Consejero Guillermo Benavides.

7. Repartido el asunto al señor Consejero Guillermo Benavides Melo, éste dispuso que pasara al Consejero Arciniegas, quien había "conocido últimamente del negocio". Y a este Consejero le llegó el 9 de mayo de 1986.

8. El señor Consejero Arciniegas, teniendo en cuenta esta última fecha y el término de los 30 días siguientes a la reanudación de términos del mes de enero que establece el literal B del artículo 4º del Decreto, denegó el trámite de la solicitud por considerarla extemporánea.

*II. El recurso de súplica ordinaria:*

El apoderado del actor pidió revocación del auto que se acaba de citar, aduciendo que no podía aplicársele el mencionado término, previsto para el caso de que el recurso de súplica no se hubiera fallado, pues aquí ya existía decisión final: "En tal caso (en que no se ha fallado) y siguiendo el criterio general del decreto, la reconstrucción correspondía solicitarla a la parte que interpuso el recurso que es la interesada, pues de no hacer tal solicitud o hacerla extemporáneamente, la consecuencia jurídica consiste en que la sentencia suplicada quedaría en firme o ejecutoriada, mediante pronunciamiento de la Sala respectiva a petición de la parte beneficiada con la dicha sentencia". Sólo en tal caso en que estuviera pendiente la decisión podría aplicarse dicho término de los treinta días, y como es obvio, sólo a la solicitud de reconstrucción que presentara el recurrente (folio 57).

*III. Consideraciones de la Sala:*

*A. La reconstrucción y demás materias del Decreto 3825 de 1985.*

En el léxico corriente suele decirse que tal decreto versa únicamente sobre reconstrucción de esos procesos destruidos por el incendio del Palacio de Justicia, para efecto de continuar su trámite común hasta el final. La verdad es que ese estatuto regula muchos otros problemas: Iniciación de procesos nuevos, deserción de procesos o recursos que venían en trámite, autenticación de sentencias. Todo ello se añade a la reconstrucción propiamente dicha. Por ahora basta referirse a la última.

1º *La carga de la iniciativa en la reconstrucción.*

Esta correspondía al demandante o, si el proceso se hallaba en trámite de un recurso, al recurrente (art. 1º, numeral 10; art. 2º, numerales 1 y 2; art. 3º; art. 4º, literales A, B y C; art. 6º). Era lo debido, pues el demandante o el recurrente eran quienes buscaban provecho de la demanda o del recurso, del modo que sería ingenuo y contra-

dictorio prever que la parte contraria buscara una reconstrucción que la perjudicaría. Por ello todas esas normas se dirigían de manera expresa al "demandante" o el "recurrente".

2º *Los términos para promover la reconstrucción.*

En el caso del artículo 1º del Decreto, atañedero a procesos de que conocía el Consejo en única instancia, el actor podía solicitar la reconstrucción hasta el 30 de abril de 1986; en todos los demás casos sólo podía solicitarla dentro de los 30 días siguientes a la reanudación de términos del mes de enero en el Consejo (arts. 2º, numerales 1 y 2; art. 3º; art. 4º, literales A, B y C; art. 6º).

3º *Efecto de la violación de tales términos.*

Está señalado de manera expresa en el artículo 1º, numeral 10; y en el artículo 2º, numerales 1 y 2; terminación del proceso o deserción del recurso y ejecutoria de la sentencia por abandono. El decreto no mencionó ese efecto en la misma forma expresa al regular los demás casos (art. 3º; art. 4º, literales A, B y C; art. 6º), pero también en estos rige, porque de lo contrario quedaría sin sentido el término, y porque el juez no puede promover la reconstrucción de oficio.

*B. Medios de obrar de la parte no interesada en la reconstrucción.*

1º *La solicitud y su época.*

Dicha parte pueda solicitar la terminación del proceso o la deserción del recurso y ejecutoria de la sentencia, según ya se dijo. Es entendido que tal solicitud había de ser posterior al vencimiento del término que tenía la parte contraria para pedir la reconstrucción, pues de no ser así aquella no prosperaría. De modo que ni el día límite 30 de abril ni los 30 días del lapso eran cifras que pudieran afectar a aquella parte. Y no existe norma alguna del decreto que imponga término para esta solicitud.

He aquí unos textos a título de ejemplo:

Artículo 1º, numeral 10: "Si el 30 de abril de 1986 no se hubiere solicitado la reconstrucción de los expedientes a que se refiere este artículo, cualquier persona podrá pedir que se decrete la terminación del proceso por abandono, siempre que acredite su interés, la existencia del proceso el 6 de noviembre de 1985 en el Consejo de Estado y su desaparición".

Artículo 2º, numeral 2: "Vencido el término fijado en el inciso anterior sin que se haya formulado solicitud de reconstrucción, cualquier parte interesado podrá solicitar al Consejero que haya conocido últimamente del negocio que decrete tanto la deserción del recurso de apelación como la ejecutoria de la sentencia, agregando a la solicitud copia auténtica de la sentencia de primera instancia y constancia del Tribunal Administrativo respectivo sobre la concesión del recurso, la fecha del envío del expediente y sobre la circunstancia de que el proceso no ha regresado".

Artículo 9º: "Las Salas podrán autenticar las copias de las sentencias por ellas adoptadas y que se encontraban en proceso de notificación, aclaración o salvamento de voto".

Tampoco se halla dicho término en las demás normas pertinentes: Artículo 3º; artículo 4º, literales A, B y C; artículo 6º; artículo 9º.

2º *Condiciones probatorias de la solicitud.*

Por regla general, son pocas. Así, en el caso concreto, suponiendo que, como es probable, no apareciera la sentencia de la Sala Plena, bastaría agregar a las pruebas aportadas, entre las cuales viene la sentencia de la Sección, la prueba de que la reconstrucción del recurso no fue solicitada por la recurrente dentro de los 30 días previstos por los artículos 6º y 4º (literal B).

3º *Destinatario de la solicitud.*

El decreto repite a cada paso que la solicitud debe dirigirse al último Consejero que haya conocido del proceso. El apoderado del peticionario indica reiteradamente que el ponente de la Sección fue el señor Consejero Mario Enrique Pérez y el del recurso de súplica el señor Consejero Reynaldo Arciniegas. No hay oscuridad alguna sobre esto en la solicitud. Pero sí la dificultad de que ésta fue dirigida al señor Consejero Pérez. El apoderado no explica la causa. Sin embargo, la equivocación que cometa un solicitante en la escogencia del señor Consejero destinatario no está erigida en causal de nulidad ni de ineficacia de la solicitud, máxime cuando el destinatario no puede ser sino uno entre dos claramente designados. Con tal escogencia sucede lo mismo que con la adjudicación a una Sección de la Sala Contenciosa de algún proceso que corresponda a otra Sección: Es equivocación irrelevante.

*C. El caso de autos.*

1º *La finalidad perseguida.*

La redacción de la solicitud habla de reconstrucción del proceso, de ejecutoria de la sentencia de la Sección y de sustitución de la sentencia de súplica, todo lo cual revela, o que la petición es insegura, o que envuelve varias solicitudes subsidiarias: Reconstrucción y notificación de la sentencia que resolvió la súplica; en su defecto, deserción del recurso de súplica y ejecutoria de la sentencia de la Sección; o, a más no poder, reconstrucción del proceso entero. Y la Sala Plena no ve que tal acumulación subsidiaria sea prohibido o improcedente (salvo la petición de reconstrucción total del proceso, por inútil). En todo caso, un fin lícito, ceñido a la letra y al espíritu del decreto, está palmariamente manifestado en la solicitud, y es el de que el Consejo de Estado reitere al actor el derecho que ya le reconoció al dictar la sentencia de la Sección. El conjunto de la solicitud debe interpretarse y resolverse con arreglo a tal fin.

2º *El trámite apropiado.*

Debe el señor Consejero Arciniegas, quien ha sido indicado como ponente del recurso extraordinario de súplica, dar a la Superintendencia de Control de Cambios el traslado previsto en el numeral 10 del artículo 1º del Decreto, con el único propósito de que ella agregue a este expediente la copia, así sea informal, de la sentencia dictada según el actor en el recurso de súplica, si acaso la tiene en su poder, la cual será sometida luego a los trámites de autenticación y notificación.

En caso negativo, previa constancia de la Secretaría del Consejo sobre que la Superintendencia no promovió la reconstrucción de ese recurso extraordinario, si así fue, debe el mismo señor Consejero aplicar el trámite de autenticación de la sentencia de la Sección, deserción del recurso extraordinario y declaración de estar ejecutoriada la sentencia de la Sección.

*VI. Decisión:*

Por lo dicho, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, resuelve:

1º Revocar el auto recurrido.

2º Disponer que el señor sustanciador de la solicitud imprima a esta el trámite tendiente a obtener de la demandada copia de la sentencia proferida según el actor en el recurso extraordinario de súplica, y luego el trámite de su autenticación y notificación, y si ello fuere imposible, prosiga con la de autenticación de la sentencia de la Sección, deserción del recurso extraordinario de súplica y declaración de hallarse ejecutoriada la sentencia de la Sección.

Notifíquese.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha nueve de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

*Samuel Buitrago Hurtado,* Presidente; *Aydée Anzola Linares, Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Carlos Betancur Jaramillo, Gaspar Caballero Sierra, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Enrique Low Murtra, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango,* Ausente; *Joaquín Vanín Tello, Miguel Betancourt Rey.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario.

*RECONSTRUCCION DEL PROCESO Y/O NUEVA DEMANDA.*

*1º (Decreto 3825 de 1985). Creación.*

*2º Demanda nueva. Exigencia implícita: Que sean las mismas demandantes.*

*3º Demanda nueva. Ley procesal que debe regirla. "LA NO CADUCIDAD".*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., veintinueve de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*
Referencia: Radicación número 1336. Actor: Doctor Alfonso Arango Henao. Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—.

El Tribunal Administrativo de Nariño, en providencia calendada el día cuatro (4) de julio de mil novecientos ochenta y seis (1986) dispuso el envío del proceso del rubro al Consejo de Estado por considerar que era incompetente para conocer del asunto, por las razones que en el citado proveído se precisan. Entre ellas la Sala Unitaria destaca la siguiente valoración jurídica:

"Resulta sin embargo y el Tribunal así lo cree, que esta regla general de competencia que acabamos de comentar, no puede aplicarse en casos como el presente, dada la circunstancia de que aquí, no estamos ante una primera demanda como debe entenderse en sentido estricto la mentada ley, sino ante la oportunidad de volver a rehacer el pleito, presentando otra demanda si no quiere reconstruir el proceso. Pues, si la dicha reconstrucción se ha de operar o tramitar ante la misma Corporación que venía conociendo del proceso (Consejo de Estado), no hay razón alguna que justifique que la nueva demanda deba dirigirse ante una entidad diferente, como en este caso sería el Tribunal Administrativo de Nariño. Y es que, cuando el mentado artículo 1º, parágrafo único del Decreto 3825 de 1985, habla de que el demandante podrá optar o por la reconstrucción o la formulación de otra demanda, está significando que cualquiera de esas oportunidades debe hacerse valer ante el mismo funcionario que venía conociendo del proceso; pues, de no ser ese el alcance de la disposición, fácil le hubiera quedado explicar al ejecutivo que dictó el dicho decreto, que sólo la reconstrucción se tramitará ante el honorable Consejo de Estado y que las nuevas demandas serán formuladas ante los Tribunales Seccionales. Su silencio al respecto equivale a decir, que tanto la reconstrucción como la demanda nueva deben tramitarse ante la Corporación que venía conociendo el dicho proceso.

"Pero hay algo más: El Despacho en mención no podía hablar de que otra Corporación distinta al honorable Consejo de Estado conozca de la nueva demanda, porque ello implicaba contrariar el principio contenido en el artículo 266 del actual Código Contencioso Administrativo, cuando terminantemente expresa que: "Los procesos existentes eran de única instancia ante el Consejo de Estado y que según este Código deben tener dos, seguirán siendo conocidos y fallados por dicha Corporación". Lo que quiere decir, que bajo ningún pretexto el honorable Consejo de Estado puede perder competencia para conocer de un proceso que por mandato de la norma antes transcrita, debía seguir conociendo y fallarlo a raíz de haberse puesto en vigencia el nuevo estatuto procesal administrativo. Y es que, entendamos, que el Decreto 3825 no se dictó con el ánimo de quitarle trabajo al honorable Consejo de Estado y pasarlo ante las Corporaciones menores, sino para dar oportunidad a los demandantes de que rehagan o reconstruyan los procesos de que conocía el Consejo de Estado en única instancia y que fueron destruidos por los sangrientos hechos del Palacio de Justicia, partiendo lógicamente del punto de vista de que se trataba de procesos iniciados con anterioridad a la vigencia del Código Contencioso Administrativo y que la nueva ley no había querido que sean fallados sino por la máxima autoridad de la jurisdicción contencioso administrativa.

*Se considera:*

El aspecto jurídico que llevó al Tribunal Administrativo de Nariño a tomar la decisión en comento ha sido ya objeto de estudio y definición por parte de esta Corporación. Así, en providencia de 24 de julio de 1986, expediente número 4849. Contratos. Actor: Sociedad Aguirre Monroy y Asociados Ltda., ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo se dijo:

> "El Decreto 3825 de 1985 se dictó para facilitar la reconstrucción de los procesos desaparecidos durante los hechos del 6 y 7 de noviembre último, en el Palacio de Justicia. Vale decir, para reconstruir los procesos que estuvieran a su conocimiento, bien en única o segunda instancia o en trámite de algún recurso extraordinario; y se subentiende que la reconstrucción tenía que ser ante el Consejo de Estado, puesto que los asuntos eran de su competencia.
>
> "Pero quiso el legislador dejar la opción de presentar nueva demanda con la exigencia implícita de que sean los mismos demandantes. Fue consciente de que en muchos eventos era más fácil esta salida y ni siquiera exigió que fuera la misma.
>
> "Y no habría discusión si las competencias que imponían la única instancia ante el Consejo de Estado en asuntos de reparación directa y contractuales, por ejemplo, no hubieran variado. Pero sucedió que el Decreto 01 de 1984 las volvió, con la única excepción de las controversias de nulidad absoluta de los contratos nacionales, de única o primera instancia ante los Tribunales administrativos.

"De aceptarse la tesis del recurrente habría que entender que ese Decreto 3825, en su parágrafo del artículo 1º modificó los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo. Esta interpretación no tiene asidero legal alguno. La nueva demanda (no la misma) tiene que someterse a la ley procesal que rija al momento de su presentación. En tal forma que si en ésta se exigen otros requisitos, tendrá que llenarlos; como si se imponen otros factores de competencia tendrá que acatarlos.

"La no caducidad en el evento de la nueva demanda, es una ventaja y es apenas el reconocimiento de que ya oportunamente se había instaurado la acción. Pero no tiene otro alcance y menos el de hacer inoperantes las normas procesales que se dictaron después de la presentación de la demanda original.

"Si no se hubiera excepcionado lo de la caducidad no habría tenido operancia alguna la opción de la nueva demanda".

La filosofía jurídica anterior se mantiene, lo que explica que por la Sala se disponga el envío del proceso al Tribunal de origen para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Unitaria,

*Resuelve:*

a) Declararse incompetente para conocer del presente negocio en única instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia;

b) Como consecuencia de la declaración anterior, se dispone el envío del proceso al Tribunal de origen una vez que haya quedado ejecutoriado el presente auto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Julio César Uribe Acosta.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

# TITULO XIII

## CUESTIONES PROCESALES

*RECURSO DE APELACION. SUSTENTACION (art. 213 del Decreto 01 de 1984): DESERCION.*

*Un recurso sustentado* AB INITIO *al interponerse ante el juzgador* a quo, *debe entenderse también sustentado ante el* ad quem *y por tanto, no hay lugar a que se produzca la DESERCION del mismo si aquello no sucedió en la precisa oportunidad de dicha disposición. SUSTENTACION ANTICIPADA.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.*— Bogotá, D. E., tres de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Simón Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 42. Actores: Carlos Lugo Charry y otra (Sociedad Clubes Turísticos).

Se decide el recurso de súplica interpuesto en oportunidad legal por la parte actora y por el honorable Fiscal Primero ante esta Corporación contra el auto de 13 de mayo de 1986 dictado por el Consejero ponente durante la segunda instancia y por el cual se declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte primeramente mencionada contra el auto inadmisorio de demanda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

*Antecedentes:*

Mediante providencia de 3 de octubre de 1985 el Tribunal inadmitió la demanda presentada por el ciudadano Carlos Lugo Charry y la Sociedad Clubes Turísticos Ltda. que persigue la nulidad de Resoluciones dictadas por el Comité de Rifas, Juegos y Espectáculos de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, D. E. y por el Alcalde de ésta.

Oportunamente su apoderado interpuso el recurso de apelación contra dicho proveído que sustentó allí mismo (fls. 80 a 82).

Así que el asunto fue repartido en la Sección Primera de esta Corporación al Consejero que debía conocer de dicho recurso. Este en cumplimiento del trámite de apelación de autos admitió la alzada y corrió traslado al apelante por el término de tres (3) días para que lo sustentara, de conformidad con el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo.

*El auto suplicado:*

El Consejero sustanciador mediante providencia de 13 de marzo de 1986 declaró, como se dijo, desierto el recurso de apelación antes mencionado y para ello se fundó en el texto literal del artículo 213 del Código Contencioso Administrativo y sobre el cual hizo las siguientes consideraciones:

"Es pues clara y categórica la reglamentación en estudio, en el sentido de que es muy diferente la tramitación del recurso de apelación de autos al de las sentencias, pues al paso que tratándose estas últimas el artículo 213 de la obra citada permite en su inciso segundo la sustentación en el momento mismo de interposición del recurso, en el evento de apelación de autos su sustentación debe verificarse exclusivamente ante el superior y en la segunda instancia, a fin de dar a la parte contraria oportunidad de conocer del respectivo escrito y, si lo desea, referirse a él.

"Y no se diga que por analogía podría entenderse que también es admisible la sustentación de la apelación de autos en primera instancia. El contenido del artículo 213 en comento no presenta vacío alguno que deba ser llenado con otra norma que regule casos análogos y además el carácter de orden público de las normas procedimentales (art. 6º del C. de P. C.), no permite soslayar en forma alguna su estricta aplicación.

"No habiéndose pues sustentado el recurso de apelación en estudio como lo manda la ley, es imperativo declararlo desierto, con las demás consecuencias previstas en la disposición en estudio".

*El recurso de súplica de la parte actora:*

Lo sustenta en las siguientes razones, para pedir la revocación del auto suplicado.

1. Al proponerse el recurso de apelación contra el auto admisorio de la demanda se adujeron las razones de discrepancia correspondientes, así que estas son "el soporte del propio recurso".

2. "Analizando el conjunto de las normas procesales" (sic) como son (sic) la Ley 2ª de 1984 en armonía con el nuevo Código Contencioso Administrativo se encuentra que el espíritu del legislador no es hacer más engorrosa la administración de justicia sino que siempre que se formule una alzada "esta vaya acompañada de las razones por las cuales se propone".

En el caso *sub lite* la apelación se sustentó antes de tiempo.

*El recurso de súplica del Fiscal Primero:*

En pro de la invalidación del auto suplicado arguye lo siguiente:

1. El artículo 213 del Código Contencioso Administrativo sobre apelación de autos regula dos clases de autos, a saber: El de suspensión provisional que se resuelve de plano y los demás autos susceptibles del recurso en cuestión.

La parte final de dicha norma que dice: "Si no se sustentare el recurso se declarará desierto y ejecutoriada la providencia objeto de la apelación" es de contenido general y "...cobija tanto al auto de suspensión provisional como a los demás autos susceptibles de apelación", pero no especifica clara y categóricamente que la sustentación del recurso "debe verificarse exclusivamente ante el Superior y en la segunda instancia" pues ello "sería tanto como revocar el conocimiento y resolución de plano de los autos de suspensión provisional que regla al inicio del artículo".

Recuérdese que la Ley 167 de 1941 no reguló la apelación de autos así que por remisión se aplicaba el artículo 359 del Código de Procedimiento Civil, cuyo texto completo quedó insertado en el artículo 213 del nuevo Código Contencioso Administrativo, anteponiéndosele la salvedad en los casos de suspensión provisional y añadiéndosele al final lo relativo a la sanción de deserción si no hubiere sustentación.

Debe darse aplicación al artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, por aplicación analógica, de conformidad con el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo ya que los aspectos relacionados con la oportunidad y requisitos de la apelación no fueron regulados por el Nuevo Estatuto Procesal Administrativo, "en cuyo caso, el recurso en estudio debe ser estudiado en el fondo".

Por último, el espíritu del artículo 213 del Código Contencioso Administrativo "es esencialmente el de no dejar sin oportunidad procesal a la contraparte de analizar y controvertir las tesis y los argumentos del apelante".

*Consideraciones de la Sala:*

1. La cuestión que se debe dilucidar se contrae a definir si la única oportunidad de sustentar un recurso de apelación de autos es ante el superior y dentro del trámite contemplado en el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo.

2. El artículo 213 del Código Contencioso Administrativo es del siguiente tenor:

> "Salvo el auto de suspensión provisional, cuya apelación se resolverá de plano por el superior, el trámite de la segunda instancia de los autos susceptibles de este recurso, será el siguiente: Admitido el recurso se dará traslado al recurrente por tres (3) días para que lo sustente. El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría a disposición de la parte contraria por otros tres, contados a partir del vencimiento del primer traslado; si ambas partes apelaren, los términos serán comunes. Si no se sustentare el recurso, se declarará desierto y ejecutoriada la providencia objeto de la apelación".

3. Una interpretación apegada al pie de la letra conduciría a no dudarlo a la exégesis que se sostiene en la providencia suplicada,

esto es, que si no se sustenta el recurso en la oportunidad señalada en el artículo 213, se produciría el efecto de la deserción del mismo.

Mas siendo el Derecho Procesal no un fin en sí mismo, sino un instrumento a través del cual se persigue hacer operantes los derechos sustanciales de las partes del litigio, la interpretación de sus normas deben tener como norte esa orientación, cual lo pregona cabalmente el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil sobre "interpretación de las normas procesales", al decir que:

> "Al interpretarse 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".

Así que dentro de este claro espíritu hermenéutico bien puede entenderse, como lo hace la Sala, porque a ello no se opone el artículo 213 comentado, que un recurso sustentado *ab initio* al interponerse ante el juzgador *a quo*, debe entenderse también sustentado ante el *ad quem* y por tanto, no hay lugar a que se produzca la deserción del mismo si aquello no sucedió en la precisa oportunidad de dicha disposición.

Es decir que la sustentación anticipada debe entenderse como válida y como parte integrante y complementaria de la otra sustentación prevista en el artículo 213 y por tanto generadora de los efectos jurídicos correspondientes.

Del mismo modo, si en tratándose de apelación de sentencias (acto de terminación normal del proceso) se puede sustentar el recurso al mismo tiempo de su interposición (art. 212 del C. C. A.), qué mejor que admitir igual abreviación de procedimiento respecto de apelación de autos, que no tienen la misma trascendencia de aquellas y que por tanto no merecen trámite más dilatado.

Así no se le cercena al apelante, que antes por el contrario presentó los argumentos de su recurso anticipadamente, su derecho de disentir e impugnar el auto objeto de la alzada para ver de conseguir su infirmación ante el Superior.

Se permite así que el recurso de apelación como doble grado de competencia funcional, cumpla su cometido.

4. Por último y como observación marginal la Sala no comparte la aseveración de la Fiscalía en el sentido de que si no se sustenta la apelación del auto de suspensión provisional se declarará desierto el recurso, ya que precisamente el artículo 213 dejó a salvo de ello a esas providencias especiales de suspensión.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Decisión de lo Contencioso Administrativo (Sección Primera).

Revoca el auto suplicado y dispone en su lugar que el Consejero ponente debe entrar a estudiar y decidir el recurso interpuesto contra

el auto inadmisorio de la demanda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de diecinueve (19) de junio de mil novecientos ochenta y seis (1986).

*Simón Rodríguez Rodríguez, Miguel Betancourt Rey, Guillermo Benavides Melo.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*PROCESOS RELATIVOS A CONTRATOS Y DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO. Puede darse la terminación de ellos por TRANSACCION, siempre que se cumplan las mismas formalidades que el propio artículo 218 del Código Contencioso Administrativo exige para el allanamiento.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., ocho de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4839 (104). Actor: "M. P. S. Ltda.". Incidente de nulidad de lo actuado.

Se decide el incidente de nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia a partir, inclusive, de la providencia de fecha 3 de abril del año en curso proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, propuesto por la parte actora.

*I. La actuación impugnada:*

1. Mediante escrito de fecha 16 de enero de 1986 los apoderados judiciales de las partes, a saber: La firma "M. P. S. Ltda." como demandante y el Instituto de Seguros Sociales —ISS— como demandado, solicitaron al Magistrado ponente en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que reconociera la transacción del pleito, de conformidad con documento firmado por los representantes legales de las partes contendientes, que adjuntaron a su petición, "a fin de que produzca todos los efectos legales pertinentes de conformidad con el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil" y a efectos de que una vez ejecutoriado el auto que aceptase la transacción y declarase terminado el proceso, se procediera al desglose del documento contentivo del contrato de transacción y a la expedición de copia auténtica de dicho auto (fls. 37 a 41, cuaderno Nº 1).

2. Mediante providencia fechada el 3 de abril de 1986, la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió "en forma de sentencia" la solicitud de las partes, pues interpretó el inciso final del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo que permite la terminación por transacción de los procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento "con las mismas formalidades anteriores", en el sentido de que "al igual que en el evento de allanamiento en la transacción se deberá dictar sentencia". Acto seguido el *a quo* se adentró en el estudio del contrato de transacción firmado por los representantes legales de las partes enfrentadas en la

litis y tras reconocer el cumplimiento pleno de los requisitos de forma que la ley exige, encontró el contrato ajustado a las normas sustanciales, salvo en cuanto al reconocimiento en favor de la sociedad actora de intereses corrientes entre el 28 de septiembre de 1984 y el 3 de abril de 1986, fecha de la providencia que se reseña. En consecuencia, en la parte resolutiva de su providencia el Tribunal dispuso aprobar la transacción celebrada entre las partes, a excepción del reconocimiento de intereses corrientes; ordenó la actualización del valor de la obligación principal en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, suma sobre la cual mandó reconocer intereses corrientes a partir de la fecha del proveído y hasta el día en que el pago se verifique; se abstuvo de condenar en costas; decrtó el desglose de los documentos y las copias solicitadas por las partes y, por último, impuso consultar su providencia ante esta Corporación si ella no fuese apelada.

3. Repartido el asunto al suscrito Consejero, mediante auto de fecha 29 de abril último se ordenó el traslado previsto por el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo y el 28 de mayo próximo pasado se dio traslado al Ministerio Público. Ni las partes ni la señora Fiscal colaboradora alegaron dentro de los respectivos términos del traslado, pero la Procuradora judicial de la parte demandante, en escrito de fecha 5 de junio último, solicita se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia consultada, inclusive, petición que dio lugar al trámite incidental que ahora se decide.

*II. Fundamentos de la nulidad propuesta:*

Considera la impugnación que de conformidad con el artículo 218 del Código Contencioso Administrativo, existen dos formas extraordinarias o anormales de terminar los precesos relativos a contratos o de reparación directa y cumplimiento: El allanamiento a la demanda y la transacción. Agrega que cada una de tales formas tiene naturaleza propia y produce efectos diferentes, por lo cual no pueden confundirse; que como en el caso de autos se dio a la transacción celebrada por las partes el tratamiento propio del allanamiento a la demanda, ello significa que al proceso se le ha dado "un encausamiento inadecuado y que, por tanto, se requiere la declaratoria de nulidad de lo actuado para enmendar el procedimiento a seguir, toda vez que se ha dictado una sentencia, se ha ordenado su consulta y se ha tramitado la misma como si se tratara de un caso de allanamiento, cuendo (sic) en verdad ha debido simplemente verificarse por el juez de instancia la existencia de autorización previa para transar y luego impartir aprobación mediante auto que pusiera final al proceso" (fls. 59-60, cuaderno Nº 1). Por ello, dice, se da en este caso la causal de nulidad prevista en el numeral 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en esta jurisdicción por remisión expresa que hace el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo.

*III. Consideraciones:*

1. De conformidad con el inciso final del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número

1 de 1984, en los procesos relativos a contratos y en los de reparación directa y cumplimiento puede darse la terminación de ellos por transacción, siempre que se cumplan las mismas formalidades que el propio precepto exige para el allanamiento a la demanda.

Las "formalidades" a que la norma en comentario se refiere no están constituidas por la providencia que aprueba el allanamiento o reconoce la transacción válidamente celebrada, como lo creyó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la decisión de cuya nulidad se trata, sino por la autorización previa que en cada caso requerirán la Nación y las demás entidades públicas distintas de las sociedades de economía mixta y de las empresas industriales y comerciales del Estado. Aquella, en efecto, deberá contar con el previo visto bueno del Gobierno Nacional; los establecimientos públicos del orden nacional, con la aquiescencia expresa y escrita del correspondiente Ministro o Jefe de Departamento Administrativo a cuyo despacho se encuentre adscrito; el Departamento, con la autorización del Gobernador y el Municipio, con la venia y consentimiento del Alcalde respectivo.

2. Por otra parte, si bien tanto el allanamiento como la transacción constituyen modos excepcionales de poner término al proceso, entre uno y otro median diferencias sustanciales que impiden asimilarlos. Basta considerar, en efecto y por vía de ejemplo, que el allanamiento es, como el desistimiento, un acto jurídico procesal unilateral, mientras que la transacción es un negocio jurídico bilateral de derecho sustancial, carente de carácter procesal si bien sus consecuencias o efectos se extienden a un proceso en curso, si de la denominada "transacción judicial" se trata, es decir, cuando las partes que la celebran tienen en miras la terminación extrajudicial de un litigio pendiente. Dado que el allanamiento consiste en la admisión de las pretensiones y los hechos de la demanda, cuando él se presenta el juez debe dictar sentencia "ya que la aceptación de los hechos constituye prueba suficiente para pronunciarla en sentido estimatorio", según expone Morales Molina (cf. Curso de Derecho Procesal Civil, Tomo I, 9ª Ed., 1985, pág. 349). En cambio, la transacción válidamente celebrada produce el efecto de cosa juzgada en última instancia (C. C., art. 2483), esto es, equivale en cuanto a sus efectos se refiere, a sentencia judicial basada en autoridad de cosa juzgada al más alto nivel jurisdiccional, de donde se infiere que el juez o magistrado ante el cual se presenta por las partes que la hayan celebrado carece de atribuciones para fallar sobre los extremos comprendidos dentro del contrato de transacción.

3. Es cierto que el juez debe conocer la transacción que las partes enfrentadas en el litigio hayan celebrado para examinarla y estar en condiciones de calificarla, pero su actividad en tal análisis se limita, de una parte, a verificar si el derecho es transigible y, de otra, a constatar que las partes que la han convenido son capaces de transigir y que los personeros de ellas tienen facultades para transigir. Pero como enseña Morales Molina "nada tiene que interferir al juez sobre el fondo mismo de la transacción ya que no va a componer el litigio ni, por tanto, a aplicar las normas adecuadas para ello, pues son las partes dentro de su soberanía y mediante las renuncias mutuas quienes lo hacen, como dice la Corte" (Op. Cit., pág. 464).

4. En el caso *sub exámine* el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no sólo interpretó equivocadamente, según se vio, el inciso final del artículo 218 del Código Contencioso Administrativo cuando estimó que frente a la transacción celebrada por los representantes legales de las partes contendientes debía terminar el proceso mediante sentencia, como si de allanamiento a la demanda se tratara, sino que al calificar la transacción válidamente celebrada como quiera que fue previamente autorizada por el Ministro de tutela (fl. 40, cuaderno Nº 1), falló sobre el fondo mismo de la transacción, desconociendo los efectos de cosa juzgada que la ley atribuye al citado contrato. Y como consecuencia de tales yerros, ordenó el Tribunal la consulta de su sentencia, induciendo en error a este Despacho que dio trámite al grado de jurisdicción por consulta no siendo procedente, todo lo cual configura las causales de nulidad procesal de lo actuado establecidas por los numerales 2º y 4º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil a partir de la providencia de fecha 3 de abril de 1986 proferida por la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como así habrá de declararse.

5. En cumplimiento de lo dispuesto por el inciso final del artículo 158 del Código de Procedimiento Civil, la actuación que habrá de renovarse está constituida por la decisión que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca deberá proveer sobre la solicitud formulada por los apoderados de las partes, visible al folio 37 del cuaderno principal para lo cual tendrá en cuenta el contrato de transacción y sus anexos acompañados a ese escrito, previo examen de los aspectos a que se refiere el numeral 3º anterior.

*IV. Decisión:*

En mérito de las consideraciones que anteceden, esta Sala Unitaria *resuelve:*

*Primero. Declarar la nulidad de lo actuado* en el presente asunto a partir, inclusive, de la providencia de fecha tres (3) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986) dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

*Segundo.* El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Sala Unitaria, resolverá el memorial suscrito por los apoderados de las partes visible al folio 37 del cuaderno principal previo examen de los aspectos a que se refiere el numeral 3º de la parte considerativa de esta providencia.

*Tercero.* Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

*Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*EXCEPCIONES PREVIAS. No todas las excepciones previas constituyen causales de nulidad, y las que no lo sean (compromiso, inepta demanda, pleito pendiente, cosa juzgada, transacción, prescripción, caducidad) no deben tramitarse como incidente, sino que las mismas se deben decidir en la sentencia.*

*INCIDENTE DE NULIDAD. Tramitación equivocada, tipifica una simple IRREGULARIDAD.*

*NULIDAD POR INDEBIDA REPRESENTACION.*

*Sólo puede ser alegada por la persona afectada.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Radicación número 4778. Apelación del auto de 25 de julio de 1985, proferido por el honorable Tribunal Administrativo del Valle. Actor: Josué Hurtado Duque y otros.

**I**

Agotada la tramitación de ley, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES), contra los numerales 1º y 3º del auto proferido por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle el día veinticínco (25) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985), que decidió respecto de las causales de nulidad invocadas por el referido procurador judicial. Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación el texto de la providencia impugnada, en lo pertinente:

"El representante judicial del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES— ha propuesto ante el despacho una nulidad procesal, por cuanto el interés que le asiste es ser esta entidad demandada en el proceso.

"Al respecto manifiesta:

"2.1. Las nulidades procesales civiles son precisamente enumeradas en el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 152.

"2.2. Las excepciones previas civiles son precisamente enumeradas en el Código de Procedimiento Civil, en el artículo 97.

"2.3. Las nulidades procesales contencioso administrativas son las señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, por traslado de normas previsto en el artículo 165 del Código Contencioso Administrativo.

"2.4. Código Contencioso Administrativo, artículo 163: 'Los hechos que constituyen excepciones previas en el proceso civil no tendrán formulación incidental dentro del contencioso administrativo; pero podrán alegarse como motivos de nulidad, como excepciones de fondo y aún como razones para recurrir' (C. C. A., art. 163).

"2.4.1. Si en el proceso contencioso administrativo se argumentan como excepciones previas algunos hechos, que también lo sean en el proceso civil, estos no tendrán en aquél formulación incidental.

"2.4.2. Si en el proceso contencioso administrativo aparecen hechos que constituyen excepciones previas en el proceso civil, 'podrán alegarse como motivos de nulidad' en aquél.

"Código Contencioso Administrativo, artículo 163: Excepciones previas. Los hechos que constituyen excepciones en el proceso civil... podrán alegarse como motivos de nulidad (C. C. A., art. 163).

"En virtud de la previsión excepcional consagrada en el artículo 163 del Código Contencioso Administrativo, todos los hechos que constituyan excepciones previas en el proceso civil, pueden tratarse como nulidades en el proceso contencioso administrativo.

*"3. Causal de nulidad invocada.*

"Es la del inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.

"También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción, prescripción y caducidad".

*"Los hechos en que se funda.*

"4.1. Consideración previa. El año calendario comienza el 1º de enero y concluye el 31 de diciembre; el 1º de enero siguiente se inicia un segundo año calendario que concluirá el 31 de diciembre; y el 1º de enero siguiente, se iniciará un tercer año calendario.

"4.2. La tragedia origen de la demanda se ocasionó el 17 de noviembre de 1982.

"4.3. La demanda fue presentada el 17 de noviembre de 1984 (fl. 63 vto. del expediente).

"4.4. Este tipo de acciones 'caducarán al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho' (C. C. A., art. 132, inciso 4), o sea, en el caso, a partir del momento de las muertes de los señores Fulvio César Hurtado Arcila, Pedro Nel Domínguez y Luis Carlos Domínguez. No al día siguiente, pues los hechos producen efectos inmediatos. Así, no se cuentan el nacimiento, la muerte o el matrimonio desde el día siguiente de su ocurrencia; ni la posesión del Presidente, el Magistrado o el empleado, desde el otro día de su posesión.

"4.5. El 17 de noviembre de 1982 empezó a transcurrir el primer año de las muertes.

"—El 16 de noviembre de 1983 se completó ese primer año.

"—El 17 de noviembre de 1983 empezó a transcurrir el segundo año de las muertes.

"—El 16 de noviembre de 1984 se completó ese segundo año.

"—El 17 de noviembre de 1984 empezó a transcurrir el tercer año de las muertes, y en ese día, se intentó la demanda, fuera del término.

"*5. La petición.*

"Por las razones dadas *pido* sea declarada la nulidad de todo el proceso número 13541, a partir del auto admisorio de la demanda; y que, en su lugar, el Magistrado ponente la curse a la Sala Plena para su rechazo *in límine.*

"Como se puede apreciar se trata de un juicio especial en el cual se debate una acción de reparación directa y cumplimiento contra la Nación, el Municipio de Cali y el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES— por perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte de Fulvio César Hurtado Arcila y otros, ocurrida en el Estadio Pascual Guerrero de Cali, el 17 de noviembre de 1982.

"Se pretende por parte de dicho profesional sostener que la caducidad se ha operado por cuanto se ha debido instaurar la acción dentro de los dos años siguientes.

"Esta tesis fue alguna de las interpretaciones dadas por algunos Tribunales Administrativos del país, pero ello no es así, por cuanto la figura jurídica de la caducidad se rige en su término por la ley vigente en el momento de la ocurrencia del hecho u operación.

"Los hechos que dieron origen a la demanda, como ya vimos en acápites anteriores ocurrieron en la ciudad de Cali el día 17 de noviembre de 1982, es decir, cuando el término de vigencia de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la Administración, era de tres años al tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964. Para ello basta ver la norma 'la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la Administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente'.

"Por su parte, el inciso 4º del artículo 136 del Decreto 01 de 1984, o actual Código Contencioso Administrativo, establece que la acción de reparación directa y cumplimiento y de la definición de competencia 'caducarán al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir de la producción del acto o hecho'.

"Sostuvo el Magistrado Cano García en un caso similar:

"Evidentemente, no se ha presentado un tránsito de legislación que no fue regulado íntegramente por el nuevo código, pues en el

artículo 266 del mismo únicamente se contempla lo relacionado con 'los procesos iniciados antes de la vigencia del presente estatuto', pero se guardó silencio respecto a la ley aplicable y al término de caducidad para los hechos, actos u operaciones ocurridos antes del 1º de marzo de 1984, cuyas demandas no se habían instaurado. Y creo que el código guardó silencio en este aspecto porque se partió del principio de que la ley no puede tener efecto retroactivo porque, además, existen normas generales que regulan estas situaciones.

En efecto, el artículo 1º de la Ley 153 de 1887 consagra que: "Siempre que se advierta incongruencia en las leyes u ocurra oposición entre ley anterior y ley posterior, o trate de establecer el tránsito legal de derecho antiguo o derecho nuevo, las autoridades de la República y especialmente las judiciales, observarán las reglas contenidas en los artículos siguientes'.

"El artículo 5º de la misma Ley 153 establece que: 'Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica jurídica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes'.

"Y el artículo 8º de la ley en cita consagra que:

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional las reglas generales de derecho.

"El artículo 40 de la Ley 153 *ibídem* preceptúa que:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben 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.

"El artículo 41 de la Ley 153 de 1887, dice que:

" 'La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique podrá ser regida por la primera o la segunda a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir' (Auto de agosto 24 de 1982, Consejero ponente: Eduardo Suescún Monroy).

"Aplicando los anteriores principios al caso de autos, pues repito, el nuevo código no reguló el tránsito de legislación en este aspecto, se sacan las siguientes conclusiones:

"1ª Para los hechos u operaciones ocurridos o realizados antes del 1º de marzo de 1984, el término de caducidad es de tres años, respetando el principio de que cuando entró a regir el nuevo código ese término ya estaba corriendo.

"2ª El término de los dos años contemplado en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se aplica a los actos o hechos ocurridos a partir del 1º de marzo de 1984 y no a los anteriores, porque la ley no puede tener efecto retroactivo.

"Para sustentar los puntos sucintamente expuestos, basta transcribir lo expuesto por el honorable Consejo de Estado en sentencia del 20 de agosto de 1983 (Consejero ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar), expediente número 4075 que en su parte pertinente dice:

"Principio de la no retroactividad de la ley. Asunto íntimamente vinculado con el de los derechos adquiridos es el de la no retroactividad de la ley, principio que consiste en que una ley no puede gobernar sino a partir de su vigencia los hechos futuros, no siendo aplicable la ley nueva a situaciones que se han perfeccionado bajo el imperio de leyes anteriores en el tiempo. El tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica y la firmeza de las relaciones entre los asociados y de estos con el Estado.

"Sobre el principio de la irretroactividad de la ley ha dicho el Consejo de Estado en sentencia de 3 de octubre de 1968 de la Sección Cuarta que: "Es de la esencia de ésta que sus mandatos rigen la vida futura. Como la ley regula la conducta humana, en principio no puede referirse sino al futuro, aunque su aplicación suponga modificaciones sustanciales de conducta ahora ilegales y antes legítimas. Pero si la ley desconoce o vulnera situaciones jurídicas subjetivas constituidas al amparo de la ley derogada, debe repararse o compensarse el daño que se siga de su aplicación. Ahora bien, este caso es excepcional. Lo corriente es que las nuevas relaciones puedan regularse sin vulnerar las situaciones jurídicas subjetivas. Sólo problemas de gran magnitud social podrán impedir al Legislador adoptar las nuevas reglas de conducta sin infligir daño a las situaciones jurídicas subjetivas válidamente constituidas bajo el imperio de la ley anterior.

" 'Del contexto de la disposición contenida en el inciso 1º del artículo 30 de la Constitución Nacional, se desprende inequívocamente la consagración del principio universal del derecho de la no retroactividad de la ley, pero la misma norma establece una excepción en el campo civil, que permite la aplicación retroactiva de la nueva ley en el caso de conflicto de derecho de los particulares con la necesidad reconocida en la misma ley, cuando ha sido expedida por motivos de utilidad pública o utilidad social. Al respecto expresa el artículo 30 que cuando de las aplicaciones de una ley expedida por motivos de utilidad pública o de interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

" 'Con fundamento en la anterior jurisprudencia, resulta evidente que si se aplica el nuevo código a los hechos u operaciones ocurridos antes de su vigencia, es decir, si se le da efecto a instaurar la acción dentro de los tres años siguientes a la fecha en que presuntamente se le causó el daño. Y no se debe olvidar que la acción es un derecho en favor del ciudadano para obtener la tutela jurídica' (Hasta aquí se recoge salvamento de voto del doctor Javier Cano García. Expediente Nº 13269).

"En consecuencia, establecido que el término vigente entonces era de tres años, debe estarse necesariamente a él dado que una de las excepciones al principio del efecto inmediato de la ley procesal es, justamente, la relativa a los términos que hubieren comenzado a correr (art. 266 del C. C. A.).

"Como en este caso el plazo para accionar comenzó a correr —dada la ocurrencia de los hechos— con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo los demandantes tenían tres años para acudir ante la jurisdicción. Esta tesis fue reiterada en auto de marzo 21 del año que se calenda por el honorable Consejo de Estado.

"No prosperará este cargo, ya que en el caso *sub júdice*, los hechos narrados en la demanda ocurrieron en el mes de noviembre de 1982, el término para instaurar la acción era de tres años, o sea, vencían en el mes de noviembre de 1985, y como la demanda se presentó el 17 de noviembre de 1984, no había ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

"También solicita la nulidad por indebida representación de las partes, y manifiesta lo siguiente:

"*2. Causal de nulidad invocada.*

"1. Es la número 7 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil:

"El proceso es nulo...

"*Cuando es indebida la representación de las partes, tratándose de apoderados judiciales* esta causal sólo *se configura por carencia total de poder para el respectivo proceso.*

"*3. Hechos.*

"3.1. La poderdante Enith Velasco de Domínguez en su propio nombre y en representación de sus hijos Elizabeth Domínguez Velasco y Nelson Domínguez Velasco, confirió poder a los doctores Teresa Zapata C. y Rosa Molina Salinas, para demandar solamente a la Nación. No para demandar al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES—.

"3.2. La poderdante Mercedes Domínguez Velasco confirió poder a las doctoras Teresa Zapata C. y Rosa Molina Salinas para demandar solamente a la Nación. No para demandar al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES—.

"3.3. En el expediente obran los poderes otorgados por la parte actora descrita en los hechos 1.1. y 1.2. de este memorial, que idénticamente dicen:

"Atentamente manifestamos a ustedes que conferimos poder especial pero amplio y suficiente a la doctora Teresa Zapata C. y a la doctora Rosa Molina Salinas...para que en nuestros nombres inicien y lleven hasta su terminación un proceso *ordinario* tendiente a obtener que la Nación nos pague los perjuicios morales y materiales que nos causó la muerte de Luis Carlos D. y Pedro Nel Domínguez..." (Expediente, fl. 1 renglones 10, 11, 14 y 17 a 20 fl. 2, renglones 10, 11, 14 y 17 a 20).

"3.4. Sin haber recibido poder para demandar al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES— la abogada

apoderada presentó demanda contra este Instituto, colocando como actores de la acción a Enith Velasco Mina en su propio nombre y en representación de sus hijos menores Elizabeth y Nelson Domínguez, y a Mercedes Domínguez, y a Mercedes Domínguez Velasco, (sic) quienes le otorgaron poder sólo para demandar a la Nación (Hechos 1.1, 1.2 y 1.3).

"De los hechos anteriores bien se vé que la representante judicial de la señora Enith Velasco Mina y Mercedes Domínguez Velasco de los menores Elizabeth y Nelson Domínguez Velasco, con *carencia total de poder* para demandar al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte —COLDEPORTES— en proceso *ordinario*, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, lo hizo, colocándose con tal actuación, en las condiciones que describe la *causal de nulidad invocada.*

"No obstante estas circunstancias el Magistrado ponente, procedió a admitir la demanda en lugar de cursarla para ante la Sala Plena del Tribunal, para que se actuara conforme al numeral 5º del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil:

"El juez declarará inadmisible la demanda:

"5. *Cuando el poder de quien actúa en nombre de otro no sea bastante*, o el actor la formula por sí mismo en asunto en que deba hacerlo por medio de apoderado.

"Debemos empezar por manifestar que conforme al artículo 157 del Código de Procedimiento Civil, en cualquier estado del proceso, y antes de dictarse sentencia el juez, o magistrado, podrá declarar las nulidades que se observen y que no se hayan saneado.

"Aquí se plantea la indebida representación de las partes o sea la contemplada en el numeral 7º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil por remisión que hace 165 (sic) del Código Contencioso Administrativo.

"Y aquí veremos si se presentan los defectos en la personería adjetiva o en el proceso o sea lo que han llamado los tratadistas la *legitimatio adcausan* y la *legitimatio adprocessun* (sic) que como bien se sabe la primera es un presupuesto material de la sentencia favorable vinculado a la personería sustantiva y la segunda es un presupuesto sobre la capacidad para comparecer al proceso.

"A simple golpe de vista se tiene que esa capacidad para comparecer al proceso no puede confundirse ni con la capacidad para hacer parte ni con la legitimación en la causa como lo ha dicho reiteradamente la jurisprudencia nacional, la causal de nulidad conocida como falta o ilegitimidad de personería reza con la personería adjetiva o indebida representación en el juicio de las partes mas no con lo sustantivo de fondo.

"Así como son figuras diferentes el trato que se les da es igualmente diferente ya que la *legitimatio ad processun* se estudia por el juez al admitir la demanda y la legitimación en la causa, como fenómeno de fondo que es, se evalúa en la sentencia.

"Con estos breves prolegómenos el despacho encuentra en relación con la nulidad planteada lo siguiente:

"Según las constancias y el parentesco en el Código Civil se tiene que Luis Carlos Domínguez Velasco, hijo es quien muere en los hechos de que se habla en las diligencias. Su parentesco se acredita con el acta de nacimiento que corre a folios 5 frente del cuaderno principal y ahí se ve que es hijo de Pedro Nel Domínguez y Enith Mina el cual nace en 1967.

"Obsérvese bien que no se acreditó parentesco en cuanto a éste por cuanto como dijimos el muerto es Luis Carlos Domínguez Velasco hijo de Pedro Nel Domínguez y Enith Velasco según las constancias de folio 10 del cuaderno principal y como vimos en el acápite anterior el de folios 5 sería Luis Carlos Domínguez Mina.

"Pedro Nel Domínguez y María Enith Mina se casan en enero 4 de 1964, según la partida que obra a folio 12 frente.

"A folio 4 aparece una partida notarial de Corinto (Cauca), con Enith Velasco Mina hija de Ana Joaquina Mina la cual es bautizada el 24 de diciembre de 1948 y fue reconocida por Arnulfo Velasco. Esto nos está indicando que le da la calidad de Velasco y no de Mina.

"Ahora bien, ella está reclamando en nombre propio y en el de los menores Elizabeth y Nelson Domínguez Velasco según el poder visible a folio 1 frente.

"Hasta allí estaría bien, pero los niños aparecen según registro de folio 6 frente como Elizabeth hija de Pedro Nel Domínguez y Enid (sic) Mina y Nelson, aparecen según lo que dijimos antes, bien acreditado a folio 11 ya que aparece como de Pedro Nel Domínguez y Enith Velasco.

"Pero el Domínguez como hemos visto no aparece casado con la Velasco, sino con la Mina. De allí que esta persona es distinta a la esposa que aparece a folio 12 frente que sería la que daría el carácter de hijo legítimo si fuera con la Mina, pero ya vimos que es con la Velasco.

"De lo anterior no está acreditado el parentesco entre la reclamante y los hijos y por ende no hay interés para actuar por no acreditar legalmente este parentesco con Luis Carlos Domínguez Mina según el registro de nacimiento.

"Además no es claro el parentesco por cuanto el registro de nacimiento como vimos, y el de defunción no concuerdan con el segundo apellido, y si no se pudo acreditar que esos eran sus hijos, menos quien es el papá o esposo.

"También, si lo hace en calidad de cónyuge, no aparece demostrado pues, según vemos a folios 12 la contrayente fue María Enid Mina que no es la misma Enith Velasco de Domínguez del folio 1, quien contrajo matrimonio con Luis Carlos Domínguez.

"Por los mismos occisos aparecen reclamando Mercedes Domínguez Velasco según poder que obra a folio 2 frente pero a folio 7 frente para acreditar su parentesco ésta figura como hija legítima de Pedro

Nel Domínguez y Enid Sánchez; lo cual no se acredita su carácter de hija legítima con el registro de matrimonio de sus padres y en caso de ser natural debe decirlo así, el acta de nacimiento.

"Estas mismas razones son suficientes para demostrar la falta de interés para actuar que tiene esta persona conforme lo establece el artículo 86 del Decreto 01 de 1984.

"Las anteriores, Enith Velasco y Mercedes Domínguez confiere poder a las doctoras Teresa Zapata y Rosa Molina 'para que en nuestros nombres inicien y lleven hasta su terminación un proceso *ordinario* tendiente a obtener que la Nación...nos pague los perjuicios...'

"A folio 29 frente la doctora Teresa Zapata demanda en nombre de los ya nombrados y además por los reclamantes del fallecido Fulvio César Hurtado Arcila, quienes sí acreditaron su interés para demandar según los registros que obran a folios 21, 22, 23 y 24.

"Como vimos en los poderes se le otorgan para que demanden a la Nación y en la demanda la encamina contra la Nación, el Municipio de Cali y el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, yendo más allá del poder otorgado por los que se dicen beneficiarios por la muerte de los señores Luis Carlos y Pedro Nel Domínguez.

"Esto conlleva a que se declare parcialmente la nulidad, y así lo hará este despacho.

"En consecuencia, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle.

*"Resuelve:*

"1º *No decretar la nulidad* planteada en cuanto a la caducidad de la acción.

"2º *Decretar* parcialmente la nulidad del auto admisorio de la demanda, de fecha diciembre 3 de 1984 en lo que atañe a las peticiones en relación con los occisos, Pedro Nel Domínguez y Luis Carlos Domínguez, por carencia de interés para actuar.

"3º Como consecuencia, de la declaratoria anterior queda en pie en relación con el reclamante Fulvio César Hurtado Arcila.

"4º En relación con las otras excepciones propuestas se decidirán conforme lo establece el artículo 164 del Decreto 01 de 1984 en la sentencia.

"5º Ejecutoriada esta providencia continúese el trámite del proceso".

II

*Sustentación del recurso:*

El impugnante sustentó parcialmente el recurso ante el *a quo*, en los siguientes términos:

"...manifiesto al Tribunal que interpongo para ante el Consejo de Estado recurso de apelación contra los numerales 1 y 3 del auto

número 81 del 25 de julio de 1985, que decidieron desfavorablemente la petición de la nulidad procesal por *caducidad de la acción*, que propuse con el ánimo de ponerle fin al proceso.

"...El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle

*"Resuelve*

"1º *No decretar la nulidad* planteada en cuanto a la caducidad de la acción.

"2º...

"3º Como consecuencia, de la declaratoria anterior queda en pie en relación con *el reclamante* Fulvio César Hurtado Arcila (*).

"(* No era éste *el reclamante* sino sus padres Josué y Aurora; y sus hermanos José Miguel y Martha Cecilia. Fulvio César falleció el 17 de noviembre de 1982).

*"Primer argumento.*

"Expresa el Tribunal (Auto, fl. 4, renglones 15, 16 y 17) que '...la figura jurídica de la caducidad se rige en su término por la ley vigente en el momento de la ocurrencia del hecho u operación'.

"La opinión del Tribunal está en desacuerdo con la Constitución Nacional por la siguiente razón:

"El artículo 10 de la Constitución consagra el principio de que la ley es general y, por tanto, igual para todos en el tiempo y en el espacio.

"Si es igual en el tiempo, obliga a todos desde su vigencia.

"Las únicas excepciones a este principio las hace la Constitución misma:

"a) Cuando se refiere a la ley penal (art. 26, inciso 2º);

"b) Cuando se refiere a derechos sustantivos, pero ya adquiridos, con arreglo a las leyes civiles y con título justo (art. 30).

"Fuera de la Constitución nadie puede establecer excepciones a la obligatoriedad de la ley, a no ser que esté autorizado por la propia Constitución, como en el caso de su artículo 40 que autoriza a la ley para establecer excepciones, o como en el caso de su artículo 215 que autoriza a cualquier autoridad encargada de su aplicación para dejar de aplicar una norma violatoria de la Constitución.

"Pero la Constitución no autoriza al juzgador para aplicar la ley procesal *sino* en su tenor.

"Así, si autorizada previamente por la Constitución, la ley contenciosa administrativa, no establece excepciones al término de caducidad de dos años, no puede el Tribunal establecerlas para fijar una caducidad que desnivela la igualdad de las partes en el proceso; pues, si bien la caducidad de tres años favorece al demandante, desfavorece a su turno, a la administración.

"*El supuesto inverso.* Qué sucedería si se modificara de nuevo el Código Contencioso Administrativo y se volviera a la caducidad de tres años? Resultaría que con la tesis del Tribunal de que 'la caducidad se rige en su término por la ley vigente en el momento de la ocurrencia del hecho', no podrían hacer uso de ese derecho quienes quisieran demandar por hechos ocurridos dentro de la vigencia del código actual, así le fuera más favorable la norma nueva.

"De este modo, sea que favorezca la nueva ley, sea que perjudique la nueva ley resulta una aberración tomar este factor para determinar su aplicación en el tiempo, pues no se trata de favorabilidad o de desfavorabilidad de una ley que reconozca derechos, sino de la vigencia de normas de procedimiento.

"*Segundo argumento.*

"Es error ampararse en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 (Auto, fl. 6, párrafo 3):

"La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra ley que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, *a voluntad del prescribiente;* pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir.

"a) Esta norma se refiere a *prescripción* y el código (art. 136) se refiere a *caducidad*;

"b) El término de caducidad quedaría a elección del actor, en el caso que se debate;

"c) En el caso que se debate, acaecidos los hechos el 17 de noviembre de 1982, de escoger el actor la caducidad de dos años, sería a partir del 1º de marzo de 1984, día de la vigencia del código, y llegaría hasta el 28 de febrero de 1986 (dos años), con lo que se presentaría una caducidad extraordinaria mayor de dos y de tres años.

"Todo, por aplicación de una norma no atinente.

"El actor no puede escoger ni términos ni procedimientos.

"*Tercer argumento.*

"Expresa el Tribunal: 'Y no se debe olvidar que la acción es un derecho en favor del ciudadano para obtener la tutela jurídica' (Auto, fl. 9, renglones 6, 7 y 8).

"Trata con esto de probar que el derecho genérico de acción es un derecho individual.

"No es cierto. La acción es un derecho en favor de todas las personas que se crean lesionadas o que crean tener un interés jurídico para solicitar justicia; lo que equivale a que la acción es un derecho en abstracto, no adquirido por alguien e incorporado a su patrimonio. Nadie puede reclamarlo como de su propiedad.

"El derecho de acción no está consagrado en favor 'del ciudadano' individual sino en favor de la comunidad total, al igual que el de escoger profesión, el de formar familia o el de poseer bienes. Pero no puede reclamarse la protección individual de ningún derecho genérico mientras no se llenen los requisitos previstos en la ley, 'justo título'. Es decir, ni la Constitución ni la ley establecen la protección a las expectativas. Cuando se quiera que sea así, así se expresará, como en el caso del artículo 91 del Código Civil que protege la vida del que está por nacer.

"De este modo, no podrá reclamarse derecho a la caducidad de tres años si ella no se usó bajo el imperio de la norma que la estableció, porque la acción era una expectativa. Si la ley en lugar de cambiar la acción de simple restablecimiento del derecho por la de reparación directa, la hubiera suprimido, de nada valdría que hubieran empezado a correr términos de caducidad de tres o de dos años. Esto es distinto de si ya se hubiera ejercitado la acción.

"Si una ley procesal *suprime* (subrayo) algunos procedimientos para la actuación de la ley o algunos medios de actuarla, *desaparece también el poder jurídico de pedir su actuación, sin consideración alguna al tiempo en que habría nacido el derecho de pedirla.* Por ejemplo, la ley que derogó la detención por deudas las suprimió este medio ejecutivo a los acreedores preexistentes; lo mismo sucedería con la ley que derogase el embargo y secuestro preventivos, o un proceso especial. En cambio, si la ley admite nuevas formas de actuación o extiende las ya existentes a casos *no* aceptadas antes, o introduce nuevos medios ejecutivos, como el de darles valor de título ejecutivo a documentos o pruebas que antes *no* tenían, podrían utilizarlos los acreedores anteriores a su vigencia".

"Por lo tanto, *si una nueva ley cambia los requisitos* de toda demanda, se aplica aun cuando el litigio se refiera a hechos acaecidos antes de su vigencia; y en cambio no se aplica si el hecho procesal, es decir, la misma demanda, se ha realizado antes que la nueva ley haya empezado a regir".

"Devis Echandía Hernando. 'Compendio de Derecho Procesal'. (Tomo 1 Teoría General del Proceso. Ed. ABC., Bogotá 1979, 7ª edición, Cap. IV, págs. 53 y 54).

*"Cuarto argumento.*

"El artículo 268 del Decreto 01 de 1984, derogó expresamente 'los artículos 20, 22 a 32 y 39 del Decreto 528 de 1964'. Entre estos, quedó derogado el artículo 28 que fijaba en tres (3) años la caducidad para este tipo de acciones.

"Demandado, la Corte Suprema de Justicia considera:

"2. *Decreto-ley 528 de 1964.*

"A. Artículos 20, 22, *28*, 30, 31, 32 y 39 establecían, en su orden, la competencia general de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (20), la división en Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo (22), LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE ACCIONES

INDEMNIZATORIAS POR HECHOS U OPERACIONES DE LA ADMINISTRACION (28), la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo (30) y de la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado (31) y la competencia de los Tribunales Administrativos (32) y el trámite de los conflictos de competencia entre la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la ordinaria (39). En el orden respectivo, tales cuestiones han sido reglamentadas de manera semejante por los artículos 82, 97, inciso 1º, *136*, 128, 129, 98, 131, 132, 133 y 216 del nuevo Código Contencioso Administrativo. *Luego es constitucional su derogación"* (Subrayas, paréntesis y mayúsculas mías).

"Pueden consultarse al respecto la sentencia número 70 del 19 de julio de 1984, la número 87 del 23 de agosto de 1984 y la número 92 del 31 de agosto de 1984. En esta última, folios 36 y 37 aparece lo transcrito.

"Si está derogada expresamente la norma de procedimiento; si está reemplazada expresamente la norma de procedimiento derogada; si la derogatoria es constitucional; ¿con qué autorización pretende aplicarse la derogada sobre la vigente?

"¿Por qué razón ha de iniciarse un proceso con base en un procedimiento derogado?

"La ley procesal que debe aplicarse es la vigente en el momento en que el respectivo derecho se ejercita. Si una ley procesal suprime algunos modos de actuación de la ley y algunos medios de actuarla, se extingue al mismo tiempo el derecho de pedir su aplicación, y por lo tanto, bajo el imperio de la nueva ley no se puede pedir su actuación con aquellos medios y en aquella forma, y esto prescindiendo absolutamente del tiempo en que naciera el derecho de pedirla" (Hernando Morales M. Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Ediciones Lerners, Cuarta Edición, pág. 126).

*"Quinto argumento.*

"Expresa el Tribunal: '...una de las excepciones al principio del efecto inmediato de la ley procesal es, justamente, la relativa a los términos que hubieren comenzado a correr'. Y se respalda así (art. 266 del Código Contencioso Administrativo). (Auto, fl. 9, renglón 15).

"No es así. La disposición citada se refiere a *'los procesos iniciados* antes de la vigencia del presente estatuto', con el sólo propósito de que no haya que repetir actuaciones; pero no se refiere a los procesos que hubieran podido iniciarse".

## III

*Alegato presentado por la parte actora:*

El apoderado de la parte actora, en alegato visible a folios 54 y siguientes solicita que se decrete la nulidad de lo actuado a partir del auto que concedió la apelación, por las razones que precisa en los siguientes términos:

"A) Actuando con poder de los demandantes, presenté demanda de *reparación directa* contra la Nación, Coldeportes, y el Municipio de Cali, por los tristes sucesos acaecidos en el Estadio Pascual Guerrero en Cali, el día 17 de noviembre de 1982;

"B) Esta demanda se presentó ante el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, y allí se radicó bajo el número 13541, la demanda fue admitida el día 3 de diciembre de 1984;

"C) Mediante escrito el representante de COLDEPORTES, solicitó la nulidad de dicho auto, y solicitó además que se rechazará *in límine* la demanda;

"D) El honorable Tribunal del Valle del Cauca, por medio de auto notificado el 13 de agosto de 1985, decretó la nulidad parcial del auto admisorio de la demanda;

"E) Inconforme con esta decisión el representante de Coldeportes, interpuso *recurso de apelación*, el cual le fue concedido en auto del 29 de agosto de 1985;

"F) Pero es el caso que nuestro Código Contencioso Administrativo, en su artículo 181 dice: 'Son apelables las sentencias...*Y LOS SIGUIENTES AUTOS*...' (El subrayado y las mayúsculas son mías).

"1. El admisorio de la demanda.

"2. El que resuelva sobre la suspensión provisional.

"3. El que ponga fin al proceso.

"4. El que resuelva sobre la liquidación de condenas".

"Del texto del artículo citado se colige con muy poco esfuerzo, que la enumeración de los autos apelables es taxativa, y por lo tanto solo estos autos y ninguno otro puede ser objeto de estudio por el superior, valga decir del *recurso de apelación*;

"G) Sin embargo nos encontramos frente a un recurso de apelación concedido contra un auto que resolvió *no decretar una nulidad planteada*, que como se observa no es un auto apelable;

"H) El artículo 165 del Código Contencioso Administrativo, dice en relación con las nulidades procesales, textualmente: *Nulidades. Causales. Procedimiento.* 'Serán causales de nulidad en todos los procesos, las señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, y se propondrán y decidirán como lo previenen los artículos 154 y siguientes de dicho estatuto'.

"I. Dice el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil: Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

"1... 2... 3...

"4. *Cuando se sigue un procedimiento distinto del que legalmente corresponda.*

"5... 6...

"De lo brevemente expuesto se colige que se le dio un trámite legalmente diferente y por esta razón atentamente solicito que siguiendo los trámites señalados en los artículos 154 y 155 del Código de Procedimiento Civil decrete usted la nulidad de lo actuado a partir del auto que concedió la *apelación* dentro del proceso de la referencia".

## IV

*Consideraciones de la Sala:*

a) El numeral primero de la providencia impugnada será confirmado, pues la tesis jurídica que se recoge en la providencia del honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el sentido de que "...la figura jurídica de la caducidad se rige en su término por la ley vigente en el momento de la ocurrencia del hecho u operación", es de recibo y la que ha venido sosteniendo esta Corporación en situaciones iguales a la presente. En efecto: En providencia de 15 de mayo del presente año, Expediente 4831, actor Josefina Rueda viuda de Robles, con ponencia del honorable consejero doctor Jorge Valencia Arango se dijo:

"a) Los hechos, según el libelo, ocurrieron el 10 de diciembre de 1982;

"b) El artículo 28 del Decreto-ley 528 estableció un término de caducidad de 3 años para las acciones extracontractuales contra el Estado;

"c) So pena de hacer retroactiva la ley, con clara violación constitucional, tal término debe ser aplicado para todas las acciones nacidas antes del 1º de marzo de 1984, fecha en la cual comenzó a regir el nuevo Código Contencioso Administrativo;

"d) Aplicando principios elementales sobre tránsito de legislación (arts. 1º y ss. Ley 153 de 1887), ha de decidirse que la caducidad iniciada bajo la ley anterior, continúa consumándose por todo el tiempo estipulado en ella, pero sin sobrepasar, a partir de la nueva ley que lo redujo, el lapso de caducidad señalado en ella...";

"g) No hay que confundir la naturaleza de las normas sobre procedimiento de sustanciación y ritualidad de los juicios (art. 4º Ley 153 de 1887) con la de leyes creadoras de derechos y de las causales de su extinción, eminentemente sustanciales y sobre las cuales precisa considerar y respetar el principio constitucional y legal (art. 30 C. Política y arts. 1º y ss. Ley 153 de 1887) sobre derechos adquiridos frente a la ley nueva".

b) La Sala desea precisar jurisprudencialmente que es de recibo la tesis sostenida por el honorable magistrado doctor Javier Cano García, en su aclaración de voto, en cuanto indica que considera "...improcedente que se le haya dado el tratamiento de incidente a la excepción de caducidad... pues no existe disposición en el Código

que ordene tramitar como incidente las excepciones previas, pues, por el contrario, el artículo 163 del mismo expresa que éstas excepciones no tendrán formulación incidental. Y el hecho de que puedan alegarse como motivo de nulidad, ni significa que se les deba dar a todas este tratamiento, dado que las nulidades procesales están señaladas taxativamente en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, y en ellas no figura como causal la excepción de caducidad de la acción.

La excepción de caducidad la debió proponer el memorialista como excepción de fondo o como motivo de algún recurso, pero no como nulidad, pues no tiene esa significación procesal. Y como excepción de fondo debió decidirse en la sentencia y no en un incidente.

En síntesis... no todas las excepciones previas constituyen causales de nulidad, y las que no lo sean (compromiso, inepta demanda, pleito pendiente, cosa juzgada, transacción, prescripción, caducidad, etc.) no deben tramitarse como incidente, sino que las mismas se deben decidir en la sentencia".

A la orientación jurídica anterior restaría agregar que la caducidad también puede y debe ser considerada por el Tribunal competente en el momento de decidir sobre la admisión de la demanda. Una definición positiva o negativa sobre el particular da lugar a que mediante los recursos el *ad quem* reexamine el asunto.

b) En relación con la solicitud que la apoderada de la parte actora formuló en ésta instancia para que, siguiendo los trámites señalados en los artículos 154 y 155 del Código de Procedimiento Civil se decretara por el *ad quem* la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto que concedió la apelación, la Sala encuentra que la tramitación equivocada del incidente de nulidad, tipifica una simple *irregularidad* que, como lo preceptúa el inciso final del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, se tienen por saneadas "...si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos...", que el mismo establece. Esto último fue lo que ocurrió en la situación que se analiza, pues la apoderada de la parte actora nada impugnó cuando se le notificó el auto visible al folio 13 del cuaderno número 2, que corrió traslado de las nulidades planteadas, ni tampoco cuando se concedió el recurso de apelación contra la providencia de que ahora conoce la Sala. La pretensión de impugnación de un acto administrativo debe hacerse ante el juez competente, en el plazo y por el procedimiento que la ley establece. Si así no se procede, la pretensión es inadmisible y no produce efecto alguno, ni siquiera la interrupción de plazo para deducirla en la vía adecuada, como reiteradamente lo ha dicho la Corporación. Se predica que en el caso en comento se presentó una simple *irregularidad,* porque la nulidad contemplada en el numeral 4 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil sólo se da, como lo enseña el profesor Hernando Morales M., cuando se sigue un proceso por el trámite que no le corresponde, (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, Novena Edición, Editorial A.B.C. pág. 425). Pero si la situación que se registra es la contraria, esto es, que la ley no ha fijado uno para que se decida sobre la caducidad y no obstante ello desgasta la jurisdicción y se pierde transitando por un sendero insulso para lograr el fin deseado, como ocurrió en la situación que se estudia, ello no genera nulidad de ninguna naturaleza.

En estos casos lo importante es que se mantenga la tutela de los derechos; que no se prive a los interesados de la oportunidad de hacerlos valer, y que se mantenga en todo momento la filosofía que informa la tutela constitucional del proceso. Las razones anteriores explican que se despache desfavorablemente la referida solicitud.

d) La impugnación que el recurrente hace al punto tercero del auto recurrido se limita a precisar que: "No era éste *el reclamante* sino sus padres Josúe y Aurora; y sus hermanos José Miguel y Martha Cecilia. Fulvio César falleció el 17 de noviembre de 1982". En este particular le asiste razón al recurrente, conclusión a la cual se llega al examinar la parte pertinente de la demanda, folio 30 cuaderno número 1, precisando la Sala que conforme a ésta los hermanos son los tres que allí se enlistan y no dos, como se desprende del aparte en antes transcrito.

e) Finalmente, y con proyección simplemente formativa, pues la decisión que se recoge en el punto segundo de la providencia recurrida no fue impugnada, la Sala recuerda al *a quo* que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 155 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad por indebida representación sólo puede ser alegada por la persona afectada. Esto lleva a procesalistas como Hernando Devis Echandía a enseñar: "b) Tampoco podrá alegar una parte la indebida representación de la contraria o el que ésta no haya sido notificada, o emplazada en legal forma, pues sólo la segunda podrá reclamarla (inc. 3º) y ni siquiera su coadyuvante ni su litisconsorte, mucho menos un tercero; ésto es consecuencia del principio de que sólo pueden reclamar la nulidad, la parte perjudicada con la causa que la produce" (Compendio de Derecho Procesal. Tomo III. El Proceso Civil, Parte General. Quinta Edición. Editorial Panamericana, Bogotá 1982, págs. 184 y 185).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera.

*Resuelve:*

1º *Confírmase* el numeral primero de la providencia recurrida;

2º Revócase el numeral tercero de la misma, por las razones expuestas en la presente providencia, y, en su lugar se dispone:

Como consecuencia de lo dispuesto en el numeral 2º de la providencia impugnada, queda en pie la reclamación que Josúe Hurtado, Aurora Arcila de Hurtado, Romelia Hurtado Arcila, José Miguel Hurtado Arcila y Martha Cecilia Hurtado Arcila formulan dentro del proceso, por conducto de apoderado, con motivo de la muerte del señor Fulvio César Hurtado Arcila.

3º Deniégase la solicitud por la parte actora, visible a folio 54 y siguientes del cuaderno número 2.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*PRUEBAS —PROPOSICION— Y ADJUNCION O PRESENTACION. Diferencias.*
*PRUEBA TESTIMONIAL*
*Requisitos: ¿Qué debe indicarse?*
*(Artículo 219 del C. de P. C.).*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., julio diez y ocho de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4727. Actor: Nueva Sociedad de las Minas Nelly Mar.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de abril 29 del presente año, mediante el cual el señor consejero ponente denegó la práctica de las pruebas pedidas.

*Para resolver, se considera:*

Se exponen en el auto como razones de la negativa, las siguientes:

"b) Según el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil la solicitud de nulidad debe tramitarse como incidente y conforme al artículo 137 del mismo estatuto procesal:

"1º El escrito deberá contener lo que se pide, los hechos en que se funden y la solicitud de las pruebas que se pretende aducir, salvo que estas figuren ya en el proceso;

"c) En el presente caso se anuncia un documento privado —certificado médico— pero no se agrega, por lo que no puede ser decretado como prueba;

"d) En relación con los testimonios, la solicitud no cumple con los requisitos del artículo 219 del Código de Procedimiento Civil".

El recurrente, a su turno, al sustentar la súplica expresó:

"En primer lugar, en cuanto al certificado médico, en el momento en que hice la petición de nulidad, me era imposible adjuntar tal documento por la premura, ya que el médico que iba a certificar se encuentra radicado en la ciudad de Medellín, pero en esta oportu-

nidad lo agrego, para que sea tenido como prueba, en relación a la incapacidad física que por enfermedad grave sufrió el Doctor Guillermo Arango Piedrahita, desde el 19 al 27 de febrero de 1986. Como esta prueba fue anunciada, no veo la razón para que ahora que se agrega al expediente, se la decrete como tal.

"En segundo lugar, en relación con las declaraciones solicitadas, hago caer en cuenta a la honorable Sala que como precisamente dentro del mismo escrito en que se planteó el incidente de nulidad, en el cual se narraron los hechos que constituyen la causal invocada, se subentiende que es precisamente para que las personas citadas testifiquen sobre tales hechos, por lo cual considero que no es óbice para que se decrete su práctica.

"Este recurso, lo fundamento en el artículo 363 del Código de Procedimiento Civil, para que como lo dije al principio la honorable Sala revoque el auto impugnado y en su lugar, se decreten las pruebas solicitadas en el memorial con el cual se planteó el incidente de nulidad, y así no se frustren las justa aspiraciones de la parte que represento".

Para la Sala de decisión deberá mantenerse el auto en cuestión.

Frente a la prueba testimonial porque su petición no se ajusta a las exigencias legales. El artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por mandato del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, es bastante claro al exigir que cuando se pidan testimonios deberá indicarse no sólo el nombre, domicilio y residencia de los testigos, sino enunciarse sucintamente el objeto de la prueba. Aquí no cabe subentender nada, ante la precisa exigencia legal.

En cuanto al certificado médico, deberá así mismo confirmarse la decisión denegatoria. No tenía otra salida el señor ponente. No se puede ordenar tener como prueba un documento privado que sólo se enuncia y que no se sabe de antemano si llegará al proceso y en qué condiciones.

Y si no se pudo ordenar la incorporación de algo que no se conocía, menos se puede hacer ahora en oportunidad francamente extemporánea, como que debió adjuntarse con el escrito o demanda incidental de nulidad, por mandarlo así el numeral 1 del artículo 137, el que exige que tal escrito deberá contener lo que se pide, los hechos en que funde y la solicitud de pruebas que se pretende aducir.

No debe olvidarse, para entender el por qué el certificado médico no fue aceptado como prueba, que uno es el fenómeno que se presenta cuando de proposición de una prueba se trata y otro el de adjunción o presentación. Estos extremos, que encajan genéricamente en el concepto "petición probatoria", tienen tratamiento diferente, así: en la proposición de la prueba el que pide determina el medio que quiere hacer valer, con el fin de que el juez lo decrete y proceda a su diligenciamiento. V. gr. cuando se solicita que se llame a X para que declare sobre los hechos de la demanda.

En cambio, se configura la adjunción o presentación cuando la parte aduce el medio ya documentado con la demanda o su contestación y el juez se reduce a admitirlo expresamente en su oportuni-

dad, sin que deba adelantar actividad distinta de práctica. Ejemplo: documento privado que se acompaña con la demanda para que sea estimado como prueba.

Como se vé, estas son las dos únicas vías posibles de petición. Por parte alguna admite la ley la propuesta por el recurrente, que no viene a ser de proposición y menos de adjunción o presentación.

Finalmente, se anota:

Fuera de la inoportunidad indicada atrás, no tendría esta Sala de decisión competencia para admitir un documento privado que no tuvo a su conocimiento el señor ponente cuando inadmitió la prueba. Recuérdese que aquí sólo se revisa lo dispuesto por el señor ponente.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

*Resuelve:*

Confírmase en todas sus partes el auto de 29 de abril de 1986, dictado por el señor consejero Jorge Valencia Arango.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 17 de julio de 1986.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente Sala; *Antonio J. de Irisarri R., Julio César Uribe Acosta.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ACLARACION DE AUTOS.*

*Puede hacerse oficiosamente, por quien lo profirió, siempre que ello ocurra dentro del término de ejecutoria de la providencia aclarada, o por iniciativa de las partes, a condición de que en este último caso, se solicite mediante interposición del recurso de reposición contra el auto cuya aclaración se persigue.*

*CONFLICTOS DE JURISDICCION.*

*Sólo pueden suscitarse a petición de parte. Esa solicitud debe formularse bien ante el juez o Tribunal que ESTE CONOCIENDO DEL ASUNTO, esto es, QUE HAYA AVOCADO EL CONOCIMIENTO DEL NEGOCIO.*

*Dispone el artículo 216 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., veinticuatro de julio de mil novecientos ochenta y seis (Aprobado en sesión de la fecha).

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.*

Referencia: Expediente número 4792 (380). Actor: Víctor Alberto Arévalo. Demandado: Departamento de Cundinamarca y Municipio de Tocaima.

El apoderado judicial del señor Víctor Alberto Arévalo, en escrito presentado el 31 de mayo de 1986 en la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, ha solicitado aclaración del auto de fecha quince (15) de mayo del año en curso, mediante el cual la Sala resolvió el recurso ordinario de súplica que había interpuesto contra la providencia de fecha 4 de marzo próximo pasado, dictada por el consejero conductor del proceso doctor Betancur Jaramillo, que dispuso no avocar el conocimiento del proceso enviado a esta Corporación por uno de los Juzgados Civiles del Circuito de esta ciudad y ordenó devolverle al despacho de origen. De otra parte, en el mismo escrito, pide "enviar al honorable Tribunal Disciplinario esta confrontación" porque considera que se ha presentado un verdadero conflicto que esa alta entidad debe resolver.

*Para decidir, se considera:*

*Primero.* En cuanto a la solicitud de aclaración se tiene lo siguiente:

A) Dispone el inciso final del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en esta jurisdicción por mandato del artícu-

lo 267 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984, que "la aclaración de autos procederá de oficio dentro del término de ejecutoria, *o mediante el recurso de reposición*" (Las sublíneas no son del texto).

Y el inciso primero del artículo 346 del mismo código enseña que el recurso de reposición procede contra los autos que allí se enumeran, "a fin de que se revoquen, reformen, adiciones o *aclaren*" (destaca la Sala);

B) De la interpretación armónica de las disposiciones mencionadas se deduce sin dificultad alguna, que la aclaración de un auto puede hacerse oficiosamente, por quien lo profirió, siempre que ello ocurra dentro del término de ejecutoria de la providencia aclarada, o por iniciativa de las partes, a condición de que en este último caso, se solicite mediante interposición del recurso de reposición contra el auto cuya aclaración se persigue;

C) Mas, como resulta obvio, la parte que pretende la aclaración del auto que considera confuso, contradictorio u oscuro, debe interponer el recurso de reposición dentro de los términos que la ley concede para ello, so pena de que la providencia quede en firme o cause ejecutoria. Ese término, como es bien sabido es de tres (3) días a partir de la notificación del auto respectivo, como lo expresa el inciso 2º del artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, también aplicable a algunas de las actuaciones que se cumplen ante esta jurisdicción, por expresa remisión del artículo 180 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984;

D) Como en el asunto que se decide el escrito que contiene la solicitud de aclaración fue presentado el día 31 de mayo de 1986 y la notificación del auto cuya aclaración se persigue se cumplió el día 27 de mayo del propio año, se tiene que para cuando aquél se presentó ya había transcurrido el término apto para interponer el recurso de reposición contra el auto de 15 de mayo en curso, el cual, por consiguiente, quedó ejecutoriado el 30 de mayo último a las 6 p.m. De otra parte, en parte alguna de su escrito expresa el solicitante que interpone el recurso de reposición contra la providencia últimamente mencionada.

Bastan, pues, las consideraciones precedentes para que la Sala rechace, de plano, por extemporánea, la petición de aclaración de su providencia de fecha 15 de mayo del año que corre, como así se dispondrá.

Segundo. En lo que respecta a la solicitud formulada en el sentido de enviar este asunto al honorable Tribunal Disciplinario para que, actuando como Tribunal de Conflictos, resuelva el que a juicio del actor se ha presentado en este proceso, tiénese lo siguiente:

a) Dispone el artículo 216 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984:

"Conflictos de jurisdicción. Los conflictos entre la jurisdicción en lo contencioso administrativo y la ordinaria no se suscitarán de oficio, podrán proponerse ante el juez o tribunal que esté conociendo del

asunto, o ante el que a juicio del peticionario sea el competente y serán tramitados y decididos por el Tribunal Disciplinario.

"Si el conflicto se propone ante el juez o magistrado que está conociendo del proceso y éste declara su falta de competencia, ordenará remitirlo al que estime competente, mediante auto contra el cual no procederá recurso alguno. Si el juez o magistrado que reciba el expediente se declara a su vez sin competencia, solicitará que el conflicto se decida por el Tribunal Disciplinario, al que enviará la actuación.

"Si el conflicto se propone ante el otro juez o magistrado, y este se declara competente, solicitará a quien lo esté conociendo el envío del proceso. Si éste insiste, lo comunicará así al primero y enviará la actuación al Tribunal Disciplinario para que decida el conflicto;

b) Como se observa de la lectura del precepto transcrito y, en particular, de su inciso primero, los conflictos de jurisdicción no pueden suscitarse oficiosamente, sino a petición de parte. Esa solicitud debe formularse bien ante el juez o Tribunal *que esté conociendo del asunto*, esto es, que haya avocado el conocimiento del negocio, caso que precisamente no se da en el presente asunto, porque la providencia del Consejero conductor del proceso que dispuso *no avocar* el conocimiento del proceso enviado a esta jurisdicción por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá, se encuentra ya ejecutoriada según quedó establecido anteriormente, desde el 30 de mayo último;

c) Ello quiere decir, pues, que a partir de la mencionada fecha esta Corporación perdió toda capacidad de actuación en el presente asunto, circunstancia que le impide pronunciarse sobre el pedimento de que se trata, pues si lo hiciera estaría generando una actuación viciada de nulidad según los claros términos del numeral 1 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en esta jurisdicción de lo contencioso administrativo por remisión expresa del artículo 165 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-ley Nº 1 de 1984). Se ordenará, en consecuencia, estarse a lo dispuesto en el auto de 25 de mayo último, que confirmó el dictado por el señor Consejero conductor del proceso doctor Betancur Jaramillo el 4 de marzo del corriente año.

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

*Resuelve:*

Primero. *Recházase* por extemporánea, la solicitud de aclaración de la providencia proferida por esta Corporación el 15 de mayo del año en curso en el presente asunto.

Segundo. *Estese* a lo dispuesto en la citada providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*PODER. RENUNCIA.*

*Presentación personal. RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL del auto de junio 14 de 1985. Sección Segunda. Ponente: Doctora Aydée Anzola Linares. Expediente 10834.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Sala de Decisión.*— Bogotá, D. E., seis de agosto de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente número 7728763. Reconstrucción. Apelación. Sentencia. Actor: Oscar de Jesús Gaviria.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por el apoderado del actor contra la providencia de abril 4 de 1986 por la cual el ponente dispuso no aceptar "la renuncia del poder visible a folio 39 del expediente, por cuanto ella no fue presentada personalmente" (fl. 40).

Alega el suplicante que "el inciso segundo del artículo 69 del Código de Procedimiento Civil no impone la obligación de hacer presentación personal del memorial en que se renuncia al poder".

Y agrega:

> "En relación a poderes, la presentación personal se exige únicamente para su constitución (inciso segundo artículo 65 del C. de P. C.), sustitución (inciso segundo artículo 68 del C. de P. C.) y revocatoria (inciso primero artículo 69 del C. de P. C.)".

Termina el recurrente mencionando que "en una situación similar a la presente, la honorable Sala de Decisión en auto de junio 14 de 1985 con ponencia de la doctora Aydée Anzola Linares fijó su posición en el sentido de que la renuncia del poder no requiere presentación personal y por tanto debe aceptarse sin dicho requisito que no exige la ley" (fl. 44).

Para resolver, se considera:

Es innegable que, en ocasión anterior, en Sala de Decisión se revocó un auto del ponente en que se exigía presentación personal al memorial de renuncia al poder, con el argumento de que, no exigiendo el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil presentación personal para este caso, requisito que se circunscribe a "reducidos actos del

proceso", "no se pueden imponer obligaciones o deberes a las partes, sus representantes o apoderados que no surjan directamente de las normas procedimentales que disciplinan la materia".

Habiéndose examinado nuevamente este criterio, se ha llegado a la conclusión de que, dada la importancia del acto consistente en la renuncia al poder, es de rigor que tenga por lo menos la misma seriedad que se exige a su otorgamiento.

Por carecer de *"jus postulandi"*, se requiere a quien comparece en juicio el constituir un mandatario que lo represente; a este acto ha impuesto la ley la solemnidad de la presentación personal. También al mandatario se exige la presentación personal del escrito por el cual promueve la actuación a nombre del poderdante o interviene en ella para oponerse en nombre de la parte contraria.

La seguridad de las partes en cuanto a la protección de sus intereses dentro de las diligencias procesales, está confiada a sus respectivos apoderados. Cuando alguno de ellos decide unilateralmente desvincularse de la actuación, tiene el derecho de hacerlo renunciando al poder. Dado que la admisión de la renuncia se notifica en la forma precaria señalada en el artículo 205 del Código de Procedimiento Civil, no es demasiado exigir el que tal acto unilateral llegue a conocimiento del funcionario a través de una presentación personal, que dé a éste la certeza de que el renunciante es la misma persona investida del mandato judicial.

Obedece tal criterio a la consideración de que los casos en que el estatuto procesal exige presentación personal no son taxativos y de que, tomado el término "presentación" en su genuina acepción, debe involucrar la presencia real del signatario ante la autoridad a la que *presenta* algún escrito.

Lo contrario significaría que, salvo el evento contemplado en el inciso 2 del artículo 107 del Código de Procedimiento Civil, los escritos podrían allegarse al expediente por cualquier vía o medio, o por correo o mediante el sistema de las telecomunicaciones.

Quiere la ley, sin embargo, destacar la importancia de algunos documentos o escritos y para ellos, utilizando un pleonasmo que imprime vigor a la expresión, reclama *presentación personal*, como tratando de llamar la atención sobre la trascendencia del contenido, como ocurre en los eventos previstos en los artículos 65, 68, 84 y 345 de la obra citada y debe entenderse también para el caso *sub exámine*.

En consecuencia, ha de rectificarse el criterio anteriormente expuesto por la Sala y, en tal virtud, se dispone:

*Confírmase* la providencia de cuatro (4) de abril de mil novecientos ochenta y seis (1986), dictada por la doctora Aydée Anzola Linares (fl. 40).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

*Reynaldo Arciniegas Baedecker, Gaspar Caballero Sierra, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel A. Perilla P.*, Secretario.

*PERITOS. EMOLUMENTOS.*

*1º Señalamiento.*

*2º Consignación.*

*3º Efectos del no pago: "NO APRECIACION DE LA PRUEBA".*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., diez de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Expediente número 2002. Actor: Congregación de Hermanas Misioneras.

El apoderado de la parte demandante solicita que se requiera a la parte demandada para que pague los honorarios de los peritos a su cargo, conforme se ordenó en el auto de julio 25 de 1986 (fl. 21, cuaderno Nº 3), que corrió traslado del dictamen que aparece en el anexo 1A.

Pide además que se advierta a la parte obligada al pago que si éste no se realiza, en el término que debe fijarse con tal fin, no podrá tenerse en cuenta sino en lo que sea desfavorable a la demandada.

Para resolver,

*Se considera:*

En materia de emolumentos de peritos, el inciso 1º del artículo 239 del Código de Procedimiento Civil ordena que en el auto de traslado se hará el señalamiento de estos.

La misma disposición en su inciso 2º sólo exige la consignación de los honorarios cuando el dictamen se objeta, con las consecuencias allí establecidas, situación que no se presentó en el *sub lite.*

Ninguna norma procesal autoriza al juez señalar término para el pago de los estipendios porque el artículo 388 del Código citado en su inciso final está determinando los efectos del no pago de ellos que no son otros que la no apreciación de la prueba en el momento de proferir el fallo. Esta consecuencia, por ser de ley, no requiere recordatorio a las partes por medio de providencia.

Por lo expuesto, la Sala Unitaria,

*Resuelve:*

No se accede a las solicitudes del apoderado de la parte demandante.

Notifíquese.

*Julio César Uribe Acosta.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*NULIDADES PROCESALES. Artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, numeral 9.*

*Esta nulidad generalmente se produce no cuando debiéndose demandar a una determinada persona no se le demanda, sino cuando siendo demandada no se le notifica en forma legal el auto que la cita al proceso.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., quince de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

El apoderado de la Caja Nacional de Previsión Social en memorial visible a folios 5 y 6 del cuaderno número 4 solicita la nulidad del proceso por considerar que se han presentado las causales contenidas en los numerales 2 y 9 del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, así:

"1º Carencia de competencia de esa honorable Corporación, y

"2º No haberse practicado la notificación a la parte que debió ser citada para responder por la supuesta indemnización".

Argumenta en el sentido de que la entidad que apodera no tuvo ninguna relación clínica científica cuando se atendió al doctor Luis Alberto Ramírez Rodríguez, profesional especializado, Código 3010, grado 8 del Ministerio de Obras Públicas; por tanto, la demanda presentada es nula pues ha debido instaurarse contra el Ministerio de Obras Públicas el cual suscribió un contrato con la Caja el 4 de abril de 1960, por medio del cual prestará todos los servicios médico-asistenciales a sus empleados y trabajadores, de acuerdo a las certificaciones que constan en la demanda.

Para resolver,

*Se considera:*

a) Es inusitado que habiéndosele reconocido personería a la apoderada de la entidad demandada dentro del presente proceso, desde el 18 de diciembre de 1980 (auto visible a fl. 25 del cuaderno Nº 1), sólo ahora, esto es, casi seis (6) años después, la misma entidad solicite que se decrete la nulidad del proceso con fundamento en los numerales 2º y 9º del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil. No obstante lo anterior, se procede al examen de las peticiones planteadas para tomar la decisión que corresponda en derecho;

b) Se afirma en el memorial referido, que se ha debido demandar al Ministerio de Obras Públicas y Transporte y no a la Caja Nacional de Previsión Social, para concluir que ese hecho da lugar a una demanda nula. En este particular la Sala precisa que no existen demandas nulas, sino ineptas o ajustadas a derecho;

c) Los procesalistas enseñan que si se demanda a una persona cuando ha debido demandarse a otra muy distinta, se estructura una falta de legitimación pasiva en causa, que debe decidirse en la sentencia y que no está erigida como causal de nulidad en el artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, como es apenas obvio. Esto explica que no sea de recibo la argumentación del memorialista sobre el particular;

d) Como el apoderado de la parte demandada partió de una base jurídica equivocada, para estructurar una nulidad que no existe, tampoco es de recibo la nulidad que plantea como fundamento en el numeral 9º del artículo citado, por sustracción de materia. Sobre el aspecto que ocupa la atención de la Sala, el procesalista Hernando Morales Molina en su obra Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, Novena Edición, Editorial ABC - Bogotá 1985 página 428, enseña:

> "Siempre ha quedado establecido que esta nulidad (se refiere a la del numeral 9º) generalmente se produce no cuando debiéndose demandar a una determinada persona no se le demanda, sino cuando siendo demandada no se le notifica en forma legal el auto que la cita al proceso.
>
> "En el primer caso habría falta de legitimación pasiva en causa, o sea la especial posición de la parte respecto a la situación pretendida, que se decide en la sentencia y se absuelve al demandado. No consideramos que en este supuesto deba dictarse sentencia inhibitoria, pues se trata de carencia de un requisito no procesal sino de la pretensión que conduce a sentencia de mérito. Además, no es indiferente una u otra solución para el demandado, pues mientras en el caso de inhibitoria al volver a ser demandado por el actor no podrá proponer la excepción de cosa juzgada porque ésta no se configura (art. 333, numeral 4º), en el supuesto de absolución sí podría aducirla inclusive como previa, lo cual le permitiría que se decidiera pronto tan anómala situación. La Corte dice: 'No reza la causal de nulidad de que se trata con las personas que debiendo ser demandadas no lo han sido, sino con aquellas que habiendo sido demandadas, no han sido citadas, ni emplazadas en el juicio en la forma legal. En el primer caso...la ausencia procesal se vincula, no a un aspecto simplemente procedimental o adjetivo que pudiera afectar la validez de la actuación judicial, sino que implica una cuestión sustantiva, o de fondo, que traduce en la improcedencia de la acción (pretensión), por falta de una de sus condiciones jurídicas esenciales...' (2010-2014, 554)";

e) Se le recuerda al memorialista, que debe ajustar su conducta procesal a lo preceptuado en los artículos 71 y siguientes del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 52 del Decreto 196 del 71 que señala como faltas contra la lealtad debida de la

administración de justicia. "...La proposición de incidentes, formulación de oposiciones o excepciones, manifiestamente encaminados a entorpecer o demorar el normal desarrollo de los procesos y de las tramitaciones legales...";

f) En virtud del principio de la especificidad de las nulidades la Sala da aplicación al artículo 155, inciso 4º del Código de Procedimiento Civil y procederá al rechazo de plano de la solicitud de nulidad presentada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Unitaria,

*Resuelve:*

Se rechaza de plano la solicitud de nulidad propuesta por el apoderado de la entidad demandada.

Notifíquese.

*Julio César Uribe Acosta.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ACUMULACION MIXTA O DE OBJETOS Y SUJETOS.*

*La cuantía se determina por el valor de la pretensión mayor de cada uno de los demandantes.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., dieciocho de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 4900. Actor: Gabriel Flórez Borja y otros.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte apelante contra el auto de junio 30 de 1986, proferido por el señor Consejero conductor del proceso, por el cual se declaró inadmisible de apelación.

*I. La providencia suplicada:*

Dice así, en lo pertinente:

"1. De conformidad con el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. 'Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa deberá contener... 6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesario para determinar la competencia' ".

"Los artículos 131 y 132 numeral 10 del mismo código, señalan la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer en única o primera instancia, en su orden, de los procesos de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía sea inferior a dos millones de pesos, hoy dos millones ochocientos ochenta mil pesos, según el Decreto 3867 de 1985 en el primer caso, y en primera instancia cuando la cuantía exceda de la suma anotada".

"Las mismas normas señalan que cuando sea del caso determinar la cuantía para efectos de la competencia, se hará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 20, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil".

"La forma como el actor hace la estimación de la cuantía no es *'razonada'*, como lo exige la ley, pues no basta la mera afirmación de que... 'la cuantía de las pretensiones de cada uno de los demandantes excede de los dos millones de pesos' (fl. 64), sino que es necesario

expresar el valor de los perjuicios ocasionados, como lo exige la norma citada".

"Tampoco se dan *'razones'* en los hechos que estructuran la *causa petendi*, ni estas se pueden deducir de los documentos acompañados. Ello explica que el sentenciador, en este caso, no tiene los elementos de juicio que le permitan llegar a la conclusión de que este asunto pueda ser revisado en segunda instancia".

"2. En el libelo se hace una acumulación de pretensiones tanto objetiva como subjetiva (mixta), como que se formulan varias pretensiones de unos demandantes (los que tienen varios buses), y, al mismo tiempo, varias personas formulan la demanda contra el mismo demandado. En el primer caso las varias peticiones no pueden sumarse para conseguir el efecto deseado, y sobre el particular, es oportuno recordar, como lo enseñan los procesalistas, que cuando '...las distintas pretensiones se ejercitan con la finalidad de que el juez se pronuncie sobre todas, es decir, cuando se formulen como principales, se tiene en cuenta el valor de la pretensión mayor. Así un Juez Civil Municipal podrá conocer de la demanda en la que se ejerciten varias pretensiones principales siempre y cuando que todas ellas sean de menor cuantía, aún en el caso de que, al ser sumadas, su total excede al límite de su competencia; por lo tanto, tampoco se suman. De esta manera lo entendió siempre nuestra jurisprudencia y quedó aclarado en el nuevo Código de Procedimiento Civil (art. 20, numeral 3º)' (Compendio de Derecho Procesal Civil, Tomo III. Proceso Civil. Volumen Primero, Parte General. Quinta Edición, Editorial Panamericana, 1982. págs. 27 y 28 Devis Echandía Hernando)".

*II. Las razones del recurso:*

El recurso aparece sustentado así:

"Hermosa norma aquella que aparece como el cuarto artículo de nuestro Código de Procedimiento Civil y que reza: Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que *objeto de los procedimiento es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.* Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respeta el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

"Desafortunadamente, cuan pocas veces se recuerda ese precepto y con que facilidad se cree que la esencia del derecho y de los procesos está en las formas procesales y no en la justicia que a través de ellas se busca".

"Agregaría a lo anterior que el nuevo Código Contencioso Administrativo también trae una disposición que si bien se refiere expresamente a la etapa gubernativa, no por ello puede considerarse que no sea del caso aplicar en la actuación jurisdiccional".

"Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y

la *efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley* (art. 2º del C. C. A.) (He subrayado).

"En el caso que hoy someto a esa Sala de Decisión, al que podemos hablar del olvido de los principios sabios de las normas en comento".

"El Tribunal decidió inadmitir el libelo porque no presenté el documento 'que acredite el carácter con que el actor se presente al proceso', porque olvidó que esa disposición (el art. 139 del C. C. A.), agrega que esa exigencia es pertinente 'cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de hacerlo otro transmitido' ".

"Mi escrito fue víctima de la aplicación parcial de una norma legal, a un caso distinto del de la hipótesis legislativa".

"Ahora el honorable Consejero a quien correspondió la ponencia, al estudiar el recurso de apelación contra lo decidido por el *a quo*, encuentra que mi demanda es inepta porque no llenó los requisitos del artículo 137, numeral 6º del citado código".

"Primero, olvida la providencia que la obligación de dar una estimación razonada aunque no razonable de la cuantía de una acción, no nació el día en que se expidió el Decreto 01 de 1984, sino que existía en la Ley 105 de 1931, para los procesos civiles, y en la Ley 167 de 1941, para los asuntos contencioso administrativos. Siempre se exigió al demandante manifestar cual era el valor de su pleito, y lógicamente debía ser, com todo su escrito, consecuencia de un razonamiento cuerdo y lógico, aunque no quedara vertido en palabras llevadas a la demanda".

"En mi caso en la parte fáctica del libelo *(causa petendi)* manifesté que mis poderdantes habían dejado de percibir el aumento tarifario que les correspondía por cada vehículo de transporte público, que ascendía para cada uno a la suma de $ 700.000.oo para la época de presentación del libelo. Entonces si, por lo menos, alguno de mis poderdantes tenía tres o más vehículos, la cuantía de su pretensión era superior a dos millones de pesos".

"Como varios de mis poderdantes tenían más de tres vehículos, en forma por demás razonable, concluí que la cuantía de las pretensiones era superior a dos millones de pesos".

"Si podía acumular acciones, como lo hice, y si algunas de ellas era de la cuantía exigida por la ley para el trámite de la primera instancia, no puede ni criticárseme la acumulación, ni mucho menos sostener que el asunto no es del conocimiento en primera instancia del Tribunal, por cuanto cumplí con los requisitos y entre ellos, el señalado en el numeral 1º cuando dice 'que el juez sea competente para conocer de todas, sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía'. En otras palabras, basta con que una de las pretensiones sea de mayor cuantía, para que proceda la acumulación, así las demás pretensiones sean de menor cuantía. Y por ello, no era procedente la inadmisión del recurso de apelación propuesto".

"Si la estimación de la cuantía del libelo fue razonada, no había razón para que el señor Consejero, me inadmita el libelo, ahora que habían llegado los autos al Consejo de Estado por vía de apelación. Se dice lo anterior porque con la decisión asumida en el fondo, se inadmitió la demanda, y mis poderdantes no tendrían recurso que les permitiera ejercitar su derecho de defensa".

"Sin embargo y asumiendo, en gracia de discusión, que la demanda adoleciera del vicio endilgado, lo cierto es que la ley ha previsto la oportunidad en que el juez debe anotar y señalar los defectos que se presenten, con el propósito de que se puedan corregir. Es así como el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo establece que cuando una demanda adolezca de vicios de forma, los expondrá 'para que el demandante los corrija en el término de cinco (5) días...', facultad de la cual hizo uso el Tribunal, pero no por los defectos que ahora señala el honorable Consejero ponente, sino por otros que fueron los que llevaron al *a quo* a inadmitir la demanda".

"En otras palabras los únicos casos que el superior puede declarar inadmisible un recurso de apelación, es cuando no ha sido debidamente sustentado, tal como lo indica la Ley 2ª de 1984, y el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo, o en los supuestos del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en ningún caso puede hacer el juez una declaración en ese sentido, porque para eso la ley ha previsto otras oportunidades procesales".

*III. Consideraciones de la Sala:*

a) En relación con la cuantía de la demanda, dice el libelo:

"Como se trata de un contencioso de reparación directa y cumplimiento, que tiene su origen en un hecho (omisión) de una persona estatal del orden nacional en producir un acto que debió expedir en la ciudad de Bogotá el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, y como la cuantía de las pretensiones de cada uno de los demandantes exceda de los dos millones de pesos, según el numeral 10 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para conocer del presente asunto en *primera instancia*";

b) Por mandato expreso del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, "la demanda debe contener, entre otros requisitos..." *6. la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.*

Y conforme a los artículos 131 y 132, ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo la determinación de la cuantía resulta absolutamente necesaria para saber si el Tribunal Administrativo avoca el conocimiento del litigio en primera o única instancia;

c) Si la determinación de la cuantía ha de ser *"razonada"*, no basta la simple afirmación de que ella es superior a $ 2.000.000.oo; sino que precisa expresar los factores y sus valores, de los cuales resulta previas determinadas operaciones aritméticas, la cuantía del proceso, allí si en forma razonada aunque al final no resulte razonable;

d) En el *sub júdice*, cada demandante deduce varias pretensiones (acumulación objetiva) y como son varios demandantes (acumulación subjetiva) la figura es conocida como acumulación mixta o de objetos y sujetos, en la cual la cuantía se determina por el valor de la pretensión mayor de cada uno de los demandantes, lo que hacía mayormente imprescindible la estimación de la cuantía en la forma razonada que exige la ley y, ya se vio, el libelo ignoró este requisito;

e) Y no puede olvidarse que lo que toca con la jurisdicción y la competencia —como sucede en general con la competencia reglada— es de estrictísima interpretación, ajena a toda analogía, por ir envuelto en su ordenamiento el ejercicio de la principal función de la soberanía como es la de administrar justicia;

f) Una vez que surge la certidumbre de que se es legalmente juez del proceso, surge la necesidad y la capacidad para tratar de obtener la consecución de la justicia mediante el menor desgaste posible de la jurisdicción y la mayor economía de las partes, impidiendo que lo instrumental sacrifique o prive sobre la esencia del derecho.

Pero antes de tal certidumbre, toda intervención en el proceso, constituye atropello y exceso de poder o usurpación de jurisdicción.

Por lo expuesto, *se confirma* en todas sus partes, el auto suplicado.

Vuelvan los autos al Consejero sustanciador.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo*, Presidente Sala; *Antonio José de Irisarri R., Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate*, Secretario.

*CUANTIA. ESTIMACION RAZONADA. PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA.*

*Por mandato expreso del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, la demanda debe contener, entre otros requisitos... "la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia".*

*JURISDICCION Y COMPETENCIA. ANALOGIA. SON AJENOS A ELLA.*

*No puede olvidarse que lo que toca con la jurisdicción y la competencia —como sucede en general con la competencia reglada— es de estrictísima interpretación, ajena a toda analogía, por ir envuelto en su ordenamiento el ejercicio de la principal función de la soberanía como es la de administrar justicia.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., dieciocho de septiembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 4888. Actor: Alvaro Guerrero Silva y otros.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte apelante contra el auto de junio 30 de 1986, proferido por el señor Consejero conductor del proceso, por el cual se declaró inadmisible de apelación.

*I. La providencia suplicada:*

Dice así, en lo pertinente:

"1. De conformidad con el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo. Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa deberá contener... 6. La estimación razonada de la cuantía cuando sea necesario para determinar la competencia' ".

"Los artículos 131 y 132 numeral 10 del mismo código, señalan la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer en única o primera instancia, en su orden, de los procesos de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía sea inferior a dos millones de pesos, hoy dos millo-

nes ochocientos ochenta mil pesos, según el Decreto 3867 de 1985 en el primer caso, y en primera instancia cuando la cuantía exceda de la suma anotada".

"Las mismas normas señalan que cuando sea del caso determinar la cuantía para efectos de la competencia, se hará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 20, numeral 1º del Código de Procedimiento Civil".

"La forma como el actor hace la estimación de la cuantía no es *'razonada'*, como lo exige la ley, pues no basta la mera afirmación de que... 'la cuantía de las pretensiones de cada uno de los demandantes exceda de los dos millones de pesos' (fl. 21), sino que es necesario expresar el valor de los perjuicios ocasionados, como lo exige la norma citada".

"Tampoco se dan *'razones'* en los hechos que estructuran la *causa petendi*, ni estas se pueden deducir de los documentos acompañados. Ello explica que el sentenciador, en este caso, no tiene los elementos de juicio que le permitan llegar a la conclusión de que este asunto pueda ser revisado en segunda instancia".

"2. En el libelo se hace una acumulación de pretensiones tanto objetiva como subjetiva (mixta), como que se formulan varias pretensiones de unos demandantes (los que tienen varios buses), y, al mismo tiempo, varias personas formulan la demanda contra el mismo demandado. En el primer caso las varias peticiones no pueden sumarse para conseguir el efecto deseado, y sobre el particular, es oportuno recordar, como lo enseñan los procesalistas, que cuando '...las distintas pretensiones se ejerciten con la finalidad de que el juez se pronuncie sobre todas, es decir, cuando se formulan como principales, se tiene en cuenta el valor de la pretensión mayor. Así un Juez Civil Municipal podrá conocer de la demanda en la que se ejerciten varias pretensiones principales siempre y cuando que todas ellas sean de menor cuantía, aún en el caso de que, al ser sumadas, su total exceda el límite de su competencia; por lo tanto, tampoco se suman. De esta manera lo entendió siempre nuestra jurisprudencia y quedó aclarado en el nuevo Código de Procedimiento Civil (art. 20, numeral 2º)'. (Compendio de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Proceso Civil. Volumen Primero. Parte General. Quinta Edición. Editorial Panamericana. 1982. págs. 27 y 28 Devis Echandía Hernando)".

*II. Las razones del recurso:*

El recurso aparece sustentado así:

"Hermosa norma aquella que aparece como el cuarto artículo de nuestro Código de Procedimiento Civil y que reza: Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que *objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial.* Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes".

"Desafortunadamente, cuan pocas veces se recuerda ese precepto y con que facilidad se cree que la esencia del derecho y de los procesos está en las formas procesales y no en la justicia que a través de ellas se busca".

"Agregaría a lo anterior que el nuevo Código Contencioso Administrativo también trae una disposición que si bien se refiere expresamente a la etapa gubernativa, no por ello puede considerarse que no sea del caso aplicar en la actuación jurisdiccional".

"Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, 'la adecuada prestación de los servicios públicos y la *efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley*' (art. 2º del C. C. A.) (He subrayado)".

"En el caso que hoy someto a esa Sala de Decisión, si que podemos hablar del olvido de los principios sabios de las normas en comento".

"El Tribunal decidió inadmitir el libelo porque no presenté el documento "que acredite el carácter con que el actor se presente al proceso', porque olvidó que esa disposición (el artículo 139 del C. C. A.), agrega que esa exigencia es pertinente 'cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de hacerlo otro transmitido' ".

"Mi escrito fue víctima de la aplicación parcial de una norma legal, a un caso distinto del de la hipótesis legislativa".

"Ahora el honorable Consejero a quien correspondió la ponencia, al estudiar el recurso de apelación contra lo decidido por el *a quo*, encuentra que mi demanda es inepta porque no llenó los requisitos del artículo 137, numeral 6º del citado código".

"Primero, olvida la providencia que la obligación de dar una estimación razonada aunque no razonable de la cuantía de una acción, no nació el día en que se expidió el Decreto 01 de 1984, sino que existía en la Ley 105 de 1931, para los procesos civiles, y en la Ley 167 de 1941, para los asuntos contencioso administrativos. Siempre se exigió al demandante manifestar cual era el valor de su pleito, y lógicamente debía ser, como todo su escrito, consecuencia de un razonamiento cuerdo y lógico, aunque no quedara vertido en palabras llevadas a la demanda".

"En mi caso en la parte fáctica del libelo *(causa petendi)* manifesté que mis poderdantes habían dejado de percibir el aumento tarifario que les correspondía por cada vehículo de transporte público, que ascendía para cada uno a la suma de $ 700.000.oo para la época de presentación del libelo. Entonces si, por lo menos, alguno de mis poderdantes tenía tres o más vehículos, la cuantía de su pretensión era superior a dos millones de pesos".

"Como varios de mis poderdantes tenían más de tres vehículos, en forma por demás razonable, concluí que la cuantía de las pretensiones era superior a dos millones de pesos".

"Si podía acumular accciones, como lo hice, y si algunas de ellas era de la cuantía exigida por la ley para el trámite de la primera ins-

tancias, no puede ni criticársele la acumulación, ni mucho menos sostener que el asunto no es del conocimiento en primera instancia del Tribunal, por cuanto cumplí con los requisitos y entre ellos, el señalado en el numeral 1º cuando dice 'que el juez sea competente para conocer de todas, sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía'. En otras palabras, basta con que una de las pretensiones sea de mayor cuantía, para que proceda la acumulación, así las demás pretensiones sean de menor cuantía. Y por ello, no era procedente la inadmisión del recurso de apelación propuesto".

"Si la estimación de la cuantía del libelo fue razonada, no había razón para que el señor Consejero, me inadmita el libelo, ahora que habían llegado los autos al Consejo de Estado por vía de apelación. Se dice lo anterior porque con la decisión asumida en el fondo, se inadmitió la demanda, y mis poderdantes no tendrían recurso que les permitiera ejercitar su derecho de defensa".

"Sin embargo y asumiendo, en gracia de discusión, que la demanda adoleciera del vicio endilgado, lo cierto es que la ley ha previsto la oportunidad en que el juez debe anotar y señalar los defectos que se presenten, con el propósito de que se puedan corregir. Es así como el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo establece que cuando una demanda adolezca de vicios de forma, los expondrá 'para que el demandante los corrija en el término de cinco (5) días...', facultad de la cual hizo uso el Tribunal, pero no por los defectos que ahora señala el honorable Consejero ponente, sino por otros que fueron los que llevaron al *a quo* a inadmitir la demanda".

"En otras palabras los únicos casos que el superior puede declarar inadmisible un recurso de apelación, es cuando no ha sido debidamente sustentado, tal como lo indica la Ley 2ª de 1984, y el artículo 213 del Código Contencioso Administrativo, o en los supuestos del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, en ningún caso puede hacer el juez una declaración en ese sentido, porque para eso la ley ha previsto otras oportunidades procesales".

*III. Consideraciones de la Sala:*

a) En relación con la cuantía de la demanda, dice el libelo:

"Como se trata de un contencioso de reparación directa y cumplimiento, que tiene su origen en un hecho (omisión) de una persona estatal del orden nacional en producir un acto que debió expedir en la ciudad de Bogotá el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, y como la cuantía de las pretensiones de cada uno de los demandantes excede de los dos millones de pesos, según el numeral 10 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para conocer del presente asunto en *primera instancia*";

b) Por mandato expreso del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, la demanda debe contener, entre otros requisitos... *'6. la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesario para determinar la competencia'.*

Y conforme a los artículos 131 y 132, ordinal 10 del Código Contencioso Administrativo la determinación de la cuantía resulta absolutamente necesaria para saber si el Tribunal Administrativo avoca el conocimiento del litigio en primera o única instancia;

c) Si la determinación de la cuantía ha de ser *"razonada"*, no basta la simple afirmación de que ella es superior a $ 2.000.000.oo; sino que precisa expresar los factores y sus valores, de los cuales resulta previas determinadas operaciones aritméticas, la cuantía del proceso, allí si en forma razonada aunque al final no resulte razonable;

d) En el *sub júdice*, cada demandante deduce varias pretensiones (acumulación objetiva) y como son varios demandantes (acumulación subjetiva) la figura es conocida como acumulación mixta o de objetos y sujetos, en la cual la cuantía se determina por el valor de la pretensión mayor de cada uno de los demandantes, lo que hacía mayormente imprescindible la estimación de la cuantía en la forma razonada que exige la ley y, ya se vio, el libelo ignoró este requisito;

e) Y no puede olvidarse que lo que toca con la jurisdicción y la competencia —como sucede en general con la competencia reglada— es de estrictísima interpretación, ajena a toda analogía, por ir envuelto en su ordenamiento el ejercicio de la principal función de la soberanía como es la de administrar justicia;

f) Una vez que surge la certidumbre de que se es legalmente juez del proceso, surge la necesidad y la capacidad para tratar de obtener la consecución de la justicia mediante el menor desgaste posible de la jurisdicción y la mayor economía de las partes, impidiendo que lo instrumental sacrifique o prive sobre la esencia del derecho.

Pero antes de tal certidumbre, toda intervención en el proceso, constituye atropello y exceso de poder o usurpación de jurisdicción.

Por lo expuesto, *se confirma* en todas sus partes, el auto suplicado.

Vuelvan los autos al Consejero sustanciador.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente Sala; *Antonio José de Irisarri R., Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*PERENCION DEL PROCESO.*

*I. En la legislación procedimental de lo contencioso administrativo.*

*II. Elementos estructurales,*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., primero de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Antonio José de Irisarri Restrepo.* Con la colaboración del Magistrado auxiliar: *Doctor Ramiro Borja.*

Referencia: Expediente número 4822 (95). Actor: Clara Rugeles de Albornoz y otro. Demandado: Distrito Especial de Bogotá.

Los señores Clara Rugeles de Albornoz y Jaime Bahos Hurtado, por conducto de apoderado judicial, interpusieron el recurso de apelación contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 14 de noviembre de 1985, mediante la cual se decretó la perención del proceso.

*I. La providencia apelada:*

El *a quo* fundamentó su decisión en el informe secretarial según el cual "la parte interesada no ha suministrado las expensas de ley para poder cumplir con la notificación" (fl. 143, cuaderno 1) del auto que admitió la corrección de la demanda, al señor Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, durante el lapso comprendido entre el 17 de abril de 1985, cuando se le notificó al Fiscal y el 25 de octubre de 1985, cuando entró a Despacho con el poder conferido por el Personero Distrital.

*II. La impugnación:*

El apelante sostiene como fundamento de su impugnación que sí se pagó el valor de la notificación a mediados del mes de junio de 1985, pero que no puede probar el pago con el recibo porque este se extravió el 6 de noviembre de 1985, en manos de su dependiente judicial, señor Francisco Solórzano Palacios, cuando éste tuvo que "salir presuroso y confundido del Palacio de Justicia al iniciarse la pavorosa balacera dejando abandonada en la portería la papelera o maletín en donde lo guardaba, junto con muchos otros papeles y documentos propios de su oficio" (fl. 153, cuaderno 1). El apoderado

ofreció, como medio de convicción, el testimonio de su dependiente, para cuyo efecto aportó la dirección del mismo.

*III. Consideraciones de la Sala:*

La segunda instancia se tramitó legalmente, sin manifestación alguna de la parte contraria, no obstante que ya había sido notificado el Alcalde Mayor de Bogotá (fl. 121, cuaderno 1) del auto admisorio de la demanda, y ya había comparecido la Personería Distrital (fls. 121 a 133, cuaderno 1).

Conviene precisar que la institución de la perención, como forma de terminación anormal y anticipada del proceso, es nueva dentro de la legislación procedimental de lo contencioso administrativo, circunstancia que obliga a entenderla y aplicarla dentro de los moldes conceptuales que orientan este tipo de procesos, en los que la oficiosidad en la impulsión es la norma general y la impulsión por iniciativa particular es la excepción.

Los elementos estructuradores de la perención son los siguientes:

A) *Que el proceso permanezca inactivo durante seis meses,* contados desde la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia o desde la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público. Obvio que la inactividad tiene que ser injustificada, pues no se le puede llamar así a aquella que surge como consecuencia de circunstancias que la justifican. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el decreto de pruebas fijó la audiencia para una fecha posterior que implique una espera superior al lapso indicado;

B) *Que no exista decreto de suspensión del proceso,* pues en tal evento existe una causa que justifica la inactividad: La orden judicial;

C) *Que el proceso se encuentre en primera o única instancia* de donde resulta que la perención no es legalmente posible durante la segunda instancia, ni durante la actuación posterior a la sentencia que le puso fin a la instancia;

D) *Que la impulsión del proceso corresponda al demandante,* como quiera que se trata de sancionarlo precisamente por no haber cumplido con una carga procesal de actividad, y

E) *Que la perención no esté prohibida,* atendida la circunstancia de que a ese principio general la ley ha hecho excepciones, como en los procesos de nulidad, en los cuales está vedada esa forma de terminación del proceso.

En relación con el elemento que se refiere a la impulsión del proceso *como carga del demandante,* exigencia que no existe en el procedimiento civil, debe precisarse que ella sólo ocurre cuando una norma legal se la impone expresamente, como en el evento de los gastos que se causen en la práctica de las diligencias y pruebas que solicite (arts. 389 del C. de P. C. y 267 del C. C. A.). Pero es obvio que si las pruebas o diligencias pueden practicarse sin gasto alguno, la parte interesada no está obligada a pagar suma ninguna, porque se le

obligaría a realizar una erogación sin causa, con violación de la ley que prohíbe autorizar o tolerar el cobro de derechos por servicios no remunerables (art. 387 del C. de P. C.). Y es que el servicio que prestan los empleados subalternos de los despachos judiciales, cuando se trata de notificaciones, como en el caso *sub júdice*, no es especialmente remunerable para ellos por el interesado. La obligación de éste se contrae a pagar los gastos que ocasione la diligencia, en forma real y efectiva, entre los cuales no está el sueldo o servicio personal del empleado judicial.

En el caso que se examina, estima la Sala que ninguna erogación era necesaria para que se le notificara al Alcalde Mayor de Bogotá, cuyo despacho está situado a tres o cuatro cuadras del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como es de público conocimiento. En consecuencia, no resultaba procedente aplicar en este asunto la institución de la perención, por lo que tal providencia habrá de revocarse.

Por lo expuesto, *se resuelve:*

*Revocar* el auto dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fechado el 14 de noviembre de 1985, mediante el cual se decretó la perención del presente proceso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

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

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de la Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ACCION DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.*

*ACCION PUBLICA. Procedencia.*

*ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES. Demanda.*

*ACUMULACION DE PRETENSIONES INDEBIDA.*

*ACUMULACION DE PROCESOS.*

*ACTOS SEPARABLES. Demanda.*

*DEMANDA CORRECCION.*

*Artículo 143 del Código Contencioso Administrativo. Corrección por existencia de defectos formales o ante falta de ciertos anexos.*

*INADMISION DE LA DEMANDA. ¿Operancia dentro del proceso administrativo?*

*ACUMULACION DE PROCESOS en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 267 del C. C. A.).*

*INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES:*

*ACCION PUBLICA. Procedencia (art. 84 del C. C. A.).*

*ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Procedencia.*

*ACTO REGLA. Violación.*

*INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.*

*No configura o conforma una causal de incompetencia.*

*ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES.*

*Demanda. ACTOS SEPARABLES.*

*DEMANDA. Inadmisión.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., primero de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4880. Minas. Actor: Ocidental de Colombia Inc.

Procede la Sala a decidir el recurso de súplica interpuesto contra el auto de agosto 21, mediante el cual el señor Consejero ponente rechazó *in límine* la demanda presentada por las compañías "Occi-

dental de Colombia Inc." y "Shell de Colombia Inc." contra la Nación "por la incompetencia surgida de la indebida acumulación de pretensiones".

Resume su extenso y bien razonado alegato la parte recurrente de la siguiente forma:

"De conformidad con la jurisprudencia de ese honorable Consejo, especialmente la contenida en la sentencia de 10 de agosto de 1961, sintetizada en el auto recurrido, en el punto III b) es posible intentar por el interesado el recurso objetivo, o sea la acción de nulidad, dentro de los cuatro (4) meses del plazo de caducidad, para obtener el restablecimiento de su derecho cuando la sentencia favorable a sus pretensiones, determine el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por el acto acusado.

"A igual conclusión llega el auto que recurro cuando en el punto 8 concluye que por excepción cuando el acto impersonal, general y abstracto lesiona directamente un derecho civil o administrativo puede impugnarse mediante la acción de restablecimiento del derecho del acto reglamentario.

"2. Uno de los actos acusados, el Decreto 128 de 1986, en contra de lo que afirma el auto que recurro, es no sólo un acto general y abstracto, sino que por su contenido mismo implica el desconocimiento de situaciones jurídicas individuales, como se explica a lo largo de toda la demanda.

"Por otra parte, no sólo como excepción, según lo admite el auto recurrido, sino que la regla general debe ser la de que no hay inconveniente en acumular la acción pública de nulidad del acto general y abstracto, cuando se acusa de ser nulo por cualquiera de los motivos previstos en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo con la acción de restablecimiento del derecho cuando ésta se interpone dentro de los cuatro (4) meses del plazo de caducidad.

"Efectivamente, el actor que pide el restablecimiento del derecho es también titular de la acción pública de nulidad y está obviamente dentro de la oportunidad de ejercerla, pues ésta no caduca. La acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo no es contradictoria sino complementaria de la de nulidad prevista en el artículo 84. La expresión 'además' del artículo 84 indica que además de la nulidad del acto administrativo, que puede ser de carácter general o particular, prevista en dicho artículo, se puede pedir el restablecimiento del derecho.

"4. El auto no tenía por qué rechazar la pretensión de nulidad de la carta del Ministro de Minas y Energía del 5 de febrero de 1986, que es un acto particular y concreto. Dicha pretensión no es incompatible con la petición de nulidad del Decreto 128 de 1986, y si ésta se declaraba inadmisible, ello no tenía por qué significar el rechazo de la pretensión sobre nulidad de la mencionada carta del Ministro, que es un acto administrativo particular y concreto y como tal constituye el objeto propio de la acción

de restablecimiento del derecho según el auto que recurro. Ello con mayor razón a la posibilidad de acoger en una sentencia una petición y rechazar otra.

"5. En la demanda no se intentó ninguna acción contractual, pues no se demandó a la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL que es la contraparte de las sociedades demandantes en el contrato de asociación. Sólo se pidió que se notificara la demanda, en cuanto podía tener interés en el resultado del proceso. La intención al mencionar el contrato de asociación consiste exclusivamente en señalar como el Decreto acusado 128 de 1986 por sí mismo y sin necesidad de actos posteriores e individuales de ejecución viola ese contrato, pues se aplica a los oleoductos de uso privado ya construidos al amparo de contratos de asociación que regulan su operación y manejo".

Para la Sala el auto deberá mantenerse en su integridad porque es evidente que la demanda presenta una indebida acumulación de pretensiones, no sólo por razones sustantivas sino también por otras de orden estrictamente procesal.

Basta leer cada una de las peticiones formuladas en el libelo y que aparecen escritas de folios 212 a 215 inclusive y transcritas en el auto recurrido, para concluir que allí se acumulan pretensiones de distinta índole, entre las que cabe destacar, en síntesis:

a) La nulidad parcial de un decreto reglamentario de carácter general o abstracto (arts. 2 a 8 del Decreto 128 de 1986);

b) La nulidad del acto particular contenido en la comunicación 02291 del mismo año;

c) El restablecimiento consecuencial a dichas nulidades o sea el pago de perjuicios; el mantenimiento del carácter de operador obtenido por la demandante mediante un contrato de asociación anterior a aquel decreto; la declaratoria de inaplicación de éste; y

d) El respeto al contrato de asociación celebrado entre la Occidental y Ecopetrol, en los términos convenidos.

Hecha la precisión anterior, se anota:

Según el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo el ponente, cuando estime que la demanda es pasible de corrección por carecer de los requisitos y formalidades previstos para la admisión de la misma, expondrá, en auto susceptible de reposición, los defectos e informalidades que observe para que sean corregidos. Esta orden de corrección sólo podrá darse ante la existencia de defectos formales o ante la falta de ciertos anexos; porque si los defectos obedecen a circunstancias de fondo, v.gr. caducidad, incompetencia, falta de jurisdicción o indebida acumulación de pretensiones, no podrá ordenarse corrección alguna y la decisión no podrá ser otra que la de inadmisión de la demanda. Aunque este último fenómeno no está expresamente enunciado en el Decreto 01 y menos en la norma mencionada, su operancia dentro del proceso administrativo es indiscutible, como lo es también la figura afín de la acumulación de procesos, con base en el mandato del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo y

por ser perfectamente compatibles con la naturaleza de los procesos y actuaciones que competen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La indebida acumulación de pretensiones constituye una razón sustancial, no sólo porque el juzgador no podrá, de entrada, elegir las que sean susceptibles de su juzgamiento y rechazar las que no lo sean, sino también porque, como sucedió en el caso concreto, no se dan los supuestos para la viabilidad de tal acumulación contemplados en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que a la letra dice:

"El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurran los siguientes requisitos:

"1. Que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.

"2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí salvo que se propongan como principales y subsidiarias.

"3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

"En la demanda sobre prestaciones periódicas, podrá pedirse la condena líquida del demandado o las que se llegaren a causar entre la presentación de aquella y la sentencia de cada una de las instancias.

"También podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros.

"En las demandas ejecutivas podrán acumularse pretensiones de varias personas que persigan, total o parcialmente, unos mismos bienes del demandado, con la limitación del numeral 1 del artículo 149".

Aplicada esta norma al caso concreto, cabe afirmar:

No todas las pretensiones serían del conocimiento de esta Corporación ni tramitables por el mismo procedimiento.

Mientras la de nulidad del acto reglamentario sería de competencia de esta Corporación en única instancia y por la vía del proceso ordinario (arts. 128 numeral 1 y 206 y ss. del C. C. A.), la de restablecimiento relacionada con la nulidad del acto contenido en la comunicación 02291, sería del conocimiento de un Tribunal administrativo por la misma vía, en primera instancia, en razón de la cuantía. Además, aunque explícitamente no le acepte así el demandante, se formula una pretensión contractual, por la incidencia que el fallo puede tener en las relaciones derivadas del contrato celebrado entre "Occidental y Ecopetrol".

Sobra afirmar que cuando se pide que se le notifique también el auto admisorio de la demanda a un tercero (Ecopetrol, para el caso)

como aconteció aquí, por existir una relación contractual que puede afectarse, se le está haciendo parte procesal con todos los derechos que la ley le confiere al así demandado para la salvaguarda de su situación jurídica. Es el mismo demandante el que pide las notificaciones "porque esta entidad puede tener interés directo en los resultados del presente proceso, ya que los actos administrativos acusados modifican y afectan el contrato de asociación Cravo Norte (en adelante El Contrato), celebrado por Ecopetrol con Occidental de Colombia Inc. de 11 de junio de 1980 y en el cual tiene hoy en día Shell un interés del 25%; de que trata el hecho primero y por cuanto numerosos actos de Ecopetrol se invocan como hechos de la demanda".

Pone de presente esta pretensión una controversia contractual, enjuiciable por una vía especial y del conocimiento, en primera instancia, del Tribunal. Confirma esto, además, que no todas las pretensiones serían contra un mismo demandado.

Lo anterior sería más que suficiente para confirmar el bien estudiado auto recurrido. Con todo, la Sala de Decisión agrega:

Hoy, y tal como sucedió durante la vigencia de la Ley 167 de 1941, rigen ciertos principios procesales ya muy decantados, en torno a las acciones de nulidad y restablecimiento (plena jurisdicción en la citada ley) que pueden sintetizarse así:

a) La acción pública de simple nulidad (art. 84 del C. C. A.) procede no sólo contra los actos de contenido general o abstracto, sino también contra los de contenido particular, pero, en ambos eventos, sin excepción, únicamente con fines del mantenimiento del orden jurídico;

b) La acción de restablecimiento procede, en principio, sólo contra los actos de contenido particular, porque estos son los que pueden afectar la esfera de los derechos de un sujeto determinado, con prescindencia de los demás, como que tales actos definen, a nivel administrativo, lo que es derecho en un caso individual;

c) Cuando la simple nulidad de un acto de contenido particular restablece automáticamente el derecho conculcado por él mismo, la acción no podrá ser sino de restablecimiento y dentro de los lineamientos propios de ésta;

d) Un acto de contenido general, en principio también, no podrá impugnarse en acción de restablecimiento porque su nulidad no podrá tener otro efecto que el de hacerlo desaparecer del ordenamiento, ya que el juez administrativo en tal evento no podrá hacer una declaración consecuencial y menos precisar efectos reparadores;

e) El acto regla, que no se agota con la primera aplicación que de él se haga, requiere, de ordinario, la expedición de un acto particular de aplicación, que es, en definitiva, el que puede afectar la esfera de los derechos del administrado individualmente considerado. Antes de que este acto se expida no podrá hablarse en la mayoría de las veces de la violación de un derecho subjetivo; violación que sólo vendrá a concretarse cuando la administración, con fundamento en el mandato abstracto, dicte el acto particular.

Finalmente, no existe duda alguna en la índole de acto general que tiene el Decreto 128 de 11 de enero de 1986, por el cual anota su enunciado "se reglamenta la Ley 1ª de 1984 en lo relativo al sistema de transporte de crudos por oleoductos de uso privado y terminales"; como tampoco puede dudarse de la individualidad del acto contenido en la comunicación número 02291 de 5 de febrero de 1986, en la que el señor Ministro de Minas dispone que "la operación y mantenimiento del oleoducto Caño - Limón - Río Zulia - Ayacucho - Coveñas y el Terminal, estarán sujetos a las prescripciones del artículo 1º del Decreto 128 de 1986".

La Sala de Decisión, en conclusión, comparte la mayoría de los argumentos brillantemente expuestos en el auto recurrido. Con todo, y para evitar algunos equívocos, se hacen algunas precisiones finales, así:

a) Para esta Sala la indebida acumulación de pretensiones no configura o conforma una causal de incompetencia. Cuando a pesar de ella se tramita el proceso, no se producirá la nulidad de éste por falta de competencia sino que la decisión deberá ser inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda;

b) Los actos administrativos contractuales —no separables— podrán demandarse tan pronto estén ejecutoriados. La previsión de que sólo puedan demandarse luego de terminado o liquidado el contrato, como lo afirma el auto en el literal e) (a fl. 33), se refiere sólo a los separables, tal como lo expresa el inciso 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. Y en parte alguna dice dicho código que los contractuales deben seguir esta misma regla. El mismo autor del auto recurrido así lo da a entender cuando acepta que esa fue propuesta suya no atendida en el seno de la comisión redactora del código administrativo (a fl. 34).

Aunque la solución legal no es la más técnica, ya que los separables, al poderse desligar de la operación contractual misma, deberían permitir su impugnación inmediata, la regla del código no permite otra conclusión. Se entiende, como es obvio, que si el contrato no llegó a celebrarse, el acto separable podrá demandarse a partir de su ejecutoria;

c) Para la Sala no existe inconveniente alguno para que el acto contractual pueda demandarse antes de la terminación o liquidación del contrato. Baste pensar en los actos de modificación o interpretación unilaterales para concluir que sería más grave para la suerte misma del contrato que el contratista tuviera que someterse, contra su voluntad, a los nuevos supuestos y sólo los pudiera discutir luego de terminado el contrato, cuando la nueva situación lo hubiera colocado en estado de incumplimiento;

d) Tampoco entiende la Sala a qué actos "sobre la ejecución o cumplimiento del contrato" se refiere el proveído suplicado, "que no acreditan su calificación de actos administrativos contractuales ni imponen su impugnación jurisdiccional expresa" (Ver extractos 1986 a folio 35).

Y no lo entiende, porque la conducta contractual de la administración durante la ejecución o cumplimiento del contrato puede traducirse o en actos administrativos o en hechos de ejecución; actos y hechos no susceptibles de igual tratamiento, ya que cuando se dan aquellos y constituyen la causa de la controversia, deberán impugnarse expresamente porque sólo así podrá disponerse el restablecimiento pretendido.

De allí que si la administración, unilateralmente, toma una medida que directa o indirectamente afecte la relación contractual producirá un acto administrativo y su impugnación expresa se impondrá para el mantenimiento de la misma en los términos acordados.

Cosa distinta sucede con el particular contratista, ya que frente a éste su conducta contractual no se traduce ordinariamente sino en una serie de hechos (conductas de cumplimiento o de abstención); entre otras razones, porque no posee el poder para expedir decisiones ejecutorias.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión,

*Resuelve:*

Confírmase, con las precisiones hechas, el auto de agosto 21 de 1968, dictado por el señor Consejero Valencia Arango.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente Sala; *Antonio J. de Irisarri Restrepo,* Con aclaración de voto; *Julio César Uribe Acosta.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS.*

*(Aclaración de voto).*

*1. Artículo 87 del Decreto 01 de 1984.*

*2. En el caso* sub júdice *la demanda NO DEDUCE PRETENSION CONTRACTUAL ALGUNA.*

*ACLARACION DE VOTO*
*DEL DOCTOR ANTONIO J. DE IRISARRI RESTREPO*

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente número 4880. Minas. Actor: "Occidental de Colombia Inc. y otra".

Discrepo respetuosamente de la opinión mayoritaria en cuanto considera que la demanda acumula pretensiones contractuales a las de nulidad y de restablecimiento del derecho, por las siguientes razones que sucintamente expongo:

A) Las pretensiones contractuales que sea posible deducir ante la jurisdicción contencioso administrativa, son las que el nuevo Código Contencioso Administrativo denomina, en su artículo 87, "acciones relativas a contratos". Ellas son únicamente las siguientes:

a) La que persiga *"un pronunciamiento"* de la jurisdicción en lo contencioso administrativo *sobre la existencia* de un contrato administrativo, o de uno interadministrativo o de uno de derecho privado de la administración en que se haya pactado la cláusula de caducidad;

b) La que busque *"un pronunciamiento"* de la jurisdicción especializada *respecto de la validez* de uno de los contratos indicados en el ordinal anterior;

c) Aquella que vaya en procura de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo *decrete la revisión* de un contrato administrativo, o interadministrativo o de derecho privado de la administración en que se haya pactado cláusula de caducidad, y

d) La que se proponga ante la jurisdicción contenciosa para que ésta *declare que el contrato fue incumplido; que,* en consecuencia, *la responsabilidad patrimonial de la parte que lo incumplió está comprometida y* por ende, *debe resarcir los perjuicios* ocasionados a la parte que sí cumplió o se allanó a cumplir el contrato en la forma y tiempo debidos.

Aparte de las anteriores, pero no ya con el carácter de pretensiones contractuales propiamente tales, sino sujetas al régimen propio de los contenciosos de nulidad y de restablecimiento del derecho, están

las pretensiones que pueden hacerse valer ante la jurisdicción especial contra los denominados "actos separables" del contrato a que aluden el inciso final del artículo 87 y el inciso séptimo del artículo 136 del nuevo Código Contencioso Administrativo;

B) La lectura reposada de las súplicas contenidas en la demanda me lleva a la ineludible conclusión de que el libelo no plantea ni como petición principal, ni como petición subsidiaria, ninguna de las únicas pretensiones contractuales que pueden deducirse en juicio contencioso administrativo contra un contrato de los mencionados en el artículo 87 del nuevo Código Contencioso Administrativo. Si la demanda menciona el contrato existente entre las sociedades demandantes y "ECOPETROL" es tan sólo con el propósito inequívoco de poner de manifiesto la pretensión de "restablecimiento del derecho", restablecimiento que la actora hace consistir en el respeto o amparo que la jurisdicción debe otorgarle a la situación jurídica de carácter individual y concreto que, según ella, se deriva del antedicho contrato. Pero las sociedades demandantes no persiguen en forma alguna —y ello es algo evidente— pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la existencia de tal contrato, ni sobre su validez o invalidez, ni aspiran a una revisión del mismo, ni pretenden que la Corporación declare que ECOPETROL incumplió el contrato;

C) Por ello, considera equivocado el planteamiento contenido en el auto del 21 de agosto de 1986, salido de la mesa del Consejero doctor Jorge Valencia Arango, y equivocada también, en consecuencia, la decisión confirmatoria de aquél, cuando considera que al solicitar el libelo que se notificara a ECOPETROL el auto admisorio de la demanda "por cuanto esta entidad puede tener interés directo en los resultados del presente proceso...", está involucrando a la mencionada empresa como parte demandada. Y es equivocado tal planteamiento —a mi modesto juicio— toda vez que ECOPETROL no puede ser considerada como parte demandada ya que, como queda visto, la demanda *no deduce pretensión contractual alguna.*

Debo manifestar, finalmente, que veo con preocupación cómo tanto el auto suplicado y la providencia que lo confirma, comienzan a esbozar una tímida pero latente rectificación de la jurisprudencia de la Corporación según la cual no es la generalidad o la particularidad del acto impugnado lo que ha de servir como criterio determinante del contencioso ejercitable, sino los móviles que la ley asigna a cada acción y el derecho que se pretende salvaguardar con el ejercicio de la acción incoada. Ojalá me equivoque en este presentimiento, pues de confirmarse mis sospechas, el asunto ameritaría el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, a términos del artículo 24 del Decreto-ley 528 de 1964.

Así, pues, en el entendimiento de que lo expuesto en la providencia que precede no rectifica sino que, por el contrario, ratifica la jurisprudencia del Consejo llamada "de los móviles y finalidades" de las acciones contenciosas de simple nulidad y de nulidad con restablecimiento, es como puedo compartir la decisión que antecede, ya que es evidente, de otra parte, que la demanda acumula en forma indebida una pretensión de mera nulidad a una nulidad con restablecimiento, siendo competente el Consejo de Estado para conocer de la primera

en única instancia, como lo expresa el numeral 1 del artículo 128 del nuevo Código Contencioso Administrativo, al paso que respecto de la segunda, la competencia para su conocimiento está radicada, en primera instancia, en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según los términos del numeral 9 del artículo 132 del propio código, y en consideración a que los poderes de interpretación de la demanda no pueden ser tan vastos que le permitan al juzgador desconocer los términos claros y el propósito definido expuestos por el demandante en su libelo.

Bogotá, D. E., octubre diez (10) de 1986.

*Antonio José de Irisarri Restrepo.*

*DEMANDAS. PRESUPUESTOS PROCESALES. FALTA DE JURISDICCION. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION EN PRETENSIONES DE REPARACION DIRECTA O DE CONDENA.*

*CONDUCTA TEMERARIA O DE MALA FE.*

*ETICA PROFESIONAL. FALTAS. CONDUCTA TEMERARIA O DE MALA FE DEL APODERADO.*

*El artículo 73 del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez para hacer la correspondiente condena al pago de los perjuicios causados, independientemente de los costos a que haya lugar, solidariamente con la parte principal.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 4734. Apelación de la sentencia proferida por el honorable Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico. Actor: Mauricio Alvarez Correa. Demandado: Municipio de Barranquilla.

I

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el honorable Tribunal Administrativo del Atlántico el día veintisiete (27) de abril de mil novecientos ochenta y cinco (1985), en virtud de la cual definió que: "...no hay lugar a pronunciamiento alguno por ineptitud sustantiva de la demanda".

Para una mejor comprensión del asunto, se hace a continuación la presentación de los hechos que estructuran la *causa petendi*; del alcance el *petítum* y de los fundamentos de derecho, en lo pertinente.

*Causa petendi:*

En los aspectos que tienen interés para la Sala se presentaron en lo sustancial así:

"1º Por la Ley 107 de 1936 el Congreso ordenó proveer al mejoramiento económico de las tierras y al efecto confirió al Gobierno Nacional autorizaciones para hacer estudios de las zonas susceptibles de ser regadas o desecadas económicamente; para la ejecución de las

obras de regadío y desecación y para cobrar el valor de tales obras de conformidad con el artículo 7º de la referida ley que dice: 'El Gobierno procederá a cobrar el impuesto de valorización tan pronto como se ejecuten las obras y se haga notorio el beneficio, y pudiendo recibir tierras en pago o haciéndolo efectivo en dinero'.

"2º Para lo referente al caso especial de la desecación que necesitaba el saneamiento de la Zona Negra situada en la banda occidental del río Magdalena y comprendida entre el Acueducto Municipal de Barranquilla y el corregimiento de Siape, del mismo Municipio, el Congreso expidió expresamente la Ley 39 de 1943 de carácter especial por la cual confirió al Gobierno Nacional amplias autorizaciones entre las cuales está la del artículo 4º para que se celebrara un contrato entre la Nación y el Municipio de Barranquilla, con el objeto de dar cumplimiento a las disposiciones de la referida ley.

"3º La citada Ley 43 determinó claramente las obras que la Nación debía llevar a cabo en la nombrada Zona Negra de Barranquilla y el orden en que debían emprenderse así como la forma de financiación que era el objetivo principal que se buscaba con la celebración del contrato con el Municipio de Barranquilla que principalmente iba a beneficiarse con tales obras.

"4º Con base en esa Ley 39 de 1943, entre el Ministro de Higiene y el Municipio de Barranquilla, según entiendo, se celebró un contrato que luego se modificó por otro posterior, pero en la celebración de ambos contratos, ninguno de los cuales tuvo cumplimiento por parte del Municipio, no se tuvieron en cuenta las prescripciones de la citada Ley 39, ni el Municipio ejecutó obra ninguna, ni hizo los aportes que la ley le imponía. Según se ha sabido después de lo que se ocuparon algunos agentes, reales o supuestos del Municipio, fue de hacer cálculos y formular cuentas por crecidas sumas de dinero a cargo de los propietarios circunvecinos, por concepto de obras de relleno que pretendían que irían a beneficiar a tales propietarios, pero las cuales nunca ejecutó el Municipio.

"5º Por el citado contrato estipuló que el Departamento de Malariología del Ministerio de Higiene tomaría a su cargo la realización de las obras de saneamiento de la Zona Negra, y que tal Departamento estaría facultado para reglamentar el cobro del Impuesto de Valorización y en esa estipulación tuvo origen la llamada Junta de Valorización que como es evidente, no fue de creación legal.

"6º Pero en fecha de 24 de diciembre de 1947, los señores J. B. Giusto, Efraín Pereira e Isaac Senior Lascano, que decían ser miembros de una Junta que denominaron 'Junta de Valorización de la Zona Negra - Sección Cuarta (4ª)' y manifestando que dizque obraban en tal carácter es decir, en carácter de 'Junta' dispusieron probablemente creyéndose facultados legalmente según supongo, imponer al doctor Mauricio Alvarez Correa una contribución por suma de pesos, y al efecto redactaron un escrito al que denominaron 'Resolución número 12 de 1947', escrito que dice basarse en varias consideraciones y que en la parte pertinente de lo ordenado dice: 'Resuelve (la pretendida Junta) artículo único: Imponer como en efecto impone al señor Mauricio Alvarez Correa, una *contribución* (el subrayado es mío) por valor de doscientos noventa y siete mil trescientos pesos ($ 297.300.oo)

moneda colombiana equivalente a la parte del impuesto de valorización de que trata el ordinal a) del artículo primero del Reglamento Orgánico de Valorización para la Zona Negra, suma que será pagada por el contribuyente al Tesorero de la Junta, en los términos prescritos por el artículo veinticuatro (24) del aludido Reglamento de Valorización'. Y agrega el escrito referido llamado *'Resolución número 12'*:

"'*Parágrafo:* Es entendido que *si una vez verificado el relleno,* la cantidad de éste no se ajustare a las medidas, colindancias o precio unitario de que aquí se ha hecho referencia y que ha servido de base para la liquidación, se harán por la Junta los reajustes a que hubiere lugar'.

"7º Los referidos señores que diciendo actuar como miembros de la Junta referida, que creían o suponían existente legalmente dictaron esa llamada *'Resolución número 12'* a que se ha hecho referencia, dijeron fundarla, en que, según ellos 'de conformidad con los cálculos verificados por los ingenieros de la Malariología, el lote de terreno ubicado en la Zona Negra, situado en la orilla oriental del futuro Caño de la Ahuyama, que figura como de propiedad del señor Mauricio Alvarez Correa, y cuyas medidas y colindancias constan en la referencia número veintiuno (21) del plano de Malariología, necesita una cantidad de rello equivalente a doscientos noventa y siete mil metros cúbicos' y expresaron además que la Junta había acordado 'fijar la suma de un peso ($ 1.oo) moneda colombiana, como costo del metro cúbico de relleno'.

"8º El terreno aludido, de cuyo costo es la proyectada obra de relleno se trataba, en el referido escrito llamado *'Resolución número 12'*, era efectivamente, desde el año de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) de propiedad de mi poderdante el doctor Mauricio Alvarez Correa, quien lo había adquirido por compra hecha a la señora Dominga Dávila viuda de Alvarez Correa, según consta en la escritura pública número cuatro mil quinientos cuarenta y cuatro (4.544) de once de octubre del referido año de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) otorgada en la Notaría Cuarta del Municipio de Bogotá, escritura que fue debidamente registrada y en la que constan las medidas y linderos del terreno referido, que son las siguientes: '. . . . . .'

"9º El derecho de dominio del doctor Mauricio Alvarez Correa sobre el terreno descrito en el ordinal precedente fue reconocido por la honorable Corte Suprema de Justicia por sentencia con fuerza de cosa juzgada de fecha junio 30 de 1948, que fue debidamente registrada en la Oficina de Registro de Barranquilla.

"*Décimo:* En fecha 8 de marzo de 1949 en Barranquilla, los señores Efraín Pereira F., Carlos A. Penso U. e Isaac Senior Lascano, diciendo ser miembros de una Junta que se denominaba a sí misma *'Junta de Valorización para la Zona Negra - Sección Cuarta'* y manifestando que dizque obraban en tal carácter, o sea, en carácter de 'Junta', dispusieron creyéndose facultados legalmente como he dicho, imponer legalmente como he dicho, imponer también al doctor Mauricio Alvarez Correa una contribución de treinta y cuatro mil cuatrocientos sesenta pesos con cincuenta y seis centavos ($34.460.56) 'en concepto de impuesto de valorización por la apertura de un nuevo canal de la

Ahuyama'. Tal disposición la tomaron dichos señores en un escrito al que titularon *'Resolución número 40'* redactado en nombre de la referida supuesta 'Junta' que dichos señores suponían legalmente existente y de la que seguramente se creían miembros. Para tratar de justificar o de explicar su determinación decían dichos señores en el mencionado escrito intitulado *Resolución número 40* 'que el doctor Mauricio Alvarez Correa figuraba como propietario del lote de terreno con referencias número veintiuno (21) y veintiuno A (21A) del plano de Malariología y que a ese lote correspondía por la nueva apertura del referido caño, la expresada suma, como impuesto de valorización. El lote en referencia era el del que se trataba en la llamada 'Resolución número 12' y por cuyo imaginario relleno calculado en 279.300 metros cúbicos se le había ya ordenado pagar la enorme suma de $ 297.300.oo moneda legal, sin que le hubieran echado dichos señores ni el Municipio ni un solo metro cúbico de relleno y viniendo así a quedar gravado el predio dos veces.

"*Undécimo:* En forma análoga a la de las resoluciones 'referidas, la llamada «Junta de Valorización» de la Zona Negra - Sección Cuarta', dictó otras resoluciones por las cuales imponía gravámenes por concepto de 'valorización' a otros propietarios que tenían terrenos ubicados en la referida zona. Pero no hubo ningún propietario, con la sola excepción del doctor Mauricio Alvarez Correa, que hiciera caso de las referidas resoluciones, pues sabían que el impuesto en referencia no se había causado y que la Junta no tenía, por lo demás, existencia legal ni las facultades que se arrogaba y que creía tener.

"*Duodécimo:* El doctor Mauricio Alvarez Correa, que es médico de profesión, y persona no versada en las cuestiones de que se trataba en las resoluciones referidas, fue inducido a error al respecto, pues se le hizo creer, por una parte, que la Junta tenía las atribuciones legales que se tomaba en las resoluciones citadas y por otra parte se le hizo creer, como creyó, que él estaba obligado a pagar lo que por las mencionadas Resoluciones números 12 y 14 se le ordenaba pagar o sea, las expresadas sumas de que tratan dichas resoluciones, que ascendían a la enorme cantidad total de trescientos nueve mil seiscientos noventa y un pesos con seis centavos ($ 309.691.06).

"*Décimotercero:* Inducido por tal error de creerse deudor de la referida enorme suma de dinero que la Junta referida le ordenaba pagar, el doctor Mauricio Alvarez Correa se avino a celebrar un arreglo sobre el particular, arreglo en virtud del cual se comprometió a dar en pago de dicha supuesta deuda una porción del lote de terreno de su propiedad al que se refieren las citadas resoluciones, porción equivalente a la mitad de dicho lote y al efecto celebró, actuando en su propio nombre, con el doctor Carlos de la Espriella Palacio, quien decía actuar como Personero Municipal de Barranquilla, y con el doctor Julio N. Montenegro, quien decía actuar en representación de la llamada 'Junta de Valorización de la Zona Negra - Sección Cuarta' el contrato de dación en pago, que expresa la escritura pública número mil trescientos sesenta y cuatro de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla, escritura que fue debidamente registrada y que textualmente dice en lo pertinente: *Primero:* Que la Junta de Valorización para la Zona Negra de Barranquilla, Sección Cuarta, de

conformidad con normas legales vigentes, liquidó a cargo del otorgante Mauricio Alvarez Correa, un impuesto de valorización por valor de trescientos seis mil setecientos dieciocho pesos con seis centavos ($ 306.718.06) moneda colombiana, por la ejecución de obras de saneamiento en terrenos de su propiedad, ubicados en la Sección Cuarta, y de acuerdo con las Resoluciones números (12) y cuarenta (40) de fechas veinticuatro (24) de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), la primera y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), la última, que a continuación se transcribe: 'Resolución número 12 de 1947. Diciembre 24. Por la cual se fija el valor parcial de un impuesto de valorización en la Sección Cuarta de la Zona Negra. La Junta de Valorización de la Zona Negra, Sección Cuarta (4ª) en uso de sus facultades legales, y considerando: a) Que al Ministerio de Higiene (División Nacional de Malariología), por medio de la Resolución número uno (1) de Barranquilla, ordenó la ejecución de obras de relleno en la Sección Cuarta de la Zona Negra y determinó el cobro del impuesto de valorización para los propietarios de terrenos en ese sector; b) Que esta Junta, en Acta número tres (3) de fecha siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete (1947), acordó fijar la suma de un peso ($ 1.oo) moneda colombiana, como costo de un metro cúbico de relleno, para los efectos de determinar el monto parcial del impuesto de valorización a que se refiere el ordinal a) del artículo primero del Reglamento Orgánico de Valorización para la Zona Negra; c) Que de conformidad con los cálculos verificados por los ingenieros de Malariología, el lote de terreno ubicado en la Zona Negra, Sección Cuarta, situado en la orilla oriental del futuro Caño de la Ahuyama, que figura como de propiedad del señor Mauricio Alvarez Correa, y cuyas medidas y colindancias constan en la referencia número veintiuno (21) del plano de Malariología, necesita una cantidad de relleno equivalente a doscientos noventa y siete mil trescientos metros cúbicos; Resuelve: Artículo único: Imponer como en efecto impone, al señor Mauricio Alvarez Correa, una contribución por valor de doscientos noventa y siete mil trescientos pesos ($ 297.300.oo) moneda colombiana, equivalente a la parte del impuesto de valorización de que trata el ordinal a) del artículo primero del Reglamento Orgánico de Valorización para la Zona Negra, suma que será pagada por el contribuyente al Tesorero de la Junta, en los términos prescritos por el artículo veinticuatro (24) del aludido Reglamento de Valorización. Parágrafo: Es entendido que si una vez, verificado el relleno, la cantidad de éste o su costo no se ajustare a las medidas, colindancias o precio unitario de que aquí se ha hecho referencia y que han servido de base para esta liquidación, se hará por la Junta los reajustes a que hubiere lugar. Cópiese, notifíquese y cúmplase. Los miembros de la Junta (fdos.) J. B. Giusto. Rep. Malariología. Efraín Pereira. Rep. Municipio Isaac Senior Lascano. Rep. Propietarios. Eduardo Iglesias O. Srio.'. 'Resolución número 40. Marzo 8 por la cual se fija el valor de un impuesto de valorización en la Sección Cuarta de la Zona Negra. Junta de Valorización para la Zona Negra - Sección Cuarta, en uso de sus facultades legales y considerando: Que el Ministerio de Higiene, —División Nacional de Malariología— por medio de la Resolución número uno de Barranquilla, ordenó como obra de saneamiento la apertura del «Nuevo Canal de la Ahuyama», y determinó de acuerdo con el artículo séptimo (7º) del Reglamento Orgánico de Valorización para la Zona Negra, el cobro del inmueble de valorización para los

propietarios de terrenos en ese sector; Que esta Junta, en Acta número diez (10) de fecha siete (7) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), dejó establecido cobrar como costo por metro lineal de canal con sus respectivas zonas para vías, la cantidad de ciento cuarenta y un pesos con veinte centavos ($ 141.20) y derramar el impuesto hasta cien (100) metros a cada lado del canal tomando como punto de partida la línea de propiedad futura. Que hechos los cálculos correspondientes el lote de terreno con referencias números veintiuno (21) y veintiuno A (21A) del plano de Malariología, que figura como de propiedad del señor Mauricio Alvarez Correa, le correspondió un impuesto por valor de treinta y cuatro mil cuatrocientos sesenta pesos con cincuenta y seis centavos ($ 34.460.56) y que el lote aludido tiene un área de terreno ocupado con el nuevo canal y vías laterales, equivalente a dieciséis mil seiscientos noventa y cinco metros cuadrados (16.695 Mts. 2) habiendo esta Junta considerado fijar la suma de un peso con cincuenta centavos ($ 1.50) como costo de un metro cuadrado de terreno para los efectos de las compensaciones a que hubiere lugar, Resuelve: Artículo primero: Imponer como en efecto impone, al señor Mauricio Alvarez Correa, en concepto de impuesto de valorización por la apertura del nuevo Canal de la Ahuyama y como propietario de las parcelas con referencias números veintiuno y veintiuno A (21 y 21A) del plano de Malariología, la cantidad de treinta y cuatro mil cuatrocientos sesenta pesos con cincuenta y seis centavos ($ 34.460.56). Artículo segundo: Por la Tesorería de la Junta se harán las compensaciones a que hubiere lugar de conformidad con lo relacionado en el último considerando de esta Resolución y recaudará, en los términos prescritos por el artículo veinticuatro (24) del Reglamento Orgánico de Valorización para la Zona Negra, el saldo a cargo del contribuyente. Cópiese, notifíquese y cúmplase. Los miembros de la Junta (Fdos.). Efraín Pereira F., Carlos A. Penso U., Isaac Senior Lascano, el Secretario (Fdo.) Eduardo Iglesias O. Estas resoluciones fueron legalmente notificadas y se surtió la ejecutoria de las mismas'. *Segundo:* Que la Junta de Valorización requirió al doctor Alvarez Correa, para el pago del impuesto liquidado, no sin prevenirle que si no lo hacía dentro de los términos legales, se haría uso para su cobro, de la jurisdicción coactiva; requerimiento al cual respondió el doctor Alvarez Correa, con la manifestación de que carecía de dinero en efectivo para cubrir el valor del impuesto, pero proponiendo a la Junta transferir en pago del impuesto liquidado parte de las tierras de su propiedad, como consta en acta número siete (7) de la Junta de Valorización. *Tercero:* Que la Junta de Valorización, conforme aparece en el Acta número nueve (9) autorizó a un miembro de ella, el doctor Efraín Pereira, para concluir negociaciones con el doctor Alvarez Correa, a base de recibir en pago del impuesto de valorización la mitad del inmueble distinguido con la referencia número veintiuno (21) del plano de Malariología, que mide ciento cincuenta y seis mil setecientos ochenta (156.780) metros cuadrados y cuyas medidas y linderos constan en el plano que se protocoliza con esta escritura, así: Al Norte, tramo comprendido entre los mojones nueve (9) y diez (10) mide doscientos ochenta y seis (286) metros linda con terrenos de propiedad del 'Aserradero Barranquilla S. A.' frente a la Dársena del mismo Aserradero y tramo comprendido entre los mojones doce (12) y quince (15)

mide ciento cuarenta y dos (142), linda con terrenos de Pedro P. Salcedo y otros; al Sur, tramo comprendido entre los mojones cinco (5) y seis (6), mide cuarenta y cuatro metros con cincuenta centímetros (44.50) y tramo comprendido entre los mojones seis (6) y siete (7), mide doscientos nueve metros con cincuenta centímetros (209.50), linda con terrenos de propiedad de 'Compañía Urbanizadora Industrial S. A.' al Este, tramo comprendido entre los mojones siete (7), ocho (8) y nueve (9), mide seiscientos tres metros con veinticinco centímetros (603.25), linda con la zona que ocupaba el antiguo caño de la Ahuyama, frente a los terrenos del Terminal Marítimo de propiedad del Gobierno Nacional; y al Oeste, tramo comprendido entre los mojones cinco (5) y catorce (14), mide ciento veintinueve metros con veinte centímetros, linda con la zona de setenta (70) metros que incluye el nuevo caño de la Ahuyama y sus vías laterales, constituyendo la recta señalada por los mojones cinco (5) catorce (14) y quince (15), el paramento de la Avenida Oriental. *Cuarto:* Que los comparecientes formalizan el acuerdo o transacción cuyos antecedentes quedan expuestos, en los términos que siguen: a) Mauricio Alvarez Correa, transfiere al Municipio de Barranquilla, con destino al 'Fondo Zona Negra, Municipio de Barranquilla' a título de dación en pago, el lote número uno del plano que se protocoliza que hace parte del globo de terreno individualizado en la cláusula tercera de esta escritura, y cuyas medidas y colindancias son como siguen: 'Un bloque de terreno distinguido con el número uno (1) del plano que se protocoliza con área de setenta y ocho mil setecientos noventa (78.790) metros cuadrados y que linda y mide, al Norte, tramo comprendido entre los mojones ocho (8) y once (11) mide doscientos veinticinco metros con cuarenta centímetros (225.40), linda con el lote número tres, de propiedad de Mauricio Alvarez Correa y tramo comprendido entre los mojones trece (13) y catorce (14) mide ciento treinta y dos metros linda con lote número dos (2) de propiedad de Mauricio Alvarez Correa; al Sur, tramo comprendido entre los mojones cinco (5) y seis (6), mide cuarenta y cuatro metros con cincuenta centímetros (44.50) y tramo comprendido entre los mojones seis (6) y siete (7), mide doscientos nueve metros con cincuenta centímetros (209.50), linda con terrenos de propiedad de la «Compañía Urbanizadora Industrial S. A»; al Este, tramo comprendido entre los mojones siete (7) y ocho (8), mide trescientos veinte metros (320), linda con la zona que ocupaba el antiguo caño de la Ahuyama, frente a terrenos del Terminal Marítimo de propiedad del Gobierno Nacional y al Oeste, tramo comprendido entre los mojones cinco (5) y catorce (14), mide ciento veintinueve metros con veinte centímetros (120.20), linda con la zona de setenta metros que incluye el nuevo caño de la Ahuyama, y sus vías laterales, constituyendo ese tramo el paramento de la futura Avenida Oriental; tramo comprendido entre los mojones trece (13) y doce (12), mide ciento veintinueve metros, linda con lote número dos (2) de propiedad de Mauricio Alvarez Correa y tramo comprendido entre los mojones doce (12) y once (11) mide ochenta y tres metros con cuarenta centímetros (83.40) linda con terrenos de propiedad de Pedro P. Salcedo y otros'; b) Del lote de terreno que acaba de ser descrito, objeto de la transferencia al Municipio de Barranquilla, Fondo Zona Negra. Municipio de Barranquilla y del saldo de tierras que quedan bajo el dominio del doctor Alvarez Correa, en la parcela con referencia número veintiuno se ha hecho un plano con las demarcaciones debidas,

documentos que traduce la transacción o acuerdo de las partes, el cual se agrega al protocolo con las firmas autógrafas de los contratantes; y c) Que el precio de la presente transferencia efectuada por el doctor Alvarez Correa, a favor del Municipio de Barranquilla 'Fondo de Zona Negra, Municipio de Barranquilla', a título de dación en pago, es la suma de trescientos nueve mil seiscientos noventa y un pesos con seis centavos ($ 309.691.06) moneda colombiana, equivalente al valor del impuesto de valorización de que se habla en esta escritura, con sus respectivos intereses y cuya cancelación se opera, como viene expresado, mediante la cesión de tierra por parte del contribuyente doctor Alvarez Correa, como lo autoriza, base de acuerdos amigables con los propietarios de predios gravados con el impuesto dicho el artículo tercero de la ley ciento siete (107) de mil novecientos treinta y seis (1936); *Quinto:* Que a virtud del convenio o transacción concluido entre las partes de que dan cuenta las cláusulas precedentes, por el otorgante Alvarez Correa, queda cancelado el valor del impuesto de valorización de que trata los ordinales A) y B), del artículo primero del Reglamento Orgánico de Valorización para la Zona Negra, tanto para las obras de relleno, como por la apertura del nuevo canal de la Ahuyama, y no sólo a lo tocante con las zonas de terreno por él cedidas conforme a esta escritura, sino también a las porciones de terreno cuyo dominio conserva dicho otorgante después de la cesión. *Décimocuarto:* Por la Ley 39 de 1943 el Congreso nacionalizó la obra de saneamiento de la Zona Negra de Barranquilla y por consiguiente ninguna determinación podía adoptarse ni ningún contrato celebrarse sin la previa aprobación del Gobierno Nacional; *Décimoquinto:* Las obras de relleno del lote de terreno de propiedad del doctor Mauricio Alvarez Correa, a las que se pretendía que correspondía o debía corresponder el llamado 'impuesto de valorización' de que trata la citada Resolución número 12 de 1947 el Municipio nunca las llevó a cabo ni las ha llevado todavía, no habiéndose causado, en consecuencia, las obligaciones del pago del referido impuesto, que indebidamente pagó por error el doctor Mauricio Alvarez Correa, mediante la dación en pago que efectuó a favor del Municipio de Barranquilla, por la ya citada escritura número mil trescentos sesenta y cuatro (1.364) de treinta (30) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), otorgada en la Notaría Tercera de este Circuito; *Décimosexto:* El Municipio tampoco llevó a cabo la obra de apertura de ningún caño o canal de la Ahuyama, de que trata la Resolución número 40 citada. En consecuencia tampoco llegó a causarse impuesto alguno por tal concepto.

"*Décimoséptimo:* No solamente medió la circunstancia de no haberse causado el impuesto referido de valorización a cargo del doctor Maurio Alvarez Correa, sino que la llamada Junta de Valorización de Zona Negra, Sección Cuarta, no tenía ni tuvo nunca existencia legal, ni mucho menos atribuciones para dictar las Resoluciones números 12 y 40, ni para dictar Resolución alguna referente a imposición de impuesto de valorización, ni de ninguna otra clase.

"*Décimooctavo:* El doctor Mauricio Alvarez Correa nunca fue deudor del Municipio de Barranquilla, por tanto la dación en pago que él hizo a favor del Municipio por las supuestas obras de descargue y desecación carecía de causa legal.

"*Décimonoveno:* Ni el Personero Municipal ni menos la supuesta Junta de Valorización de la Zona Negra estaban autorizados para

aceptar en pago de impuesto o contribuciones el traspaso o cesión de terrenos.

"*Vigésimo:* El señor don Carlos de la Espriella Palacio, quien actuó con el otorgamiento de la citada escritura número 1364 de 30 de junio de 1949, otorgada en la Notaría Tercera de Barranquilla, como Personero Municipal de Barranquilla, no acreditó el carácter de Personero que decía tener, ni que estuviere autorizado en forma alguna para la celebración del contrato referido.

"*Vigésimoprimero:* El Municipio de Barranquilla no dio cumplimiento a los requisitos o formalidades que, dada la naturaleza del contrato que expresa la citada escritura número 1364 de 30 de junio de 1949, de la Notaría Tercera de Barranquilla, habría sido necesario que cumpliera el Municipio en el supuesto de que el contrato tuviera causa real para que dicho contrato tuviera validez legal: Es de notar al respecto, que no se cumplió con el requisito del avalúo de la parte del terreno que recibiría el Municipio en pago de los supuestos créditos por impuesto de valorización, ni con el de someter al estudio y consideración del Concejo Municipal el proyecto de contrato, ni con el de la expedición de el correspondiente acuerdo que resolviera sobre su conveniencia, si se estimaba conveniente, y que confiriera autorización al Personero Municipal para que lo celebrara.

"*Vigésimosegundo:* En vista de la negativa del Municipio de Barranquilla, el doctor Mauricio Alvarez Correa lo demandó ante la justicia ordinaria mediante libelo presentado por el doctor Marco Tulio Mendoza Amarís el 6 de agosto de 1954.

"En principio correspondió el conocimiento al Juez Primero Civil del Circuito de Barranquilla, que admitió la demanda en providencia del 2 de septiembre del citado año en auto que fue debidamente notificado a las partes.

"*Vigésimotercero:* En desarrollo del referido proceso ordinario se decretó y practicó una inspección judicial en el mencionado terreno el día 3 de octubre de 1967 con los peritos designados por el Juzgado, doctor Juan Jacobo Berdugo y Rafael Orozco Reales, quienes en experticio presentado el día 9 de noviembre de 1967 ante el Juzgado 10 Civil del Circuito de Barranquilla, que en ese entonces conocía del proceso, dictaminaron que no se había realizado el relleno del terreno del doctor Mauricio Alvarez Correa y estimaron en $ 20.oo de ese entonces por metro cuadrado (20.000 metros cuadrados) el valor del relleno realizado o sea cerca de $ 400.000.oo que en valores actuales valdría cerca de $ 5.000.000.oo, sin tener en cuenta el alza en los precios del combustible, transporte, materiales de relleno y mano de obra.

"*Vigésimocuarto:* El proceso sufrió cambios de radicación debido a que durante su larga trayectoria hubo modificaciones en la ley procedimental y en la competencia, así como la creación de nuevos juzgados del circuito. Finalmente conoció el Juez 4º Civil del Circuito de esta ciudad, Despacho ante el cual se pudieron al fin practicar las pruebas y en sentencia de 10 de abril de 1973 accedió a las peticiones de la demanda y condenó al Municipio a devolver a mi poderdante los terrenos entregados como pago de obras que nunca ejecutó.

"*Vigésimoquinto:* Por apelación del Municipio, el asunto fue al conocimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla que, en retardada providencia del 23 de febrero de 1977 decidió declarar de plano la nulidad de todo lo actuado por considerar que la justicia ordinaria carecía de jurisdicción.

"*Vigésimosexta:* El propietario del lote vecino, sin consultar y movido seguramente por error, rellenó, y se acopió de parte del terreno, lo que motivará la correspondiente acción judicial. La otra parte fue invadida por diferentes personas, lo que motivó una diligencia de amparo policivo, cuya copia se acompaña como prueba. Estos invasores se han dado a la tarea de rellenar precariamente el terreno para construir sus viviendas, sin que hasta el momento las autoridades del Municipio hayan hecho valer los derechos del doctor Mauricio Alvarez Correa, desalojando a los invasores".

*Petítum:*

El *petítum* aparece precisado así en la demanda:

"Que el contrato que expresa la citada escritura pública número mil trescientos sesenta y cuatro (1.364) de fecha treinta (30) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla, y por el cual el doctor Mauricio Alvarez Correa declara que transfiere al Municipio de Barranquilla, a título de dación en pago, el lote de terreno que se describe en el ordinal cuatro de la referida escritura pública, *es nulo de nulidad absoluta*, estando como está viciada de *nulidad absoluta* por las razones que a continuación se expresan, o por cualquiera de ellas a saber:

"a) Por carecer dicho contrato de causa real, por cuanto la causa de la obligación de la dación en pago que se estipuló o sea, la del pago de una deuda por impuesto de valorización, no tiene ni ha tenido existencia real, siendo como era enteramente imaginaria la deuda del impuesto de valorización a que dicha escritura se refiere, y que mi poderdante doctor Mauricio Alvarez Correa pagó indebidamente, por error; y

"b) Por cuanto dicho contrato no fue legalmente celebrado, ni tuvo existencia real, ni obliga a las partes, pues su celebración se efectuó con omisión de los requisitos y formalidades pertinentes al caso, que dada la naturaleza del contrato, le correspondía cumplir al Municipio de Barranquilla y que no cumplió.

"*Petición subsidiaria:*

"En subsidio, para el caso que considero remoto e improbable de que no se acceda a hacer las declaraciones que dejo expresadas pido que en la sentencia, se hagan las declaraciones siguientes:

"a) Que en el contrato que expresa la citada escritura número mil trescientos sesenta y cuatro (1.364) de treinta (30) de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla, está contenida la condición implícita de ejecutar, por parte del Municipio de Barranquilla, las obras de relleno del mencionado terreno de mi mandante, doctor Mauricio Alva-

rez Correa, y del cambio del curso del caño o canal de la Ahuyama, obras a cuya ejecución correspondería la obligación del pago que efectuó mi mandante, en los términos estipulados en la referida escritura pública;

"b) Que dicha condición de la ejecución de las obras referidas es una condición suspensiva, que aún no se ha cumplido, y que en consecuencia, mi mandante doctor Mauricio Alvarez Correa está en el derecho de repetir lo pagado; y

"c) Que de conformidad con lo que sobre el particular establece el Código Civil en su artículo 1542, se restituya a mi referido mandante, el doctor Mauricio Alvarez Correa, el inmueble que a título de *dación en pago* transfirió en propiedad al Municipio de Barranquilla, por la citada escritura número mil trescientos sesenta y cuatro (1364) de treinta de junio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla.

*"Peticiones generales:*

"Como peticiones de carácter general, para el caso de que se resuelva a favor de mi mandante una cualquiera de las anteriores peticiones que dejo expresadas ya sea la petición principal de declaración de *nulidad* absoluta del contrato de dación en pago, o ya sea la petición subsidiaria que dejo expresada, solicito del señor juez que en la sentencia se declare lo siguiente:

*"Primero:* Que el Municipio de Barranquilla debe restituir a mi mandante doctor Mauricio Alvarez Correa el inmueble expresado que se describe en la cláusula cuarta de la citada escritura número 1364 de fecha 30 de junio de 1949 otorgada en la Notaría Tercera de Barranquilla, con todos sus aumentos y frutos naturales y civiles que hubiere percibido el Municipio de Barranquilla, si hubiere percibido algunos, y los que con mediana inteligencia y actividad hubiere percibido mi mandante; y

*"Segundo:* Que se inscriba la sentencia en el correspondiente libro de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Barranquilla, y se haga la cancelación del registro que de la referida escritura pública número 1364 de 30 de junio de 1949 otorgada en la Notaría Tercera de este Circuito, se hizo en el Libro Primero de Registro de Instrumentos Públicos de este Circuito.

*"Tercero:* Indemnización de perjuicios".

*Fundamentos de derecho:*

En el siguiente párrafo se recoge la fundamentación jurídica que el apoderado de la parte actora le dio a la demanda. En él se lee:

"En derecho me fundo en las disposiciones legales que he citado en los artículos 1495, 1502, 1508, 1524, 1530, 1537, 2313 siguientes y concordantes de los Títulos 2 y 33 del Libro 4º del Código Civil, artículos 120 y siguientes y concordantes del Código Administrativo y demás disposiciones concordantesy en las siguientes leyes: Ley 25 de 1921; artículo 5º, Lel 51 de 1926; artículo 7º, Ley 107 de 1936; Ley 195 de 1936 y Ley 39 de 1943".

II

*La sentencia:*

La motivación de la sentencia es de una simplicidad y superficialidad impresionantes pues todo lo que de fondo se dice se recoge en el siguiente aparte:

"Al entrar a fallar el presente negocio la Sala observa que la demanda no cumplió con el requisito exigido por el numeral 4º del artículo 84 de la Ley 167 de 1941, antiguo Código Contencioso Administrativo, norma vigente para el momento de la presentación de la demanda el día 21 de septiembre de 1983. Esta anomalía ya había sido advertida por la Sala en auto de 16 de octubre de 1983 cuando se resolvió no admitirla por prescripción de la acción, sin embargo la Sala al reponer dicho auto en providencia de 23 de diciembre de 1983, sólo tuvo en cuenta lo relativo a la caducidad de la acción y no tocó para nada lo referente a la falta del requisito anotado, ya que como puede observarse en la demanda no existe expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación y sólo expresa en ella los hechos en que se funda las peticiones y los fundamentos de derechos. En estas condiciones se impone un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda".

III

*Sustentación del recurso:*

El apoderado de la parte actora, dentro del término de ley sustentó el recurso en los siguientes términos:

"En la providencia recurrida se declara que no hay pronunciamiento alguno por ineptitud sustantiva de la demanda por no haberse cumplido el requisito del numeral 4º del artículo 84 de la Ley 167 de 1941.

"La anterior sustentación no se compadece con la realidad procesal, por las siguientes razones:

"1º En el cuerpo de la demanda se señalaron con toda claridad las normas violadas. En efecto, en la relación de los hechos se indica que al celebrar el contrato impugnado el Municipio de Barranquilla y el Ministerio de Higiene violaron la Ley 39 de 1943 al celebrar dos contratos pertermitiendo sus prescripciones (hecho cuarto); el saneamiento de la Zona Negra fue adscrito al Departamento de Malariología del Departamento de Higiene facultándolo para reglamentar el cobro del impuesto de valorización mediante una junta de valorización que no fue de creación legal y que por lo tanto violaba la misma ley (hecho quinto); la Resolución número 12 de 1947 de la Junta de Malariología que fijó la contribución que debía pagar el doctor Mauricio Alvarez Correa no tenía validez por carecer de creación legal (hecho sexto); la Resolución número 40 de la Junta de Valorización para la Zona Negra, Sección Cuarta, fue expedida por una Junta que carecía de existencia legal (hecho décimo); tanto los contratos celebrados como la determinación de la contribución al doctor Mauricio Alvarez Correa fueron violatorios de la Ley 39 de 1943 (hecho décimocuarto); y final-

mente en el contexto de las peticiones principales, subsidiarias, generales y fundamentos de derecho de la demanda se indican de manera inequívoca las normas violadas que dan origen a dichas pretensiones.

2º El honorable Tribunal al estudiar la demanda inicialmente presentada la rechazó por considerar que se daba el fenómeno de caducidad o prescripción de la acción y posteriormente repuso esa providencia acogiendo nuestro criterio de que no se daba tal caducidad. O sea que tuvo 2 oportunidades para estudiar la demanda y en ninguna de ellas observó, porque no existe, la pretendida omisión del requisito alegado.

"3º El artículo 87 del antiguo Código Contencioso Administrativo determinaba con toda claridad el momento oportuno para el rechazo de la demanda por carecer de alguna de las formalidades indicadas en los artículos 84 y subsiguientes.

"En caso de no haberse reunido (que repetimos, no se dio y por eso fue admitida la demanda) el ordinal 4º del artículo 84, el Tribunal Administrativo del Atlántico debió expresarlo así en esa oportunidad y al no hacerlo no puede posteriormente, como se pretende, aducir esa omisión para rechazar la demanda en la sentencia, lo que es inadmisible.

"4º La parte demandada, posiblemente porque también era consciente de que se habían cumplido los requisitos formales del libelo no recurrió del acto admisorio de la demanda, sino que se notificó de la misma, confirmando nuestra apreciación y el criterio inicial del Tribunal de que sí se reunieron todos los requisitos.

"5º Al ser admitida la demanda, esta produjo todos sus efectos legales incluyendo la interrupción de una eventual caducidad como a contrario se desprende de lo establecido en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo antes citado e inició la litis dando paso a todas las etapas procesales subsiguientes y tales efectos no pueden desconocerse paladinamente en la sentencia porque atentaría contra la estabilidad y seguridad del procedimiento que ampara a todos los ciudadanos que recurren en demanda de justicia.

"6º Finalmente estaría comprometido el principio de la economía procesal si se pretende revivir una etapa superada después de habersen practicado válidamente todas las pruebas, con audiencia de la contraparte, alegando el Tribunal lo que resultaría más grave, su propia falta, omisión o negligencia al estudiar la demanda y los requisitos que la ley exige para su admisión.

"7º Las normas de procedimiento son de orden público y de aplicación inmediata, de tal suerte que al proferirse la sentencia recurrida ya estaba en vigencia el Decreto número 1 de 1984, cuyo artículo 268 derogó de manera expresa la Ley 167 de 1941 y, lo que resulta más evidente, dentro de los requisitos de la demanda exigidos en el artículo 137 del mismo, no contempla la exigencia del artículo 84 de la Ley derogada. O sea que la decisión del Tribunal, en caso de ser cierta la omisión (criterio que no compartimos), implicaría revivir una norma derogada y un requisito formal también eliminado como pretexto para no decidir en el fondo una justa pretensión después que se han cumplido a cabalidad todas las etapas del proceso con la plenitud de las formalidades legales.

"8º La sentencia recurrida, que sería inhibitoria por inepta demanda, se ha proferido bajo la égida del Decreto número 1 de 1984, que no exige en su artículo 137 el requisito formal cuya ausencia se alega, injustificadamente a nuestro entender.

"De tal suerte que aún en el evento de ser cierta la apreciación del honorable Tribunal, esa pretendida omisión ya no es causal de inepta demanda por haber sido saneada de manera expresa e inequívoca en el nuevo procedimiento.

"9º En caso de ser cierto, que no lo es, la argumentación del honorable Tribunal Administrativo del Atlántico para no dictar sentencia de mérito por faltar en su criterio un requisito formal de la demanda, estamos en presencia de una sentencia inhibitoria que no hace tránsito a cosa juzgada y que por lo mismo conduciría a la presentación de una nueva demanda.

"Revisada en su integridad la demanda que originó el proceso, se observa que ella además cumple con todos los requisitos exigidos en el artículo 137 del nuevo estatuto procedimental Contencioso Administrativo, lo que equivaldría a otra flagrante violación del principio de economía procesal y al absurdo que la misma demanda que resulta inepta a los ojos del honorable Tribunal por un requisito ya derogado, sería plenamente apta a la luz de la nueva disposición a cuyo amparo se está denegando su validez.

"10. Por tratarse de una pretendida inepta demanda o falta de demanda en forma, no es causal de nulidad, por no estar contemplada de manera expresa en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil a cuya normatividad se remite el artículo 165 del Decreto número 1 de 1984.

"En consecuencia, el honorable Tribunal Administrativo del Atlántico debió proferir sentencia de mérito porque, como quedó dicho y demostrado, no existió la causa de inhibición.

"Por otra parte, de la lectura del expediente y del análisis del acervo probatorio se desprende con toda claridad que se demostraron los extremos de las peticiones principales y subsidiarias de la demanda, a fin de que se declare la nulidad del contrato que tuvo una causa ilícita y se ordene al Municipio de Barranquilla restituir a mi poderdante el inmueble dado en pago de lo que se creía deber y no se debía a la luz de las normas que informan la materia, ni ante la realidad de los hechos, por cuanto también quedó demostrado mediante experticio que el Municipio de Barranquilla ni siquiera cumplió con la obligación impuesta en dicho contrato como era la de rellenar el lote 'Monigote' del doctor Mauricio Alvarez Correa, ubicado frente a la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla.

"En consecuencia, pido se revoque la providencia recurrida y se dicte sentencia de mérito accediendo a las pretensiones de la demanda".

## IV

*Vista fiscal:*

La Fiscal Segunda de la Corporación, doctora Edné Cohen Daza en su vista fiscal, visible a folios 272 y siguiente del cuaderno número 1, hace las siguientes consideraciones:

"Estudiado el problema, este despacho se permite hacer las siguientes observaciones:

"La demanda no está llamada a prosperar por muchas razones.

"En primer lugar, el contrato que se demanda es un contrato civil privado, que considerado por sí solo e independientemente de las resoluciones que le dieron origen, no sería de competencia de esta jurisdicción. Su anulación hubiera sido imposible siempre y cuando se hubiera obtenido la anulación de las Resoluciones número 12 y 40 proferidas por la Junta de Valorización.

"Unicamente anulando en tiempo oportuno los actos administrativos anteriores hubiera sido posible anular como consecuencia el contrato de dación en pago. Realmente el perjuicio lo recibió el actor de los actos administrativos que le impusieron la obligación de pagar un impuesto, que a su juicio, no estaba obligado a pagar. Lo viable entonces era demandar ante lo contencioso administrativo la nulidad de esas decisiones. Libremente, pero equivocadamente, el interesado optó por demandar el contrato, primero ante la justicia ordinaria, con los resultados que ya se mencionaron. Luego decide demandar el contrato ante lo contencioso administrativo, decisión ésta que resulta doblemente tardía, primero porque como ya se vio, el contrato sólo hubiera sido demandable ante lo contencioso administrativo, demandando también las dos resoluciones de la Junta de Valorización que le servían de causa, lo que nunca se hizo. Segundo, aún considerando que por tratarse de una acción contractual el término para presentarla se regía en esa época por las normas del Código Civil, jurisprudencia esta que predominó en el Consejo de Estado, se tendría que en el presente caso el término de 20 años también había vencido por lo siguiente: El contrato de dación en pago celebrado por escritura pública número 1364 tiene fecha de 30 de junio de 1949 y la demanda según constancia visible al folio 127 vuelto, fue presentada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, el día 21 de septiembre de 1983. Pasaron pues más de 30 años, lo que lleva a tener que declarar la caducidad de la acción.

"Debe observarse que esa misma decisión fue tomada en principio por el Magistrado sustanciador del proceso en el Tribunal; sin embargo revocó la providencia, por cierto con argumentos equivocados, a juicio de esta Fiscalía, para darle trámite a la demanda.

"No es admisible pensar, que la presentación de la demanda hecha ante la justicia ordinaria, interrumpió el término que se tenía para hacerlo ante lo contencioso administrativo, cuando ni aún presentándola ante un Tribunal Contencioso equivocado, o ante el Consejo de Estado cuando ha debido ser ante un Tribunal, o a la inversa, se podría tener como presentada en tiempo.

"El error en la escogencia de la acción y en consecuencia de la jurisdicción a la que ella corresponde, es cuestión que no se puede excusar y menos pretender borrar como en el presente caso.

"Si el representante del interesado perdió el tiempo escogiendo una vía que no era la correcta, debe sufrir las consecuencias de esa conducta.

"Por las razones antes expuestas, esta Agencia del Ministerio Público, se permite solicitar a la honorable Sala, se declare inhibida para decidir, pero por estar caducada la acción".

## V

*Consideraciones de la Sala:*

a) Como ya se dejó registrado al transcribir los hechos que estructuran la *causa petendi*, el diferendo de que conoce ahora la Corporación en segunda instancia fue debatido ante la jurisdicción ordinaria que en sentencia de veintitrés de febrero de mil novecientos setenta y siete, originaria del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, revocó el fallo de primera instancia que había sido apelado y en su lugar declaró la nulidad de toda la actuación llevada a cabo dentro del proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, por "...carecer de jurisdicción la justicia ordinaria para resolver las peticiones de la demanda" (fl. 211, cuaderno Nº 1). En los considerandos del citado proveído se hacen valoraciones jurídicas del siguiente alcance:

"La transferencia del dominio de un determinado inmueble de las características a que hace alusión el contrato cuya nulidad se demanda constituye indiscutiblemente un acto de carácter civil y de mero derecho privado, aun cuando como en el caso materia de estudio intervengan como parte alguna entidad de derecho público, circunstancia ésta que posiblemente indujo a la parte actora para considerar erróneamente a los jueces civiles de la jurisdicción ordinaria los competentes para conocer el presente proceso; *pero sin tener en cuenta que el origen o causa de dicho contrato que contiene la dación en pago a que hace referencia el respectivo libelo de demanda fue la cancelación de un impuesto o gravamen que la parte actora considera indebidamente pagado, por ilegal, circunstancia esta que le induce a expresar que el contrato cuya nulidad se demanda en el presente proceso adolece de una causal real que lo haga eficaz en derecho, cuestiones estas que sólo pueden ventilarse y decidirse por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con base en las acciones que para el reclamo del derecho violado consagra los expresados artículos 77, 78, 69 y 271 de la Ley 167 de 1941 o Código Contencioso Administrativo*... Pues bien, cuál era la cosa debida por el doctor Alvarez Correa en este caso? Una suma de dinero que se asevera por el actor procedía de una contribución o impuesto de valorización ordenados y liquidados ilegalmente por una Junta que se asevera no tenía facultad legal para ello, cuestiones estas que en manera alguna compete decidir a la justicia ordinaria sino a la jurisdicción contenciosa administrativa, como se expresara anteriormente, ya que ello implica no solamente la revisión de la operación administrativa que diera origen al citado gravamen, caso contemplado expresamente por el artículo 271 de la citada Ley 167 de 1941 o Código Administrativo, sino también el reconocimiento de ilegalidad del acto administrativo contenido en las resoluciones de la cuestionada Junta de Valorización a que alude la demanda y que en definitiva impusieron al actor el expresado gravamen, caso este cuya solución la señalan a aquél los artículos 66, 67, 68

y 69 de la precitada obra. Pero tanto en el uno, como en el otro caso, no son los jueces ordinarios los encargados de dirimir tales cuestiones, sino que la competencia para ello está atribuida expresamente a la jurisdicción especial a que se ha venido haciendo referencia" (págs. 207 y 206 vto., cuaderno Nº 1);

b) La Sala hace suya la argumentación jurídica anterior para destacar que el actor, a sabiendas de que el contrato impugnado es de naturaleza civil, lo demandó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con lo cual dio lugar a que brillara por su ausencia uno de los presupuestos procesales de la demanda como es el que exige que ésta se formule ante funcionario competente. Se dio origen así a una nulidad insaneable, como muy bien lo enseñan los procesalistas. En este particular el doctor Hernando Devis Echandía dice:

"Generalmente la falta de los presupuestos procesales vicia de nulidad el proceso, pero en la mayoría de los casos el vicio es saneable bien sea por ratificación del interesado, o por no alegarlo oportunamente, o porque se cumplan al ser exigidos por el juez o reclamados por una de las partes; *pero, en cambio, la falta de algunos como la jurisdicción* o la de no seguirse el procedimiento que legalmente corresponda, o el proceder el juez contra providencia ejecutoriada del superior, o el revivir un proceso legalmente concluido o el pretermitir integralmente una instancia, no puede ser saneada ni ratificada" (Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Décima Edición. 1985, págs. 287 y 288). En el mismo sentido el doctor Carlos Betancur Jaramillo, afirma: "Se hace la distinción que precede, en primer lugar, porque si la demanda se dirige ante un juez, pero perteneciente a otro orden de jurisdicción, "se producirá un acto procesal jurídicamente ineficaz, por ser improrrogable la jurisdicción —tal como lo afirma el profesor Devis— e insaneable su falta"; y en segundo lugar, porque si se formula ante el funcionario de la jurisdicción adecuada pero carente de competencia para conocer el caso concreto, la actuación quedará afectada de nulidad por incompetencia.

"Es importante no olvidar estos extremos porque cuando la acción se instaura ante juez de jurisdicción diferente o inadecuada para el efecto, el proceso quedará viciado de nulidad; como quedará igualmente afectado de nulidad cuando el funcionario no sea competente; con la diferencia, de principio, de que en el primer evento el proceso terminará con el proveído que decreta su nulidad, en tal forma que si el interesado quiere insistir en sus pretensiones tendrá que presentar nueva demanda ante la jurisdicción apropiada; y en el segundo, se ordenará la remisión del proceso al juez competente para que continúe su trámite, dándose a entender así que la actuación inicialmente cumplida ante el funcionario incompetente es perfectamente válida (art. 156, inciso 2º del numeral 4º del C. de P. C.)" (Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, págs. 125 y 126);

c) La literatura jurídica anterior explica que la Sala no comparta el enfoque que el *a quo* hizo del caso en la sentencia impugnada. Por ello se declarará la nulidad de todo lo actuado dentro del presente proceso. Precisa si que, bien o mal planteado el asunto ante esta jurisdicción, se está frente a un contencioso contractual. Ello explica, como lo ha reiterado la Corporación que el requisito de que en la

demanda se citen las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de violación, no sea tan exigente como para concluir que por no haberlo hecho el actor se debe llegar a un fallo inhibitorio. Sobre el particular el doctor Carlos Betancur Jaramillo, enseña:

*"Los fundamentos de derecho en las demás acciones.*

"Pero en cambio en tratándose de pretensiones de reparación directa o de condena, caso de las controversias de responsabilidad extracontractual y las contractuales de reclamación directa, el principio imperante será el de *'jura novit curia'*, según el cual el juzgador tiene el deber de aplicar la ley vigente, así no haya sido invocada por la parte interesada en su libelo. En tal sentido, en esta clase de acciones la fundamentación jurídica de la demanda podrá ser genérica y aún limitarse a la cita de las normas que fundamentan su pretensión, sin hacer en torno a las mismas la argumentación de su infracción. En esto las demandas de responsabilidad extracontractual y algunas contractuales (nulidad absoluta o relativa, cumplimiento, resolución o terminación, etc.) no difieren formalmente de las que se incoan ante la justicia ordinaria" (Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, págs. 141 y 142). En el caso en comento y bajo el rubro "Fundamentos de Derecho", el actor cita las disposiciones que consideró violadas con lo cual cumplió con las exigencias del numeral cuarto del artículo 84 del anterior Código Contencioso Administrativo.

La orientación jurisprudencial anterior se recogió en el Decreto 01 de 2 de enero de 1984, cuando en su artículo 137, numeral 4º preceptúa: "4º Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de violación". Obsérvese, finalmente, como la normatividad citada no hizo otra cosa que consagrar en la ley lo que antes era valoración jurisprudencial. La Sala no acoge toda la argumentación jurídica de la Fiscal Segunda de la Corporación pues ésta, partiendo de la base cierta de que el contrato es de naturaleza civil, y de que por lo mismo hubo error en la escogencia de la jurisdicción, propone un fallo inhibitorio por caducidad de la acción. Este planteamiento, indudablemente, conlleva una vivencia de contradicción, pues si la jurisdicción no es la competente, mal puede hacer el referido pronunciamiento;

d) Este proceso deja la triste sensación de que el apoderado de la parte actora se ha preocupado más por tener una conducta procesal indebida, en todos los momentos, que por contribuir con sus luces a la realización de la justicia. Es inexplicable que sabiendo en 23 de febrero de 1977, fecha de la sentencia del honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que el contrato impugnado es de naturaleza civil, y que la prosperidad de la acción ante esa jurisdicción estaba condicionada a la nulidad por el contencioso administrativo de las Resoluciones número 12 de 24 de diciembre de 1947 y 40 de ocho de marzo de 1949, originarias de la Junta de Valorización para la Zona Negra, Sección Cuarta, se haya preocupado, no por examinar esta posibilidad a la luz de la filosofía que informa la caducidad de las acciones en lo contencioso administrativo, sino por demandar la nulidad del referido acto jurídico pero esta vez ante la jurisdicción que ya sabía era la inadecuada. Entre el 22 de febrero de 1977 y el 21

de septiembre de 1983, fecha en que presenta la demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico transcurre un período de más de seis años y medio y la realidad procesal es indicativa de que ello no le generó preocupaciones de naturaleza jurídica para la mejor defensa de los intereses de su patrocinado. Hay en todo este comportamiento una conducta temeraria o de mala fe del apoderado, que a la luz del artículo 73 del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez para hacer la correspondiente condena al pago de los perjuicios causados, independientemente de las costas a que haya lugar, solidariamente con la parte principal. Como el monto de los mismos no es posible fijarlos en este proveído, se dispondrá que ellos se liquiden en la forma prevista en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. Se dispondrá, igualmente, que por la Secretaría de la Corporación se envíe fotocopia de todo el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para lo relativo a las faltas contra la ética profesional (art. 73, C. de P. C.).

Rodolfo Luis Vigo (H.) en su obra Etica del Abogado, Abeledo Perrot, páginas 180 y siguientes al estudiar la conducta procesal indebida, bajo el rubro *"temeraria"*, enseña:

"En Carnelutti la noción de temeridad adquiere una de las máximas amplitudes. Comentando el Código Procesal Civil Italiano de 1940 nos dice el maestro italiano, que las dos hipótesis de culpa grave o de mala fe del representante se funden en la noción de acción temeraria, es que ésta se desdobla en las de dolo y culpa grave: 'Dolo se emplea aquí no en el sentido de engaño, sino en aquel otro (que siempre le conviene cuando se contrapone a culpa) de conciencia de la injuria, o dicho de otro modo, de intención de inflingir una sinrazón ('torto'); por ello se traduce en la conciencia de la propia sinrazón por parte de quien sostiene tener razón...La figura del litigio culposo excluye la conciencia de la sinrazón, en cuyo lugar interviene ahora la insuficiente ponderación de las razones que apoyan la pretensión o la discusión. Sin embargo, no todo grado de culpa implica temeridad que no es sólo imprudencia, sino imprudencia exagerada' ".

Couture en su "Vocabulario Jurídico" define la temeridad: "Actitud de quien afirma hechos o se conduce sin fundamentos o motivos, con conciencia de la propia sinrazón".

"Hiters coincidiendo con Couture caracteriza la temeridad como la 'actitud de quien afirma hechos o se conduce sin fundamentos o motivo'. Chiovenda dice que el que actúa con 'el deliberado propósito de hacer daño y con la conciencia de no tener razón' es litigante temerario; y Andrioli es otro de los que vincula mala fe al concepto de temeridad.

"Colombo precisa que 'la demanda o la resistencia del demandado son temerarias cuando además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico son arbitrarias por basarse en hechos inventados o ser jurídicamente absurdas, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón, a conciencia de la indiscutibilidad por parte del que litiga'.

"Fassi entiende que el litigante temerario es aquél inconsiderado, imprudente, arrojado a los peligros sin medir sus consecuencias, carente de fundamento, razón o motivo. En la misma línea Palacio

sostiene que la temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad, es la conciencia de la propia sinrazón, y la temeridad para este autor requiere el elemento subjetivo de la conciencia de haber 'litigado sin razón valedera', como lo señala el artículo 551 del C. P. N.

"Es temerario, según Morello, el que promueve una pretensión procesal o se opone a ella no obstante estar convencido de que carece de razón y con la intención de perjudicar o dañar al adversario, existiendo en consecuencia una responsabilidad civil exculpa (aquiliana).

"En definitiva, procesalmente es temerario aquel que afronta una aventura judicial sin haber concretado previamente un análisis y valoración de sus posibilidades y fundamentos fácticos y jurídicos. Es decir, que no vinculamos la temeridad a la conciencia de litigar sin razón valedera sino a una actitud de apresuramiento imprudente e intrepitez, sin medir las consecuencias de los actos ni colocar el empeño debido en función de las circunstancias de hecho y derecho del caso.

"La conducta temeraria es típicamente culposa, al margen de su gravedad, no revela en nuestro entender un animus dañoso, pero no obstante carecer de propósito de provocar un perjuicio el mismo acaece el iniciarse una acción o al contestarla temerariamente, y en consecuencia corresponde la reparación del daño resultante y la sanción para el que la genere poniendo en marcha un proceso que carece de razón de ser suficiente.

"Mientras que en la conducta dilatoria no se pone en duda la razón de ser del proceso, sino su extensión desmedida, en la temeraria no es problema el tiempo de duración de aquel sino el haber dado a luz una causa que no tenía el suficiente justificativo, la que se hubiese evitado de haberse realizado la debida ponderación de los actos cumplidos.

"Según Santo Tomás de Aquino 'a veces se acusa por ligereza de ánimo, porque uno cree demasiado fácilmente lo que ha oído; y esto es temeridad' ".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

*Resuelve:*

1º) Declárase la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso a partir del auto admisorio de la demanda, calendado el día dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta y tres (1983), inclusive, visible al folio 139 del cuaderno número 1, por carencia de jurisdicción.

2º) Condénase en forma solidaria al demandante doctor Mauricio Alvarez y a su apoderado A. Berdugo. Cuentas a pagar al Municipio de Barranquilla los perjuicios que con la actuación temeraria que registra el presente proceso se le hayan causado. Estos se liquidarán en la forma prevista en el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.

3º) Condénase a la parte actora a pagar las costas del juicio.

4º) Por la Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado envíese fotocopia de todo el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla para los fines contemplados en el artículo 73 del Código de Procedimiento Civil y el Decreto 196 de 1971.

5º) Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, el cual proveerá sobre lo dispuesto en los numerales dos y tres de la parte resolutiva de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango,* Salvamento de voto; *Julio César Uribe Acosta, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO DOCTOR JORGE VALENCIA ARANGO*

Referencia: Expediente 4734. Actor: Mauricio Alvarez Correa.

Con todo respeto me separo de la sentencia anterior, por considerar que la decisión ha debido de ser de fondo: Denegatoria de todas las pretensiones de la demanda.

a) No creo que fuera necesario entrar a estudiar la naturaleza del contrato de dación en pago del inmueble a que se refiere el libelo, pues de hacerlo, pese a lo decidido por la justicia ordinaria, creo que la conclusión con los criterios que para entonces se hacían valer para determinar la naturaleza de los contratos administrativos y sus diferencias con los de derecho privado, no hay duda que se le habría reconocido su naturaleza de derecho público, por su objeto: Pago de impuestos; por sus formalidades; exigía indiscutiblemente autorización del Concejo Municipal para poderlo celebrar.

¿O será que los Tesoreros Municipales son libres de recibir el valor de los impuestos en panes, bocadillos, mercancías o inmuebles?;

b) Cualquiera que fuera la naturaleza jurídica del contrato referido y cualquiera que fuera, consecuencialmente, la jurisdicción competente, *es presupuesto de la pretensión* la prueba de que se pagó lo que no se debía, única posibilidad para demostrar la carencia de causa de la dación en pago. Por lo mismo encontrándose vigente, caducada toda acción jurisdiccional contra él y con legalidad que se presume, el acto administrativo que impuso el impuesto, ya no impugnable ni oficiosamente ponderable, *la decisión absolutoria resultaba necesaria.*

Bogotá, octubre 3 de 1986.

*Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ACUMULACION DE PROCESOS. REQUISITOS FORMALES. ANALISIS CONTEXTUAL DE LOS ARTICULOS 166, 266 Y 267 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y 82, 149 a 151 del C. de P. C.*

*AUTO QUE DECIDE NULIDADES PROCESALES.*

*RECURSO DE APELACION. PROCEDENCIA (DECRETO 01 DE 1984. Art. 181). ¿La norma en mención es taxativa? AUTO QUE DECIDE NULIDADES PROCESALES. Es apelable. Doctrina.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 4870. Apelación auto proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Departamento de Norte de Santander. Actor: Zambrano y Bedoya Ltda. y otros.

I

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto calendado el día ocho (8) de abril del presente año, proferido por el honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en virtud del cual se denegó la acumulación de los procesos números 4779; 4775; 4780 y 4782, por las razones que en la citada providencia se precisan.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcribe a continuación la parte pertinente del proveído impugnado. Dice así:

"Aunque la acumulación ha sido solicitada por parte legítima y en oportunidad legal, la Sala observa que no es procedente por no darse el requisito del artículo 149-1 del Código de Procedimiento Civil.

"En efecto: De conformidad con dicha norma, podrán acumularse dos o más procesos, cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.

"Pues bien, el artículo 82 en su penúltimo inciso reza que:

" 'También podrán acumularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados (acumulación subje-

tiva) siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia o *deban servirse de las mismas pruebas*, aunque sea diferente el interés de unos y otros' (resalta la Sala).

"Como es lógico suponer, las pruebas que se solicitan en este proceso no pueden servir para los demás o viceversa, porque los inmuebles son diferentes y, en tal virtud, el valor de las indemnizaciones pretendidas son opuestas, como diversas los valores de las cuantías. Todo en razón de los hechos que demuestren las pruebas para cada proceso, y no, pretender que con unas mismas se acrediten aquellos factores.

"Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Norte de Santander, *deniega la acumulación* promovida por el señor apoderado de la parte demandada.

"En consecuencia, prosígase la tramitación de los antecitados procesos por separado".

## II

*Sustentación del recurso:*

El apoderado del Fondo Vial Nacional, dentro del término de ley, sustentó el recurso. Apartes de su razonamiento jurídico son los siguientes:

"3. *El análisis de las normas sobre acumulación y de los argumentos de la providencia.*

"En relación con la acumulación, el profesor Hernando Morales M. en su obra Curso de Derecho Procesal Civil. Sexta Edición, Editorial ABC, Bogotá 1983, página 351 dice: 'Por acumulación se entiende entonces el ejercicio o unión de varias pretensiones en una demanda (art. 82), o la agregación de dos o más procesos a fin de que formen uno solo y en él se decidan aquellas (art. 149)' y continúa este autor en la obra cita (sic): 'El fundamento de la acumulación descansa en el interés de los litigantes y en el interés público, pues estos lo tienen en que no se formen diferentes procesos para ventilar simultáneamente cuestiones que están ligadas entre sí; se aminoren las molestias y se reduzcan los gastos para no tener necesidad de reproducir las pruebas y alegaciones en cada proceso separadamente ...A los particulares y a la sociedad interesan que los pleitos sean breves, que no se multipliquen innecesariamente...La sociedad tiene interés de que no desprestigie la administración de justicia por la diversidad de fallos a que daría lugar la duplicidad de procesos...y en que no se consuma el dinero de los litigantes por la multiplicidad de procesos'.

"Los artículos 149 a 151 del Código de Procedimiento Civil regulan la figura de la acumulación y al respecto, el doctor Carlos Betancur Jaramillo en su obra Derecho Procesal Administrativo, Editorial Señal Editora, Medellín, 1985, página 241 dice: 'Los autores que son unánimes en reconocer las bondades de esta forma de acumulación, íntimamente ligada con la de pretensiones, como se vio, por cuanto ella

simplifica la solución de los procesos y logra la economía y la brevedad en sus trámites, amén de que evita el riesgo de sentencias contradictorias y con estas el desprestigio de los Tribunales'.

"3.1. Se afirma en el auto apelado que no se dan los requisitos previstos en el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Civil y relaciona tal afirmación con lo consignado en el inciso tercero del artículo 82 del mismo código.

"Los artículos 82 y 149 del Código de Procedimiento Civil guardan una estrecha relación; el primero regula la 'acumulación de pretensiones' y el segundo la 'acumulación de procesos', siendo este último el caso en que nos encontramos. En estos términos el artículo 149 determina los presupuestos para que opere la figura de la acumulación de procesos.

"Ahora bien, el numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Civil prevé que opera la acumulación 'cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda', es decir, que los demandantes hubieren podido presentar conjutamente una sola demanda o en otros términos que sus pretensiones hubiesen podido acumularse como los prevé el inciso tercero del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil: 'Siempre que provengan de la misma causa, o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse de las mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros', lo que implica una acumulación mixta de pretensiones.

"Veamos entonces, para efectos de la acumulación qué es 'causa' y qué es 'objeto' de una pretensión, para lo cual nos remitimos a lo que dice Hernando Morales en la obra citada, en su 8ª edición, página 371; 'por causa de las pretensiones se entiende la invocación de una concreta situación de hecho de la que derivan determinadas consecuencias jurídicas y por objeto, lo que concretamente se pretende del demandado' (subrayo).

"El aparte citado del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil utiliza el término 'O' para indicar diversas alternativas para que opere la acumulación de pretensiones y no para indicar que se deben dar todos los presupuestos allí citados simultáneamente, lo cual implica que basta que se dé uno solo para que opere aquella.

"3.2. Así las cosas, si nos remitimos al caso que nos ocupa observamos:

"a) La *'causa'* de cada una de las pretensiones de los demandantes en los procesos cuya acumulación se solicita es decir 'la situación de hecho invocada' por cada uno y de la que pretenden derivar consecuencias jurídicas, es la misma: Los 'trabajos públicos adelantados en la Avenida Cero de la ciudad de Cúcuta (un puente sobre el río Pamplonita) rezan todas y cada una de las demandas presentadas en los procesos, o sea las pretensiones de los demandantes habrían podido acumularse en la misma demanda, pues se da el presupuesto de que las pretensiones provienen de la misma causa';

"b) Pero es más, en el caso que nos ocupa *'el objeto'* de las pretensiones de los demandantes en los procesos 4779, 4775, 4780 y 4782 que se solicita acumular, es decir 'lo que concretamente se pretende del demandado' es el mismo. Y qué es lo que en estos procesos se pretende de mi poderdante: Que se 'declare responsable' 'por los daños ocasionados', 'por los perjuicios de toda índole ocasionados y por los perjuicios morales subjetivos y objetivos' presuntamente causados, dicen todas las demandas de estos procesos, es decir que en este evento también habrían podido acumularse las pretensiones en una misma demanda por darse este presupuesto;

"c) En cuanto a que los procesos, cuya acumulación se pretende, *'deban servirse de las mismas pruebas'*, también se da tal situación; veamos porqué.

"Se ha dicho que la acumulación de pretensiones también opera, en el caso del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil que venimos tratando, cuando 'deban servirse de las mismas pruebas'. Al respecto vale la pena transcribir lo que dice Hernando Morales:

" 'La conexidad instrumental se configura si una pretensión depende de la otra. . . *y también de la unidada (sic) de pruebas*, (subrayo) cuando las pretensiones se fundan en un mismo hecho o acto jurídico. Carnelutti dice que esta ocurre, «cuando las pretensiones diversas, están fundadas sobre la misma razón» la cual consiste «en el hecho y en el efecto jurídico», o sea en la causa y contenido de cada pretensión' (pág. 372, obra citada, 8ª edición).

"En efecto, ya hemos dicho que la 'causa', que es una situación de hecho, un hecho es igual en todos los procesos anotados:

"Los trabajos públicos adelantados para la construcción del puente sobre el río Pamplonita, lo cual implica que la prueba para demostrar esta causa de la pretensión, es decir, el 'hecho' en que se funda, necesariamente debe ser la misma. Igualmente hemos anotado que el 'objeto' de la pretensión, lo que se pretende del demandado, es igual para todos los procesos, luego la prueba para demostrar la presunta responsabilidad por daños y perjuicios, también necesariamente será la misma. Y si la exigencia de que la prueba de las pretensiones aun cuando sean diferentes, sea la misma para que opere la acumulación, con mayor razón es procedente la figura cuando siendo iguales las pretensiones necesariamente son iguales las pruebas para su demostración como en el caso de autos. Entonces tenemos que en este evento también los demandantes habrían podido acumular sus pretensiones en la misma demanda.

"3.3. Con fundamento en todo lo anterior, es evidente concluir que se dan los requisitos del numeral 1 del artículo 149 del Código de Procedimiento Civil, es decir que las pretensiones formuladas, que aquí son iguales en todos los procesos, habrían podido acumularse en la misma demanda. Y por consiguiente es procedente la acumulación de procesos solicitada, quedando desvirtuada la afirmación del auto de abril 8 de 1986 que nos ocupa.

"3.4. No obstante lo anterior, cabe hacer algunas observaciones adicionales sobre la parte de la providencia que veníamos analizando

y que dice: 'Como es lógico suponer, las pruebas que se solicitan en este proceso no pueden servir para los demás o viceversa, porque los inmuebles son diferentes y, en tal virtud, el valor de las indemnizaciones pretendidas son opuestas, como diversos los valores de las cuantías. Todo en razón de los hechos que demuestran las pruebas para cada proceso, y no, pretender que con unas mismas se acrediten aquellos factores'.

"Veamos cómo la argumentación transcrita carece de fundamento:

"Los procesos objeto de la acumulación tienen dos elementos comunes y uno distinto; los comunes son la causa y el objeto. Como lo consignamos en los literales A y B del numeral 3.2. de este escrito y el distinto la diversidad de personas demandantes lo cual hace que sean acumulables por lo expuesto en el punto 3.

"El autor que hemos venido citando, al hablar, de las diversas clases de acumulación de procesos, hace 4 clasificaciones y la tercera corresponde a 'la de procesos que deben servirse de las mismas pruebas por parte del demandante' y agrega: 'Sobre el tercer caso conviene advertir que se necesita que los procesos acumulados contengan pretensiones fundadas en un mismo hecho o acto jurídico, pero no se requiere que todas las pruebas de los procesos materia de acumulación sean comunes, sino que es suficiente que lo sean las relativas al hecho o acto común' (pág. 380), y ya hemos dicho que el hecho o acto común (numeral 3.1. y 3.2. a) es la construcción de un puente y que su prueba es la misma para todos los procesos. Al respecto Carnelutti, citado por Hernando Morales, dice: 'Varios litigios son idóneos para ser decididos por las mismas pruebas, en cuanto las diversas pretensiones estén fundadas sobre la misma razón...la razón se resuelve en el hecho y en el efecto jurídico constituyendo la causa y el contenido de la pretensión' (Tomo II, pág. 676, Sistema).

"Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es cierto que por ser los inmuebles presuntamente afectados por la obra, diferentes y por tanto diferentes las cuantías de las presuntas indemnizaciones, también es cierto que la prueba para llegar a esto es necesariamente igual por cuanto será la misma para demostrar el hecho o *'causa'* de la pretensión (la obra) y el *'objeto'* (los daños causados por los perjuicios) que implica la determinación de una posible indemnización, pero tal o tales indemnizaciones siempre serán el resultado de demostrar con las mismas pruebas tanto el hecho o *causa* de la pretensión como el 'objeto' de la misma, ya que si no se demuestran no habrá lugar a indemnizar y aún si se demuestra la causa, pero no el *objeto*, es decir no se demuestra lo que se pretende, no habrá lugar a la indemnización. Así las cosas, el hecho de que las indemnizaciones puedan ser diferentes y siendo estas una consecuencia de cuantificar para cada caso el *objeto* demostrado con las mismas pruebas, no implica que las pruebas no puedan servir para todos los procesos. En otros términos, las diferencias que puedan resultar entre las indemnizaciones no son consecuencia de pruebas diferentes, sino de la cuantificación de la prueba que demuestre si hubo o no perjuicio, es decir el 'objeto' de las pretensiones que es igual para todos. Podríamos decir que la cuantía de la indemnización es el 'interés' de cada demandante y que puede ser

diferente en cada caso como lo dice el aparte del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil citado por la providencia en cuestión y que no afecta la acumulación solicitada.

"Como un ejemplo de acumulación de procesos similar a la que nos ocupa en que la *causa* y el *objeto* de las pretensiones, son las mismas, tenemos el caso de las diversas demandas tramitadas ante el honorable Consejo de Estado contra la Nación por el derrumbe de Quebradablanca, carretera Bogotá - Villavicencio, en que se sirvieron de las mismas pruebas, procesos en que se tramitó y decretó la acumulación y en los que las indemnizaciones que resultaron fueron diferentes por razón de la cuantificación del *objeto* demostrado, es decir del perjuicio que se causa.

"Lo anterior está claramente expresado por Hernando Morales cuando cita a la Corte que transcribe Chiovenda: 'Uno de los efectos es el que los hechos que deben ser examinados respecto de todos los litis-consortes, han de ser declarados de un modo uniforme para todos, no siendo posible que en el mismo proceso el juez se convenza a la vez de la verdad y de la no verdad de un hecho' (pág. 383 obra citada).

"4. *Conclusión.*

"La acumulación solicitada reúne los requisitos del artículo 149, numeral 1 del Código de Procedimiento Civil y por consiguiente es viable su decreto, con fundamento en las razones expuestas, por lo cual respetuosamente solicito se dé curso favorable al recurso interpuesto".

## III

*Consideraciones de la Sala:*

a) La Sala entra a decidir el recurso de apelación porque encuentra que él estuvo bien concedido por el *a quo*, pues es de recibo la valoración jurídica que éste hizo en providencia de veintidós de abril del presente año, cuando precisó:

"Aunque el artículo 181 del Código Contencioso Adminitrativo no señala como auto apelable el que resolvió el incidente anotado, debe aceptarse como lo tiene expresado la doctrina y la jurisprudencia, que se trata de un auto apelable por remisión al Código de Procedimiento Civil; es decir, que como no existe regulación especial en el Administrativo, éste se remite por mandato implícito (art. 267) el del proceso civil, institución que así incorporada debe tomarse en su integridad para evitar su escindibilidad..." (Cuaderno Nº 1. Proceso 4779, fl. 77).

Que la anterior orientación jurídica fue la que guió a la comisión redactora del nuevo Código Contencioso Administrativo, lo expresa muy bien el doctor Carlos Betancur Jaramillo, en su obra Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, página 352, cuando enseña:

"Según el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo son apelables las sentencias de primera instancia dictadas por los Tribunales Administrativos y los siguientes autos: 1. El inadmisorio de demanda; 2. El que resuelva sobre la suspensión provisional; 3. El que ponga fin al proceso; y 4. El que resuelva sobre la liquidación de condenas.

"Aunque la enumeración parece taxativa no sólo por su texto sino por la intención de la comisión asesora, debemos afirmar que es meramente enunciativa. Sería de la primera clase si no existieran vacíos que deben llenarse con el Código de Procedimiento Civil. Porque si el administrativo remite, bien por disposición expresa a este ordenamiento o por mandato implícito (art. 267), la institución así incorporada deberá tomarse en su integridad para evitar su escindibilidad. Así, en este orden de ideas, no dudamos que el auto que decida las nulidades procesales, en primera instancia, será apelable en los efectos indicados en el ordenamiento procesal civil. Basta pensar que dicho incidente no tiene su regulación en el nuevo código, ya que su artículo 165 remite expresamente a los artículos 152 y siguientes de aquel estatuto y precisamente en el artículo 159 de éste dispone que 'el auto que declare una nulidad en primera instancia es apelable en el efecto suspensivo, y el que la niegue en el devolutivo'.

"Igual reflexión cabe hacer frente a aquellos incidentes decididos en primera instancia y que carecen de regulación en el nuevo estatuto, tal como sucede con el amparo de pobreza y el de acumulación de procesos. Dentro de la lógica de estos comentarios las decisiones anotadas serían dictadas en primera instancia por la Sala correspondiente";

b) La providencia impugnada será confirmada por la siguientes razones:

*Primera:* En providencia de quince (15) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985), Expediente 3029. Actor: Ventura Ramos y otros. Demandado: La Nación, con ponencia del honorable Consejero doctor Jorge Valencia Arango, la Sala hizo consideraciones de orden jurídico orientadas a precisar cómo la acumulación de procesos no puede manejarse en forma mecánica pues su fundamentación no es única. Allí se lee:

"C. La acumulación de procesos no es un fenómeno meramente mecánico. En el fondo de la institución juega un aspecto fundamental, substancial, cual es el de preservar intereses superiores de la comunidad, tales como:

"1. *La certeza jurídica,* afirmada por decisiones judiciales coherentes en casos semejantes, llamada por algunos tratadistas 'la integridad del orden jurídico' y cuya finalidad es evitar soluciones contradictorias en casos análogos.

"2. La guarda de la *economía procesal,* entendida en sentido funcional, temporal y patrimonial, para obviar tramitaciones, simplificar el procedimiento y reducir gastos procesales. Este principio exige que la acumulación se produzca en la etapa inicial de todos los procesos, porque se dispone cuando unos estén comenzando y los otros terminando, se produce el efecto contrario: Se suspenden los más adelan-

tados, se ampliarán en el tiempo las diversas etapas del debate, de la sustentación, también se dilatan los plazos, la práctica de pruebas etc.

"Algunos autores también señalan estos otros principios:

"1. *La eficacia del proceso* en cuanto a su posibilidad real de cumplimiento. Como cuando una pretensión reivindicatoria, de un bien indivisible, contra varios poseedores, se promueven separadamente contra cada uno de estos. En tal eventualidad la sentencia que ordene la reivindicación en cada caso particular resulta ineficaz en la práctica, pues el dueño sólo podría recuperar el bien cuando hayan prosperado sus pretensiones en todos los procesos. En este caso la acumulación se impone, para procurar que la reivindicación contra todos los co-poseedores sea eficaz en la práctica.

"2. La *pacificación social* que procura 'evitar la diversificación de procesos con sus consiguientes tensiones y resentimientos' pues una larga serie de litigios, entre las mismas partes, planteadas unos tras otros, atenta contra el interés general de la comunidad de que la administración de justicia sirva como un instrumento de pacificación social. Para evitarse permanente traumatismo social, es que la ley autoriza la acumulación, en orden a procurar que en una sola sentencia se decidan todos los conflictos existentes en un momento dado, entre unas mismas partes.

"D. De lo anteriormente expresado resulta que 'el fundamento de la acumulación no es único, ni los varios fundamentos siempre se complementan. En general, cada tipo de acumulación procesal se basa predominantemente en uno, a menudos se complementan y en algunos casos se excluyen' tales principios.

"Esto determina que —satisfechos los requisitos formales de una solicitud de acumulación— el juez debe examinar, en cada caso concreto, las consecuencias que su decisión favorable pueda tener sobre aquellos principios fundamentales que justifican la acumulación. Así podrá determinar si debe decretarla o negarla. Esa es la medida de su discrecionalidad, toda vez que la acumulación está jurídicamente permitida, mas no jurídicamente ordenada";

c) Dentro del marco que se deja transcrito la Sala encuentra que en el caso en comento no se corre ningún riesgo en el sentido de que en los distintos procesos de que hoy conoce el *a quo* se puedan proferir decisiones contradictorias entre sí, pues el juez es uno solo: La Sala de Decisión. Esto garantiza el mantenimiento del principio de la integridad del orden jurídico y ello explica que dentro de esta perspectiva no se justifique la acumulación;

d) Si se accediera a decretar la acumulación de los cuatro procesos se atentaría contra el principio de la economía procesal, en sentido funcional, pues se tornaría completa y difícil la solución de todos los asuntos reunidos en la acumulación lo que podría llevar a una demora sustancial para proferir sentencia. Esta se torna más expedita si se deja que cada demanda sea tramitada, y cada fallo proferido en el momento procesal oportuno, sin que puedan jugar las demoras o interferencias de los otros demandantes. La experiencia es

demostrativa de que no siempre todos los demandantes se muestran igualmente diligentes en la aportación de la prueba. Circunstancia de esta naturaleza son las que llevan a Carnelutti a enseñar:

"La acumulación perjudica a la rapidez y algunas veces, cuando alcanza proporciones, incluso la justicia puede sufrir como consecuencia de ello; cuanto más aumente el proceso, tanto menos se mueve con soltura, y cuanto más gana en extensión la obra del juez, tanto más pierde en intensidad";

e) El principio de la eficacia del proceso no resulta afectado, en el presente, caso si se deniega la acumulación pues es claro que cada sentencia puede hacerse efectiva separadamente, tan pronto como quede en firme. Esta finalidad se dilata en el tiempo cuando se profieren condenas en abstracto para unos casos y en concreto para otros;

f) Finalmente, la Sala destaca que en virtud del principio de la pacificación social tampoco debe ordenarse la acumulación pues como reiteradamente lo ha predicado "...es preferible encontrarle rápida composición judicial siquiera a algunos litigios, sin acumularlos, que demorarlos todos para resolver en una sola sentencia, como lo impondría el decreto de acumulación procesal" (Auto. Agosto 15 de 1985. Expediente 3029. Actor: Ventura Ramos. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

*Resuelve:*

A) Confírmase el auto calendado el día ocho (8) de abril del presente año, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en virtud del cual denegó la acumulación de los procesos números 4779; 4775; 4780 y 4782, por las razones expuestas en la presente providencia;

B) Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen;

C) Sin costas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta, Antonio J. de Irisarri Restrepo.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*ACCION DE NULIDAD. "CONCEPTOS".*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.—* Bogotá, D. E., diez de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 395. Actores: Abdala F. Villa Eijach y otros.

El abogado Néstor Castillo Varilla, actuando en nombre propio y en el de sus mandantes Abdala Francisco Villa Eijach, Elías Delvalle Suárez, Andrés Fernández Díaz y Francisco Rodríguez Cortés, acude a esta Corporación en acción de restablecimiento del derecho *(C. C. A., art. 85)* en demanda de la declaratoria de nulidad del "concepto consignado en el Oficio OJ.002154 de mayo 7 de 1986 producido por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (Coldeportes) y la decisión administrativa contenida en el Oficio número 1137 de mayo 14 de 1986 suscrito por el Director Ejecutivo de la Junta Administradora de Deportes de Bogotá". Los actores impetran, además, la suspensión provisional de los efectos de los actos demandados.

*I. Los actos demandados:*

El siguiente es el texto de los actos demandados que en fotocopia autenticada acompañó el actor a su libelo:

"OJ.002154 Bogotá, 7 de mayo de 1986. Señores Comité Ejecutivo de la Liga de Softbol de Bogotá D. E. Att. señor Miguel Angel Fuentes Núñez. Apreciados señores: *En respuesta a la consulta* formulada por ustedes mediante su Oficio 043 del 2 de mayo en curso, *nos permitimos conceptuar:* De acuerdo con el mandato contenido en el artículo 42 del estatuto vigente *para esa Liga,* la elección de Miembros del Comité Ejecutivo por la Asamblea, se declara efectiva para las personas que obtengan la mitad más uno (½ + 1) de los votos emitibles en la respectiva reunión. Ahora bien: En la reunión de Asamblea materia de *su consulta,* estaban representados cinco (5) clubes afiliados de los seis (6) posibles, por lo tanto existió quórum deliberante y decisorio. Durante la elección, tres de las personas postuladas obtuvieron cinco (5) votos a su favor, y otras dos personas sólo tres (3) votos favorables. *En este caso específico,* la mayoría necesaria para resultar elegido, es de cuatro (4) votos, resultante de la siguiente fórmula: S/2 = 2.5 + 1 =3.5. Como el voto es indivisible, como lo es la persona que lo emite, se hace la aproximación al número entero superior, *en este caso* 4. Por lo anterior y de acuerdo con el estatuto de la liga,

quienes sólo obtuvieron a su favor tres (3) votos, no resultaron elegidos por cuanto no obtuvieron la mayoría necesaria. En cuanto a la segunda parte de *su consulta, consideramos que debe convocarse la Asamblea* de afiliados a reunión extraordinaria, *con el fin de que por ella se corrija el error.* La convocatoria se hará de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 del estatuto de la liga. Cordialmente (Fdo.) Alvaro Barreto Rojas. Vo.Bo. (Fdo.) Myriam Gutiérrez de Pulido, Secretaria General" (Hay un sello. Subrayas fuera del texto).

"Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte. Junta Administradora de Deportes de Bogotá D. E., Bogotá D. E., 13 de mayo de 1986. 14 de mayo 1986. D. E. (sic) 1137. Doctor Miguel Fuentes Núñez Presidente de la Liga de Softbol de Bogotá Ciudad. Respetado doctor: Conocido el informe del representante de la Junta, la impugnación del Fiscal y *el concepto emitido por Coldeportes,* respecto a la Asamblea Ordinaria de Clubes celebrada el 30 de abril de 1986, manifestamos a usted que en *nuestro concepto* los actos concernientes a los términos de la convocatoria, al paz y salvo de los Clubes y a la elección de algunos directivos no se ajustaron a las normas dispuestas en los Estatutos de la Liga. *En consecuencia, le recomendamos tomar los correctivos* que conduzcan a la legalización de los actos de la Asamblea. *Quedamos a la espera de sus noticias sobre el particular.* Cordialmente (Fdo.) Roberto Valencia Torres Director, Ejecutivo" (Lo subrayado es del Despacho).

*II. Se considera:*

Sin entrar a hacer disquisiciones sobre las dos principales teorías acerca de los actos administrativos en que se han dividido tanto los teorizantes como la jurisprudencia, teorías organicista y funcional (aquella desplazada por ésta en la actualidad), se advierte en el presente caso que formalmente los actos demandados son ciertamente conceptos o, lo que es lo mismo, una opinión, un juicio, un parecer o punto de vista sobre algo que se propone o consulta.

Empero, bajo tal manto de formalidad o desde el ángulo meramente formal pueden existir —y en efecto no es infrecuente que se produzcan en la realidad— conceptos que en el fondo entrañan una decisión, una determinación o resolución, esto es, una conducta administrativa o bien una abstención de la administración capaz de producir efectos jurídicos, "en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia", según voces del artículo 83 del Código Administrativo: Pero además de tal carácter decisorio o resolutorio, como lo acepta y lo tiene sentado la jurisprudencia, esos que son verdaderos actos administrativos deben tener también fuerza o carácter ejecutorio. Y justamente esto no ocurre en el asunto en cuestionamiento, es decir, que no se trata de conceptos formales que entrañen una conducta o proceder administrativo capaz de producir efectos jurídicos con carácter ejecutorio, que no son una decisión ejecutoria, como quiera que allí no se ha decidido, ni ordenado, ni se ha dispuesto o resuelto jurídicamente una situación específica que deba y que tenga que ejecutarse, previo el pertinente procedimiento gubernativo, sino que, en ambos casos, se absuelve una consulta que se ha formulado o elevado ante organismos deportivos colombianos.

En cuanto al concepto de Coldeportes, se tiene que allí se indica a los consultantes cómo debe procederse legalmente para alcanzar un objetivo y cómo deberá corregirse una situación fáctica para transformarla en una situación real pero rodeada de la legalidad pertinente. Y en lo atinente al concepto de la Junta Administradora de Deportes del Distrito Especial de Bogotá, aportado a última hora por el demandante, el organismo deportivo distrital expresa que la situación a él planteada mediante la consulta del caso, no se acomoda a las disposiciones pertinentes o, para usar los términos allí empleados, "manifestamos a usted que en nuestro concepto los actos concernientes a los términos de la convocatoria, al paz y salvo de los Clubes y a la elección de algunas directivas no se ajustaron a las normas dispuestas en los estatutos de la Liga", para concluir diciendo que "le recomendamos tomar los correctivos que conduzcan a la legalización de los actos de la Asamblea. Quedamos a la espera de sus noticias sobre el particular".

Una decisión ejecutoria de la administración (o de cualquier ente de cualesquiera de las tres Ramas del Poder Público, en función administrativa, o de las entidades privadas cuando cumplan funciones públicas), no aconseja, ni recomienda, sino que manda, ordena, impone: El consejo, la recomendación, el concepto no produce efectos jurídicos que deban ejecutarse, esto es, no conlleva o entraña decisión ejecutoria, al contrario de lo que ocurre con el acto administrativo. Porque el acto administrativo es aquel mediante el cual la administración o una autoridad en función administrativa muestra o precisa su voluntad de producir determinados efectos jurídicos con carácter ejecutorio o, lo que es lo mismo, una decisión ejecutoria que, al decir del tratadista Jean Rivero, "es el acto por el cual la administración pone en marcha este poder de modificación unilateral de las situaciones jurídicas" ("Derecho Administrativo", trad. de la 9ª ed., Edit. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1984, pág. 100).

Así, pues, los actos acusados son simples conceptos, tal como se deja visto y como lo admite el mismo actor, si bien éste llama administrativo al concepto de la Junta Administradora de Deportes, pero que después corrije o se refiere expresamente a "los conceptos demandados" (pág. 11 del libelo, que obra el fl. 23). Sentando, en consecuencia, que los dos actos demandados son simples conceptos, corresponde determinar ahora si los tales conceptos son materia de control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Conforme al inciso final del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que trata de la "Acción de Nulidad", *"son objeto también de esta acción los conceptos* y circulares *que la administración quiera aplicar de modo general..."*

En el caso *sub exámine* los conceptos materia de la demanda y de la solicitud de suspensión provisional de sus efectos escapan al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por dos razones fundamentales, a saber:

a) Porque tanto en el poder otorgado al profesional accionante, como en la demanda propuesta por éste, se habla expresamente en aquel y se intenta en la demanda "la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administra-

tivo" (Ver fls. 1 y 13). Ahora bien: En el artículo 85 del Estatuto Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) no se prevé que la acción que allí establece, la de restablecimiento del derecho (que es la misma incoada en el expediente en referencia, como se acaba de ver), se pueda enderezar o ejercer contra conceptos, sino exclusivamente contra un "acto administrativo" y contra las llamadas "operaciones administrativas" y "vías de hecho", que por mandato del inciso final del artículo 83 *ibídem*, "se considerarán, en adelante y para todos los efectos, actos administrativos". Solamente en desarrollo o ejercicio de la "acción de nulidad" contemplada en el artículo 84 *ibídem*, es decir, sólo a través de la "acción de simple nulidad", o "pública de nulidad" o bien "popular de anulación", como indistintamente también se la llama desde antes, puede pretenderse la pertinente declaratoria de nulidad de los conceptos "que la administración quiera aplicar de modo general". Será porque un concepto que la administración aplique o quiera aplicar de manera genérica potencialmente puede lesionar o vulnerar el aparato u ordenamiento jurídico, es por lo que el artículo 84 incluye los conceptos entre los actos anulables mediante la acción simple de nulidad, que es la forma de accionar en defensa propiamente de tal orden jurídico y de la legalidad general. Tal circunstancia basta para que la demanda propuesta (en acción de restablecimiento del derecho del art. 85, no sea admitida por falta de jurisdicción;

b) Razón potísima que determina que los conceptos demandados no sean de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa radica en lo siguiente: De conformidad con la parte del artículo 85 antes transcrita, en el evento de que los conceptos en cuestión pudieran demandarse en acción de nulidad con restablecimiento del derecho, que no se puede, como queda establecido, se requiere que tales conceptos los quiera aplicar o los aplique la administración "de modo general". Pero como en el caso *sub júdice* no está dándosele aplicación general a un concepto (a ninguno de los dos conceptos), sino que estos conceptos se refieren exclusiva, expresa y específicamente al caso singular o individual de la Liga de Softbol de Bogotá, entonces no tiene cabida accionar contra ellos por la vía del artículo 85, puesto que la acción de restablecimiento del derecho no los cobija y, en consecuencia lógica, carecen de control jurisdiccional por lo contencioso administrativo. Por ende, también por esta segunda razón ha de inadmitirse la demanda en referencia.

Por sustracción de materia, consecuencialmente no cabe hacer consideraciones acerca de la suspensión provisional de los efectos de los conceptos demandados que ha solicitado el actor.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el Despacho

*Decide:*

*Primero.* Tener al abogado Néstor Castillo Varilla como apoderado especial de los señores Abdala Francisco Villa Eijach, Elías Delvalle Suárez, Andrés Hernández Díaz y Francisco Rodríguez Cortés, conforme al mandato que se le confirió.

*Segundo. No admitir la demanda,* por falta de jurisdicción.

*Tercero.* En firme este proveído, devuélvansele al demandante el libelo y los documentos que presentó.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Guillermo Benavides Melo,* Consejero de Estado.

*Victor M. Villaquirán,* Secretario.

*IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES.*

*El Código de lo Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil para resolver lo relativo a los impedimentos y recusaciones tanto en los aspectos de fondo como de su trámite.*

*Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*— Bogotá, D. E., veintitrés de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: Doctor *Hernán Guillermo Aldana Duque.*

Referencia: Expediente número R-370. Actor: Carlos Plata Castilla. Recusación contra los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander. Auto.

Por decisión de los conjueces sorteados, han llegado las actuaciones de la referencia para que esta Corporación decida lo pertinente respecto de la recusación formulada contra los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander.

La apoderada del Municipio de Bucaramanga, en escrito presentado el 15 de abril de 1986 ante la Secretaría del Tribunal Administrativo de Santander recusa a los señores Magistrados de esa Corporación por los motivos que en su memorial precisa y que, para efecto de resolver la apelación interpuesta, no es necesario detallar.

El ponente del proceso, Magistrado José Padilla Villar, al pronunciarse sobre la recusación propuesta no la aceptó (auto de 24 de abril de 1986, fl. 48).

La actuación pasó al Despacho de la Magistrada Mariela Vega de Herrera, quien se declara a su vez impedida para conocer de la recusación propuesta contra su colega, el Magistrado José Padilla Villar, por considerar que por motivo de la recusación propuesta contra él era el mismo por el cual se le recusa.

Dando aplicación a los artículos 8º y 16 del Decreto 1265 de 1970, dispuso el sorteo de conjueces que dirimieran la cuestión (auto de fecha 2 de mayo de 1986, fls. 60 y ss.).

La apoderada del Municipio de Bucaramanga impugnó la providencia a que se refiere el párrafo anterior, pues consideró que no eran aplicables al caso las normas del Decreto 1265 de 1970, sino las del Código de Procedimiento Civil, en vista de los cuales cree que

debió haberse ordenado el envío del expediente al Superior, esto es al Consejo de Estado, para que en esta Corporación se resolviera acerca de las recusaciones formuladas.

La Magistrada conductora del proceso rechazó de plano el recurso de reposición (fl. 66, auto de trece de marzo —sic— de 1986) y procedió al sorteo de los conjueces que había dispuesto (fl. 67).

Posesionados los conjueces, por auto de 30 de agosto próximo pasado, dispusieron remitir el expediente a esta Corporación para que se resolviera lo pertinente en cuanto a la recusación planteada (fls. 78 - 79).

Es el momento de decidir, previas las siguientes consideraciones:

El Código de lo Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil para resolver lo relativo a los impedimentos, y recusaciones tanto en los aspectos de fondo como de su trámite.

Al efecto el artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, inciso final, dispone:

> "1º Conforme al inciso final del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, 'el Magistrado o Conjuez que se considere impedido pondrá los hechos en conocimiento de la respectiva Sala con expresión de la causal invocada para que ella resuelva sobre el impedimento, y en caso de aceptarlo pase el negocio a otro Magistrado o fije fecha y hora para el sorteo de Conjuez, cuando a ello hubiere lugar' ".

Lo anterior significa que la Magistrada Mariela Vega de Herrera debió tramitar el incidente de recusación, pues de acuerdo con el inciso final del artículo 141 del Código de Procedimiento Civil, ella no era recusable.

Admitida la recusación, si a ello se llegare, se deberá reemplazar al Magistrado impedido por un conjuez (art. 145 *in fine*) y ante él se podrá, entonces, tramitar la recusación contra el Magistrado titular que debió resolver la formulada contra el primeramente recusado.

La actuación adelantada no ha seguido el procedimiento legal lo cual constituye un claro antiprocesalismo, que invalida lo actuado a partir del auto de dos de mayo de 1986.

En consecuencia el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo,

*Resuelve:*

Invalídase la actuación del presente proceso a partir del auto de 2 de mayo de 1980, visible a folio 60 del expediente.

El incidente de recusación contra el Magistrado doctor José Padilla Villar deberá tramitarse en la forma prevista en la parte motiva

de este proveído, y de prosperar, el Conjuez que deba reemplazarlo conocerá de la propuesta contra la Magistrada Mariela Vega de Herrera.

Cópiese, notifíquese y devuélvase la actuación al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia que este auto se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

*Samuel Buitrago Hurtado,* Presidente; *Hernán Guillermo Aldana Duque, Aydée Anzola Linares,* Ausente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Guillermo Benavides Melo,* Ausente; *Miguel Betancourt Rey, Carlos Betancur Jaramillo, Gaspar Caballero Sierra, Antonio José de Irisarri R., Enrique Low Murtra,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Simón Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango,* Ausente; *Joaquín Vanín Tello,* Ausente.

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario General.

*AUTOS DE PRUEBAS.*

*Quedaron, en materia de recursos, por fuera del control del Superior.*

*1. El que deniega la apertura del proceso a pruebas o la práctica de una prueba será pasible de súplica cualquiera sea la instancia que lo comprenda. 2. El que abre el proceso a pruebas y el que las decreta no tendrán sino reposición.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., treinta y uno de octubre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Carlos Betancur Jaramillo.*

Referencia: Expediente número 4933. Recurso de queja. Actor: Hernando Mendoza Castro.

Procede la Sala a decidir el recurso de queja interpuesto por la parte actora contra el auto de junio 11 del presente año (al fl. 58) mediante el cual el Tribunal Administrativo de Boyacá denegó la concesión del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 29 de abril (al fl. 53), el que no accedió al señalamiento de nueva fecha para la práctica de unas pruebas (testimonios e inspección judicial).

Para resolver, se considera:

La decisión del Tribunal deberá mantenerse. El auto recurrido no es susceptible de apelación. Como bien lo dice el Tribunal tal recurso sólo es posible, en principio, contra los autos enunciados en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo.

De la lectura de este texto se infiere que los autos de pruebas quedaron, en materia de recursos, se entiende, por fuera del control del Superior. No puede hablarse siquiera que frente a estos deba acudirse al Código de Procedimiento Civil porque no existe vacío alguno que permita la remisión autorizada en el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo.

El código al enunciar los autos apelables, como pasa con el Código de Procedimiento Civil actual, está dando a entender que sólo estos tendrán apelación. De lo contrario hubiera sentado la regla general que existía en el Código Judicial de 1931 (Ley 105) en el sentido de que todo auto interlocutorio, por el solo hecho de serlo, era susceptible de apelación. Y como no existe ese vacío, no podrá aplicarse la regla contemplada en el numeral 3 del artículo 351 del Código de

Procedimiento Civil que hace apelables tanto el auto que deniegue la apertura a pruebas como el que deniegue la práctica de alguna que haya sido solicitada oportunamente.

No quiere decir lo precedente que en el proceso administrativo esos autos carezcan de recurso. El mismo Código Administrativo soluciona el punto en su artículo 183, al hacer suplicables tanto los autos interlocutorios dictados en primera instancia no susceptibles de apelación, como los dictados en única o segunda instancia. Por su lado, el que abre a pruebas u ordena la práctica de alguna sólo serán de reposición. Su índole de mero trámite así lo da a entender (art. 180).

En suma, hoy en el proceso administrativo los autos de prueba podrán ser recurridos, así:

El que deniega la apertura del proceso a pruebas o la práctica de una prueba será pasible de súplica, cualquiera sea la instancia que lo comprenda. El que abre el proceso a pruebas y el que las decreta no tendrán sino reposición.

Se entiende lo precedente frente a las pedidas por las partes, porque las ordenadas de oficio no son objeto de recurso alguno (169 *in fine*).

Por lo expuesto, la Sección Tercera,

*Resuelve:*

Estímase bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 29 de abril del presente año.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Esta providencia fue aprobada por la Sala en su sesión celebrada el día 30 de octubre de 1986.

*Carlos Betancur Jaramillo, Antonio J. de Irisarri Restrepo, Julio César Uribe Acosta, Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

*SUSPENSION PROVISIONAL SIMPLE Y SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION.*
*Requisitos.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.*— Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Benavides Melo.*

Referencia: Expediente número 132. Actora: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. "AVIANCA".

La parte actora, en el expediente en reconstrucción bajo referencia, interpone en término el recurso de súplica contra el proveído de fecha 16 de octubre de 1985 (fls. 55 a 65), mediante el cual el honorable Consejero ponente admitió la respectiva demanda incoada en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y, entre otras medidas, no accedió a decretar "las suspensiones provisionales" pedidas por el actor. La súplica va enderezada contra tal auto pero solamente "en cuanto por dicha providencia se negó decretar la suspensión provisional en prevención, o la simple suspensión provisional", esto es, para que sea revocado su punto II (fl. 64, *in fine*) y en su lugar se decrete la suspensión provisional en prevención de los actos acusados o, en su defecto, la suspensión provisional de los mismos. Con tal salvedad, el recurrente consiente expresamente la providencia impugnada.

Cumplidos como fueron los pertinentes pasos procesales, mediante auto de fecha 29 de mayo de 1986 (fls. 100-102) el señor Consejero ponente decretó la reconstrucción del proceso número 5095 en referencia, determinó que documentos y autos se tienen "como pruebas y como auténticos" y consecuencialmente dispuso que a partir del auto ahora materia de súplica cursará en adelante el proceso, "debiendo seguir el cumplimiento de lo ordenado en la citada providencia (auto de 16 de octubre de 1985) y primeramente su notificación, estado en que se reanudará el proceso".

La providencia recurrida en súplica niega conceder las suspensiones provisionales alternativas con base en lo que, en síntesis, se indica enseguida:

En cuanto a la suspensión provisional en prevención, se requiere que el acto acusado, conforme al artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, sea de trámite, preparatorio o de ejecución, con las características especiales que señala dicha norma legal, requisitos que no se dan en el presente caso, pues el acto acusado no tiene ese carácter.

Además la Resolución número 074 de 1985 "es susceptible de recurso por vía gubernativa y, en efecto, fue objeto de él, conteniéndose, precisamente, la decisión que lo desata en la Resolución número 077 también impugnada". Y agrega: "2. Las Resoluciones números 074 y 077 no configuran tampoco actos de ejecución o de cumplimiento de un acto definitivo; son el acto definitivo para cuyo cumplimiento se presupone, no la expedición de otro o de otros actos jurídicos, sino la realización de un hecho físico de ejecución, constituido en el caso *sub judice* por la inspección y revisión ordenada a los libros, papeles, documentos, bienes, equipos e instalaciones de Avianca, razón para que no se dé la situación prevista en el numeral 2º del artículo 153 citado".

En lo atinente a la subsidiaria solicitud de "simple suspensión" contemplada en el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, dice el auto recurrido que la "Corporación echa de menos, en tratándose de una acción de restablecimiento del derecho como es la aquí incoada, que la parte actora no aduzca la mínima prueba del perjuicio que sufre o podría sufrir con la expedición de los actos acusados, cual lo previene perentoriamente el artículo 152. Y obsérvese que para facilitar tal demostración se exige la probanza sumaria, esto es, la que ni siquiera haya sido controvertida".

Con base en tales consideraciones, el proveído recurrido determina en su punto II que "no se accede a decretar ninguna de las suspensiones provisionales solicitadas".

Contra este punto II del auto de 16 de octubre de 1985 va enfocada la súplica introducida por el señor apoderado de Avianca, en escrito que, visible a folios 103 a 123, se concreta así:

La Resolución 074 es de mero cúmplase, sin notificación ni ejecutoria y por tanto sin posibilidad de impugnarse; pese a ello, Avianca se apresuró a recurrirla y el Procurador "se dignó *ex gratia*", alegando su poder "discrecional", admitir el recurso de reposición, resolviéndolo adversamente y negó la apelación ante el Presidente de la República, mediante la Resolución 077 y "también en este caso se empleó la fórmula de cúmplase, sin notificación, ni término de ejecutoria, ni posibilidad de recurso alguno". Se intentó el recurso de queja ante el Presidente, quien por Resolución ejecutiva número 151 de 31 de julio de 1985 se abstuvo de "decidir, por carecer de competencia". Ataca los fundamentos del ponente para rechazar su pedimento de suspensión y afirma haber demostrado "*ad nauseam*, hasta qué punto debía accederse a la suspensión provisional en prevención, pues los actos acusados o son preparatorios o de trámite, o son definitivos; o son de 'simple contenido psíquico' o son de 'contenido ejecutivo', en este último caso traducibles en operaciones materiales" que el Código Contencioso Administrativo las cataloga como actos administrativos. "La Resolución 074 por sí mismo no es final, no es autónoma, no es un resultado definitivo, no determina una actuación administrativa, no pone fin a ninguna operación del Estado, no clausura una etapa. Todo lo contrario, es un acto que prepara o sirve de medio para que se produzcan múltiples operaciones administrativas... pues la actuación del Procurador resulta tan absolutamente burda a la luz del derecho positivo colombiano, y tan torpemente invasora (por no decir usurpa-

dora) de las competencias de órganos y funcionarios de todas las tres Ramas del Poder Público que el país colombiano representado por sus gentes de más lúcida conciencia cívica y ética, la han mirado con horror y estupefacción". Las dos resoluciones "son a su vez los medios o instrumentos para producir un informe y unas conclusiones que la Comisión rendirá al Procurador General de la Nación y que éste trasladará 'al Presidente de la República junto con las recomendaciones pertinentes'. Este sí es el acto final de la actuación". Y prosigue: "Por más vueltas que se le dé a la cuestión, aparece claro que la Resolución 074 es apenas un instrumento, un medio, un vehículo, una herramienta, un punto de partida, un soporte para producir finalmente un acto que pone término a la actuación administrativa". Es decir, "que la Resolución 074 conduce a la producción de actos definitivos inconstitucionales e ilegales, que no serán susceptibles de recurso alguno". Dice que "es inocuo el argumento del auto recurrido aduciendo que fue resuelto el recurso de reposición" y que tal auto pasó por alto una cuestión decisiva, consistente en que el Procurador en la parte motiva de la Resolución 077 la sustenta en su "facultad discrecional" que "lo autoriza para no conceder ningún recurso (...) lo cual *no obsta* para que, por pura magnanimidad, graciosamente su Despacho conceda la dadivosa merced de resolverlo", lo cual hace "por pura benevolencia pretoriana, pero en ningún caso por mandato de la ley". Partiendo de que, como se sabe, "una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, o lo que da igual, no puede ser dos cosas distintas a la vez", por ello "la afirmación de que los actos reprochados pueden caber en las dos hipótesis del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, debe tomarse como una alternativa. No como una simultaneidad (...) porque lo que sí resulta completamente insólito es que tales actos no quepan en ninguna de las dos casillas, como lo afirma el auto recurrido, y sean, en consecuencia, *'rara avis'* o categorías ajurídicas que se han quedado en el limbo del derecho administrativo". Después de traer en su favor citas de varios tratadistas, dice el suplicante que las Resoluciones 074 y 077 "envuelven una *decisión* (la de efectuar una visita), y generar una serie de *actos materiales unos y jurídicos otros*" (examen, revisión de libros, papeles, etc.), "realizados por funcionarios de la misma Procuraduría que emitió el acto que es a la vez de ejecución y ejecutorio". Remata su alegato el recurrente criticando el auto impugnado en cuanto a que no se ha probado sumariamente el perjuicio, para negar la simple suspensión del artículo 152, y expresa: "Sin embargo, basta estar en el mundo y vivir en Colombia en la época actual para participar cognoscitivamente de un hecho notorio: El de los perjuicios que la intervención del Procurador General de la Nación le causa a Avianca; y basta así mismo saber que en el derecho colombiano los hechos notorios no requieren prueba (art. 177 *in fine* del C. de P. C.), para refutar la peregrina idea de que no se han probado sumariamente los perjuicios"; recuerda que nuestro "Procurador General equivale al Attorney General" de los Estados Unidos de Norteamérica y afirma que "la noticia de que nuestro Attorney General Jiménez había intervenido la empresa Avianca, prácticamente desbarató lo que se había logrado para refinanciar una deuda de aproximadamente US$ 170 millones", prueba esta que, junto con otras pertinentes "no se pueden probar de la noche a la mañana, ni aún sumariamente". Concluye diciendo que "no es esta la ocasión de recapitular el extenso catálogo de males que la ambición de poder personal, sin freno ni

medida, del señor Procurador, ha desencadenado sobre una empresa de los colombianos que no sólo ocupa un puesto de liderazgo en la actividad privada nacional, sino que es una de las empresas aéreas más antiguas y serias del mundo".

Siguiendo un orden de prelación lógico y además ajustado a las pautas señaldas en el Estatuto Contencioso Administrativo, para resolver el recurso de súplica propuesto será menester examinar a continuación:

A) Los requisitos o reglas que la ley determina expresamente para que sean dables y, por ende, se decreten los dos tipos de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo: La provisional simple u ordinaria y la provisional en prevención;

B) Si tales requisitos se dan o existen en el caso *sub exámine;*

C) Si el acto acusado (integrado por las dos Resoluciones impugnadas: La 074 que ordenó la visita a Avianca y la 077 que desató el recurso de reposición incoado contra aquella y la confirmó), es o no un *acto preparatorio,* o un *acto de trámite,* o un *acto de ejecución,* o un *acto discrecional* (como el Procurador mismo lo autodenomina indiferenciadamente, porque también lo cataloga sin distinción como un *acto político* y aún como *un acto de policía*: Cfr.: Resolución 077, fls. 73-74); o bien, como un *acto único, insular; autónomo* ("acto isla" que ordena practicar una visita y el informe que la remata o concreta lo pasaría el Procurador al Presidente de la República), o, en fin, un *acto definitivo* (como lo considera la providencia suplicada); y

D) Por último, una vez aclarados en su orden los puntos que anteceden, precisar si la ilegalidad o inconstitucionalidad del acto acusado es grosera u ostensible y proveer en consecuencia sobre la suspensión provisional en prevención o la simple suspensión provisional, para concluir con la revocatoria o confirmación del proveído materia de súplica.

En seguida, pues, se examinarán, en su orden, los puntos precedentes, apuntando desde ya que, como es apenas obvio, si faltare, *verbi gratia,* uno o algunos de los requisitos para que opere la suspensión provisional, por inoficioso sobraría el estudio de los demás puntos.

I. Los siguientes son los requisitos o reglas que la ley señala en forma expresa para que sea factible el decreto de *suspensión provisional simple* de los efectos de un acto administrativo definitivo, que prevé el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo:

I.A. Si la acción propuesta es la de nulidad, se requiere que exista *manifiesta u ostensible violación* de una norma superior, violación palmaria que pueda percibirse o apreciarse a través de un mero cotejo o sencilla comparación entre el acto administrativo acusado y la norma de superior jerarquía quebrantada, o que la crasa trasgresión resulte del examen de las pruebas aportadas al expediente;

I.B. Que la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, se solicte y sustente en forma expresa en la misma demanda;

I.C. Que si no se pide en la demanda misma, la solicitud se formule en escrito separado, presentado antes de dictarse el auto admisorio de la demanda. Sobra añadir que en ese escrito separado se debe desarrollar la pertinente sustentación expresa.

Queda entendido que esta sustentación expresa apunta a que la grosera violación ha de percibirse como resultado de la sencilla comparación entre el acto acusado y todos y cada uno de los preceptos de estirpe superior que el peticionario reputa transgredidos, pues no basta, y esto es apenas natural y ciertamente de importancia estricta, la mera o nuda enunciación o aserto de que de la comparación resulta la manifiesta violación, sino que se requiere hacer o desarrollar la sencilla comparación y que de éste surja o brote espontáneamente, sin lucubraciones o análisis exhaustivos o silogismos de índole jurídica, el palmario quebranto. Y

I.D. Que la suspensión provisional sea procedente o lo que es lo mismo, que no esté expresamente prohibida por la ley.

II. Pero si la acción promovida es "distinto de la de nulidad del acto", aparte de los requisitos acabados de especificar en los cuatro puntos literales del numeral I precedente, será menester acreditar o "deberá aparecer comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor".

De suerte que, como ocurre justamente en el caso *sub júdice*, siendo una acción de restablecimiento del derecho lo que ha incoado el señor apoderado de Avianca, "distinta de la de simple nulidad del acto", para que sea viable la suspensión provisional simple u ordinaria pedida subsidiariamente se necesita, *a fortiori*, que concurran o se llenen todos los requisitos de que tratan los puntos I y II acabados de reseñar, además de que el acto administrativo demandado, integrado por las dos Resoluciones 074 y 077 de 1985, sea de carácter definitivo, no un acto de trámite o preparatorio o de ejecución, porque para estos últimos tipos de actos, y solamente para ellos, está prevista la suspensión provisional en prevención que en seguida veremos.

III. En lo atinente a la suspensión provisional en prevención de que trata el artículo 153 del Código Contencioso Administrativo, rigen o se exigen los mismos requisitos o reglas acabados de anotar, que impone el artículo 152 *ibídem* para la suspensión provisional simple o normal, con las distinciones allí apuntadas. Lo único diferente es que la suspensión provisional en prevención está enfocada por el Código Contencioso Administrativo, no contra actos administrativos definitivos, sino:

III."1. Contra actos preparatorios o de trámite, cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible de ningún recurso" y

III."2. Contra los actos de ejecución cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra. En este caso el proceso y la suspensión terminarán cuando se cumpla con los requisitos omitidos". Y conforme al inciso final del artículo 153 del Código Conten-

cioso Administrativo, "la suspensión (provisional en prevención) impedirá complementar o ejecutar los actos definitivos".

IV. Ahora veremos si en el caso *sub lite* existen los requisitos para cada una de las dos clases de suspensiones provisionales: Aunque tales requisitos deban coexistir en su totalidad para la viabilidad del decreto suspensivo, ha de aclararse primeramente que, como se deja visto antes, el actor ha intentado una acción de restablecimiento del derecho y, por ende, para que sea atendible su solicitud de suspender provisionalmente en prevención el acto acusado "cuando la acción ejercitada es distinta de la nulidad", es menester acreditar estas reglas: a) Que la suspensión se solicite y sustente de modo expreso en la demanda; b) En el evento de que no se pida en el libelo mismo, que se formule en escrito separado que se haya presentado antes de dictarse el auto admisorio de la demanda; c) Que la medida precautelar no se encuentre prohibida por la ley; d) Que aparezca "comprobado, además, aunque sea sumariamente, el perjuicio que sufre o que podría sufrir el actor"; e) Que se enfoque contra los actos y bajo las condiciones de que tratan los numerales 1 y 2 del artículo 153 del Código Contencioso Administrativo; y f) Obviamente, que se perciba que el acto acusado viola en forma palmaria u ostensible normas superiores, como resultado de una sencilla comparación o del examen de las pruebas que se hayan aportado a autos.

IV.a) Es evidente que la solicitud de suspensión provisional la hizo el actor dentro de la demanda de restablecimiento del derecho, aunque ha de indicarse que, en cuanto a la sustentación de la medida excepcional, como afirma en el escrito de súplica, "los actos del Procurador infringen en forma manifiesta 7 artículos de la Constitución Nacional y más de 74 artículos de leyes formales y materiales", pero algunas de tales normas superiores solamente son mencionadas de manera genérica (v. gr., "arts. 12 a 28 de la Ley 25 de 1974"), sin que se sustente el patente quebranto en forma específica de estas 17 normas legales a través de una sencilla comparación;

IV.b) No se advierte que en el caso en cuestión esté prohibida la suspensión provisional, por lo cual por este aspecto es viable la medida precautelar;

IV.c) En cuanto a la comprobación, aunque sea sumaria, de los perjuicios "que sufre o que podría sufrir el actor", es patente su ausencia del expediente y al respecto se anota que ni siquiera se la mienta en el libelo demandatorio. Sobre el particular no es menester desarrollar análisis alguno, sino meramente verificar la no satisfacción de la insoslayable exigencia normativa, pues como aparece dicho en el auto suplicado, allí se hace constar la falta de comprobación, aún sumaria, del perjuicio presente o hipotético por parte del actor a causa de la emisión del acto acusado. En su alegato suplicatorio, el señor apoderado del demandante, como más arriba se ha transcrito en parte, indica que los hechos notorios no requieren probanza alguna y para esto se fundamenta en lo preceptuado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En lo que a esto atañe cabe decir que una disposición legal expresa, como lo es el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, por lo demás especial para el caso en cuestionamiento y posterior a la mencionada norma del Código de Proce-

dimiento Civil, es terminante, clarísima, imperativa en requerir la prueba, así sea sumaria del daño correspondiente, no se ha acatado en este proceso por parte del actor y solicitante de la suspensión provisional, por lo cual sigue siendo plenamente válido el aforismo latino según el cual *"quod nono est (in proceso 132) in mundo non est"*.

De modo similar se observa, además el enfoque antitético del peticionario cuando dice en su alegato de súplica lo que se ha dejado transcrito atrás sobre los perjuicios ocasionados a Avianca por los actos del "Attorney General Jiménez", después de haber expresado en su demanda bajo el mote *"Restablecimiento del Derecho"*, lo siguiente: "Mi poderdante, la sociedad Aerovías Nacionales de Colombia S. A., AVIANCA, dará por restablecido su derecho con la sola nulidad de los actos acusados" (Ver: fls. 12 *in fine* y 13 *ab initio*).

En condiciones tales como las descritas, por inoficioso, como ya se expresó, no se avanza en el estudio de los demás puntos, pues no teniendo vocación de prosperar la suspensión provisional impetrada por el actor, ha de recibir confirmación la providencia materia del recurso de súplica que se está desatando.

Bastan, pues, las consideraciones precedentes para que la Sección Primera de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en Sala de Decisión,

*Resuelva:*

*Primero. Confirmar* el numeral II, del auto de 16 de octubre de 1985, objeto de súplica, mediante el cual el honorable Consejero ponente no accede a decretar "ninguna de las suspensiones provisionales solicitadas".

*Segundo.* Notificar este proveído al señor Fiscal Primero de la Corporación.

*Tercero.* En firme esta providencia, vuelva el proceso al Consejero ponente para lo de su competencia.

Cópiese y notifíquese.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión en su sesión de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

*Guillermo Benavides Melo, Miguel Betancourt Rey,* No asistió; *Samuel Buitrago Hurtado.*

*Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

*PROCESO. GASTOS.*

*De sufragar los gastos respectivos no está exceptuada ni la Nación.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., diciembre primero de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente 3078. Actor: Segundo Rafael Oviedo.

1º La apoderada de la Nación —Policía Nacional— interpuso recurso de reposición contra el auto de octubre siete (7) de 1986 (fl. 12 cdno. núm. 4-A), para que sea revocado, en cuanto señaló la suma de ochenta mil pesos ($ 80.000.00) moneda corriente, para cada uno de los peritos, cantidad que en su sentir, es muy elevada "...si se tiene en cuenta que la peritación en casos como el que nos ocupa, se reduce a la aplicación de fórmulas matemáticas financieras".

2º En el mismo escrito la apoderada informa que la Policía Nacional no puede cancelar esos honorarios por las siguientes razones:

"a) Dentro del presupuesto de la Policía Nacional no existe ningún rubro que contemple ese tipo de pagos, razón por la cual no puede ser cancelado, toda vez que el empleado que lo autorizare incurriría en el delito peculado (sic) por aplicación oficial diferente de que trata el artículo 136 del Código Penal".

Para resolver,

*Se considera:*

1º El inciso 2º del artículo 388 del Código de Procedimiento Civil es del siguiente tenor:

"Las partes podrán objetar los honorarios en el término de ejecutoria del auto que los señale. El juez resolverá de plano si la suma señalada no excede de tres mil pesos, y en caso contrario *mediante incidente que se tramitará independientemente del proceso*" (subraya la Sala).

Para casos como el presente ha querido la ley señalar el trámite incidental con petición, práctica de pruebas, y una decisión prèvia y especial. No obstante ello, la parte inconforme con el señalamiento de la expensas utilizó una vía procesal diferente a la señalada por la ley, por lo cual su petición será despachada en forma desfavorable.

2º Como lo ha dicho esta misma Sala, las dificultades de orden presupuestal que pueda tener la Policía Nacional para pagar los honorarios periciales, son ajenas al manejo de Despacho, pero no eximen a la mencionada entidad del cumplimiento del respectivo deber jurídico. En el momento procesal oportuno se tendrá en cuenta esta situación con todas las consecuencias de ley.

Sobre los gastos en el proceso el profesor Hernando Morales enseña: "De sufragar los gastos respectivos no está exceptuada ni la Nación"; al efecto expresa la Corte: "La Nación, por razones obvias tiene determinados privilegios consagrados en la ley cuando comparecen en juicio, ya sea en calidad de demandante o de demandada... y no se la puede condenar al pago de costas. Mas no existe ninguna disposición legal que la exima del pago de los gastos y expensas por razón de la práctica de diligencias judiciales pedidas por ella dentro o fuera del juicio. Y no existe porque un privilegio de tal naturaleza rompería el principio de equidad que sustenta nuestra organización jurídica, y porque, lejos de serle provechoso a las entidades de derecho público, les acarrería graves perjuicios en la defensa de sus derechos (LXVIII, 838)". (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General Novena Edición, Editorial A. B. C., Bogotá 1985, pág. 393).

Por lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Unitaria.

*Resuelve:*

No se revoca el auto de octubre siete (7) de mil novecientos ochenta y seis (1986), visible a folio 12 del cuaderno número 4-A.

Cópiese y notifíquese.

*Julio César Uribe Acosta.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*JURISPRUDENCIA. VACIOS O LAGUNAS EN LAS REGLAS LEGISLATIVAS. SOLUCION POR EL JUEZ.*

*SENTENCIA EJECUTORIADA. ADICION. SOLICITUD DESPUES DE QUEDAR LA LIQUIDACION EN FIRME.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Radicación número 2968. Actor: Amparo Ruiz Zuleta viuda de González.

I

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de súplica interpuesto por la apoderada de la Nación —Policía Nacional— contra el auto calendado el día diez y siete (17) de octubre de 1986, por medio del cual se declaró en firme la providencia de 22 de agosto de 1985 mediante el cual se liquidó la condena *"in genere"* y no se accedió a decretar la terminación del proceso por abandono, con fundamento en las consideraciones de orden fáctico y jurídico que se recogen en el proveído impugnado.

Para una mejor comprensión del asunto, se transcriben a continuación los apartes pertinentes de la misma. En ella se lee:

"La señora Amparo Ruiz Zuleta viuda de González, obrando en su propio nombre y, además, en representación de sus menores hijos John Jairo y Sandra Milena González Ruiz, por conducto de apoderado judicial, ha solicitado 'declarar en firme el auto regulador de perjuicios del veintidós de agosto de mil novecientos ochenta y cinco', cuya copia auténtica acompañó con la petición, la cual fue recibida en la Secretaría de la Sección Tercera el día 21 de mayo del año en curso.

"De otra parte, en escrito presentado personalmente el 22 de los mismos mes y año, la Policía Nacional, por conducto de apoderado judicial, solicitó que 'se decrete la terminación del proceso de la referencia, por *Abandono,* tal como lo señala el numeral 10 del artículo 1º del Decreto 3825 de diciembre 27 de 1985', con fundamento en la circunstancia de que 'hasta el 30 de abril de 1986, la parte actora por intermedio de apoderado no solicitó la reconstrucción del pro-

ceso de la referencia, parte a la cual correspondía solicitarla' (fls. 28 a 30 cdno. núm. 1).

"Para resolver,

*Se considera:*

"1. Observa este Despacho que ninguna de las partes ha solicitado la reconstrucción del proceso. La actora pide, en efecto, que se declare en firme la providencia que liquidó la condena *'in genere'*, al paso que la demandada solicita el decreto de terminación del proceso por abandono. Observa igualmente, que ambas partes aducen en respaldo de sus solicitudes, argumentos de analogía, pues es claro que el caso en examen no aparece expresamente normado en las disposiciones del Decreto número 3825 de 1985 sobre reconstrucción de procesos contenciosos administrativos.

"2. De las manifestaciones de los apoderados de las partes, corroboradas por las informaciones secretariales, se desprende que cuando el expediente contentivo del proceso en referencia se destruyó con ocasión de los sucesos violentos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985, él se hallaba al despacho del suscrito consejero para resolver el recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la Policía Nacional contra el auto del 22 de agosto de 1985 mediante el cual la Sala liquidó la condenación en abstracto proferida contra la Nación (Policía Nacional) en sentencia de la Corporación fechada el 10 de noviembre de 1983.

3. En tales condiciones, no resulta descaminado ni lógico pensar que el interés en obtener la reconstrucción del proceso incinerado aparece radicado, fundamentalmente, en la parte que había recurrido el auto liquidatorio de la condena, porque es de suponer que si en su momento lo impugnó fue porque lo consideró ilegal o porque lo reputó contrario a sus intereses o lesivo de ellos. Y porque resulta obvio que la incineración del expediente no es óbice para considerar que tal interés subsistía después de los acontecimientos de los días 6 y 7 de noviembre de 1985 ya que, de otra parte, no existe constancia o indicio siquiera que permita inferir que la recurrente había desistido del recurso que oportunamente interpuso. Es manifiesto, además, que a la parte favorecida con el auto recurrido ni le conviene ni le interesa solicitar la reconstrucción de un proceso cuya última actuación, cumplida el 16 de septiembre de 1985 por la Secretaría de la Sección Tercera, consistió en pasar el expediente al Despacho para la decisión del recurso de reposición interpuesto por la parte demandada.

"4. Ahora bien: Si la parte demanda-recurrente no solicitó la reconstrucción en tiempo oportuno, nada impide estimar ese silencio, tal conducta omisiva, como un tácito desistimiento del recurso interpuesto, ya que si una vez expedido el Decreto 3825 de 1985 subsistía en la Policía Nacional el interés en discutir el auto aprobatorio de la liquidación, lo lógico y legalmente viable habría sido que su representante judicial solicitara la reconstrucción para obtener, así, un pronunciamiento sobre su recurso. Más como las cosas no sucedieron así, implícitamente dio a entender que no le interesaba ya que la

Corporación se pronunciara sobre lo que, antes del 6 de noviembre de 1985, había planteado como argumentación contra la providencia liquidatoria de la condena genérica. De consiguiente: lo procedente es reconocer la consecuencia obvia de este tácito desistimiento, es decir, que la providencia recurrida ha quedado en firme. Así, pues, habrá de declararse.

"5. La disposición que ha invocado la apoderada judicial de la Policía Nacional (numeral 10 del artículo 1º del Decreto 3825 de 1985) se refiere a la reconstrucción de procesos que se encontraban en trámite ante el Consejo de Estado *en instancia*, es decir, aquellos procesos en los cuales no se había dictado sentencia. Por lo tanto, la norma invocada no es aplicable al presente asunto, en el cual la instancia había concluido porque ya se había dictado y estaba ejecutoriada la sentencia definitiva. Y como en el caso que se examina, la actuación que se adelanta se refiere a la liquidación de una condena proferida *'in genere'* por sentencia que, obviamente, se halla ya ejecutoriada, conforme al procedimiento que prescribe el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo y describe el artículo 308 del Código de Procedimiento Civil, no es posible acceder a la solicitud que ha formulado la distinguida apoderada judicial de la Policía Nacional respecto de la terminación del proceso, y así se decidirá".

## II

*Sustentación del cargo:*

A folios 46 y siguientes del cuaderno número 1 aparece el alegato presentado por la impugnante, en el cual ésta destaca los siguientes aspectos:

"1. El Decreto 3825 de diciembre 27 de 1985, en ninguno de sus artículos contempla la reconstrucción a cargo de la parte demandada en proceso de única instancia, de competencia del Consejo de Estado, en que hubiere interpuesto un recurso de reposición al momento de su destrucción. Por tal razón mal podía la Nación —Policía Nacional— solicitar tal reconstrucción.

"2. El recurso de reposición interpuesto por la Nación —Policía Nacional— en septiembre 2 de 1985, *No* fue encaminado a que se revocara, modificara o aclarara la determinación consignada en el auto de agosto 22 de 1985, sino que se propuso con el exclusivo propósito de que se *Adicionara* el mismo.

"Por tal razón es claro que lo ordenado en el mencionado auto de agosto 22 de 1986, había quedado 'en firme' en la medida en que ninguna de las partes declaró inconformidad sobre su contenido, motivo de más para que la reconstrucción correspondiera a la parte actora y no a la demandada.

"3. Si la parte demandada solicitó la adición del mencionado auto fue exclusivamente en cumplimiento de lo señalado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, que reza:

"Artículo 12. Debe de dar noticia de la infracción. El funcionario o empleado público que de cualquier manera tenga conocimiento de

un hecho que puede constituir infracción penal y cuya investigación deba iniciarse de oficio, la iniciará sin tardanza si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente, haciendo una relación sucinta del suceso con todos los pormenores que interesan a la justicia, los elementos probatorios recogidos, y cuando fuere posible, indicando las generalidades del presunto sindicado, de la persona ofendida, de los testigos, y de todo lo que sea conducente a su identificación.

"Todo habitante del territorio colombiano mayor de diez y seis años, con las excepciones establecidas en el artículo siguiente, debe denunciar a la autoridad las infracciones penales de que tenga conocimiento y cuya investigación puede iniciarse de oficio, inmediatamente o a más tardar dentro de los treinta días siguientes al en que las haya conocido.

"Si la autoridad a quien se diere la denuncia no fuere competente para iniciar la investigación, la pasará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la que lo sea".

"4. No tiene la razón el honorable consejero ponente, doctor De Irisarri Restrepo, al dictar el auto que hoy se suplica, toda vez que al ocurrir la destrucción del proceso en razón de la toma violenta del Palacio de Justicia, obviamente quedó calcinada la prueba del posible delito de falsedad que se solicitaba se investigara en el mencionado recurso de reposición, motivo por el cual era impropia la solicitud de reconstrucción por parte de la Nación —Policía Nacional—.

"5. En estas condiciones, era la parte demandante quien acreditaba interés jurídico directo para solicitar la reconstrucción del mencionado proceso, toda vez que era a ella y nada más que a ella, a quien le habían liquidado a su favor valor correspondiente a la indemnización por daño material, en razón de la muerte de Jairo de Jesús González Uribe, ocurrida en Colombia en abril 2 de 1980 a manos de un agente de la administración. Era a ella a quien correspondía solicitar la reconstrucción del incidente de liquidación de perjuicios según voces del artículo 1º del Decreto 3825 de 1985.

"6. Solicitar a la parte actora que se declare en firme el auto de agosto 22 de 1985, notificado por Estado en agosto 30 de 1985 y haberlo aceptado así el ponente es darle categoría de recurso de apelación a un simple recurso de reposición. Legislaron, sin ley de facultades. Encuadraron una situación en otra bien diferente y por lo demás, no prevista en el Decreto 3825 de 1985.

"7. Si bien es cierto el honrable Consejo de Estado en todas sus secciones y aún en Sala Plena ha dicho reiteradamente que dadas las circunstancias especiales por las cuales fue dictado el Decreto 3825 de diciembre 27 de 1985 la interpretación del mismo debe hacerse en forma muy amplia, tal amplitud no puede llegar hasta los extremos de legislar, como ha ocurrido en el presente caso.

"8. No solicitar la reconstrucción del proceso, no fue, desde ningún punto de vista, una conducta omisiva en que incurrió la Nación

—Policía Nacional—. Como ya se anotó, la prueba fue quemada en los luctuosos hechos del Palacio de Justicia y en tales condiciones no había lugar a tal solicitud, máxime si se tiene en cuenta que el recurso no estaba encaminado a que se revocara, modificara o aclarara el auto en mención; simplemente se solicitaba la *Adición* del mismo.

"9. Ahora bien, la interpretación restrictiva que hace el ponente del sentido y alcance del numeral 10 del artículo 1º del Decreto 3825 de 1985, desdice del amplio criterio que ha adoptado el honorable Consejo de Estado al respecto.

"Precisamente sobre este punto específico, el honorable Consejo de Estado Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en auto de abril 29 de 1986, Expediente número 068, actor Néstor Ovidio López Vidal. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado, dijo:

"El término 'proceso' utilizado por el Decreto 3825 de 1985, no debe entenderse aquí con el rigorismo exigido en los demás casos, esto es como relación jurídico-procesal que sólo se traba mediante el acto por el cual se hace saber a la otra parte la pretensión aducida en su contra. Consideraciones de lógica, a la par que de equidad, imponen aceptar como 'proceso' las diligencias o autos que contienen una actuación judicial. Si ello es así, hay que admitir que en el momento de los sucesos trágicos que son de público conocimiento se hallaba en manos del consejero ponente un recurso de reposición pendiente de decisión y que obraba precisamente dentro de un expediente o 'proceso' destruido en el recurso de los acontecimientos aludidos.

"En consecuencia, la norma invocada si es la pertinente en el presente caso, motivo de más para que el auto suplicado sea revocado y en su lugar se decrete el abandono del proceso".

## III

*Consideraciones de la Sala:*

La providencia recurrida será confirmada con apoyo en las siguientes razones:

*Primera.* Como lo expresa muy bien la impugnante, el recurso de reposición "...interpuesto por la Nación —Policía Nacional— en septiembre 2 de 1985, *No* fue encaminado a que se revocara, modificara o aclarara la determinación consignada en el auto de agosto 22 de 1985, sino que se propuso con el exclusivo propósito de que se *Adicionara el mismo*" (fl. 46 cdno. núm. 1). La adición solicitada buscaba, simplemente, que con apoyo en lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal se diera noticia del hecho que puede constituir infracción penal a la autoridad competente para que iniciara la respectiva investigación. Tan sólida es esta realidad procesal, que la misma apoderada destaca en su alegato que: "...el mencionado auto de agosto 22 de 1986, había quedado 'en firme', en la medida en que ninguna de las partes declaró inconformidad sobre su contenido..." (fl. 46, cdno. núm. 1). Así las cosas, no se ve ninguna razón que valorada a la luz de la normatividad jurídica o de los

supremos valores que informan el Derecho, permitan concluir que lo que en el momento de la tragedia era "firme" e incontrovertible para las partes se deba tomar precario, mutable o controvertible. Pero es más: El hecho de que por las circunstancias dolorosas, bien conocidas de todos, no se haya podido ordenar la ritualidad impetrada, no empece para que aún hoy el hecho que se considera antijurídico sea puesto en conocimiento de las autoridades competentes por quien tenga todos los elementos de juicio que le permitan encuadrar la conducta dentro del respectivo presupuesto normativo, sin necesidad de la adición impetrada;

*Segunda.* Es verdad que el Decreto número 3825 de diciembre 27 de 1985 no contempla normatividad específica para el caso en comento, pero por la vía de la interpretación de la conducta humana, más que de la ley misma, bien puede concluirse que era la parte interesada en que se adicionara la providencia la que ha debido solicitar la reconstrucción de la actuación invocando al menos que se diera aplicación a uno cualquiera de los principios que informan la hermenéutica jurídica. A la luz de la filosofía que orienta la lógica de lo razonable, no es de recibo la censura que se le hace al alcance de la providencia cuando se predica que el fallador legisló sin ley de facultades para encuadrar una situación en otra bien diferente y por lo demás "...no prevista en el Decreto 3825 de 1985..." como se lee al folio 48 del respectivo escrito de sustentación. Olvida quien así razona que el juez es soberano en la valoración de las circunstancias del caso pues en los tiempos que corren ya no puede exigirse que encuadre su decisión dentro del más puro racionalismo jurídico que se limita a manejar simples conceptos. En su obra Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, Editorial Porrúa S. A. Luis Recansens Siches enseña:

"H) Se ha mostrado y demostrado hasta la saciedad, con pruebas y argumentos de abrumadora convicción, que es de todo punto imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro. Ni la ciencia del Derecho Positivo, ni tampoco un supuesto derecho natural.

Siendo así las cosas, resulta que el juez que ha de decidir sobre todos los problemas que se le presenten, necesariamente tiene que crear o descubrir las normas pertinentes para la solución de los nuevos casos que surjan, y para llenar las lagunas o vacíos que siempre hay inevitablemente en las reglas legisladas. Los jueces y los funcionarios administrativos tienen que estar constantemente reconfigurando y desenvolviendo el Derecho" (Obra citada, página 280).

*Tercera.* La providencia impugnada es de recibo en todo su contenido porque la valoración jurídica de las circunstancias de los casos debe hacerse teniendo en cuenta la vigencia de los supremos valores que en todo momento deben inspirar al sentenciador cuando falla o decide. En efecto. No tiene presentación alguna pretender que después de una sentencia condenatoria en abstracto y su correspondiente liquidación en firme y presentándose la prueba de la existencia de tales hechos, se concluya que el derecho cierto, claro y fruto del esfuerzo hecho para descubrir la verdad real, se desconozca o niegue para rendirle culto a la simple conveniencia de la parte predicando que tiene interés en la adición de una providencia nada hizo tampoco para que el fin querido se diera en la realidad. El jurista filósofo

Luis de Recansens, predica sobre tan importante particular... "...las pautas de valor de que el juez se sirve, y debe servirse, son las establecidas y consagradas por el mismo orden jurídico positivo.

Sin embargo, aún en tales ocasiones en las que el juez se rige fundamentalmente por las valoraciones establecidas en el orden jurídico positivo, tiene el juez que hacer valoraciones por su propia cuenta, puesto que el orden jurídico positivo no contiene soluciones ya hechas para todas las preguntas que surgen en el proceso judicial. No posee el orden jurídico positivo un aparato mecánico mediante el cual, apretándole el botón corespondiente, aparezca cuál es la norma adecuada para el caso en cuestión. No posee tampoco el orden jurídico un aparato mecánico para la ponderación crítica de la prueba, ni para la calificación jurídica de los hechos probados. Tampoco posee el orden jurídico un mecanismo para conjugar o relacionar el sentido general de la norma con la significación concreta de los hechos particulares, mediante el cual mecanismo se establezca con precisión cuál deba ser la consecuencia correcta, y, por lo tanto, la decisión pertinente" (Obra citada, págs. 250 y 251).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

*Resuelve:*

*Confírmase* el auto impugnado, calendado el día diez y siete (17) de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), dictado dentro del proceso de la referencia, y en virtud del cual se declaró en firme el auto dictado dentro del mismo expediente el día 22 de agosto de 1985 y no se accedió a decretar la terminación del proceso por abandono.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

*Carlos Betancur Jaramillo,* Presidente de Sala; *Jorge Valencia Arango, Julio César Uribe Acosta.*

*Arturo Mora Villate,* Secretario.

*PRUEBA TESTIMONIAL. FUNCION DEL TESTIGO.*

*Puesto que la función propia del testigo es la narración de los hechos de que tenga conocimiento y la precisión sobre extremos y datos del proceso que también sabe, y no la de expresar su criterio o emitir conceptos sobre determinado asunto, en el caso* sub júdice *niégase la prueba testimonial impetrada.*

*TESTIGOS. FUNCIONES.*

*Consejo de Estado.— Sala Contenciosa Electoral.*— Bogotá, D. E., cinco de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Miguel Betancourt Rey.*

Expediente número E-069.

A términos del artículo 68 de la Ley 96 de 1985, decretándose las siguientes pruebas de la parte actora:

1. Tiénense como pruebas los siguientes documentos aportados con la demanda y corrección:

a) Fotocopia autenticada del Decreto 3825 del 13 de agosto de 1986, con la constancia de su publicación;

b) Fotocopias autenticadas del Decreto 2603 del 16 de los citados mes y año, con la constancia de su publicación.

2. Pídase a la Comisión Política Central del Partido Liberal, certificación sobre si los ciudadanos cuya relación aparece a folios 8º y 9º del expediente, pertenecen a ese partido.

Puesto que la función propia del testigo es la narración de los hechos de que tenga conocimiento y la precisión sobre extremos y datos del proceso que también sabe, y no la de expresar su criterio o emitir conceptos sobre determinado asunto, nígase la prueba testimonial impetrada a folios 10 y 11 *ibídem.*

Niéganse, así mismo, por extemporáneas, las solicitudes de nulidad y desestimación de las pruebas de la parte actora e, igualmente, la petición de pruebas formuladas por la parte demandada.

Reconócese al señor abogado Miguel Bottia Posse, como apoderado especial de los señores gobernadores de los departamentos:

De Bolívar, Ramón del Castillo Restrepo.

De Boyacá, Alvaro González Santana.

De Caldas, Fortunato Gaviria Botero.

De Caquetá, Cornelio Trujillo Penagos.

Del Cesar, María Inés Castro de Ariza.

De Córdoba, Héctor Lorduy Rodríguez.

De Cundinamarca, Manuel Guillermo Infante Braiman.

Del Chocó, Eva María Alvarez de Collazos.

De la Guajira, Fabio Alfonso Aguilar Ocando.

Del Huila, Rodrigo Manrique Medina.

Del Magdalena, Rodrigo Pimienta González.

Del Meta, Jorge Ariel Infante Leal.

De Nariño, Mercedes Apráez Micolta.

De Norte de Santander, Eduardo Assaf Eljure.

Del Quindío, David Barros Vélez.

De Risaralda, Fabio Villegas Ramírez.

De Santander, Alvaro Beltrán Pinzón.

Del Tolima, Guillermo Alfonso Jaramillo Martínez,
en los términos y para los efectos de los respectivos poderes acompañados.

Notifíquese.

*Miguel Betancourt Rey.*

*Darío Quiñones Pinilla,* Secretario.

*ACTO ACUSADO. Valor probatorio cuando se presenta al carbón.*

*VER: Actos administrativos impugnados. Valor probatorio.*

*ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS.*

*VALOR PROBATORIO CUANDO SE PRESENTAN AL CARBON (Reiteración jurisprudencial).*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.*— Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejera ponente: *Doctora Aydée Anzola Linares.*

Referencia: Expediente número 2032. Apelación interlocutorios. Actor: Carlos Hernando Estevez Amaya.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de 27 de mayo de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en virtud de la cual se inadmitió la demanda que, por conducto de apoderado, formuló el señor Carlos Hernando Estevez Amaya, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución número 04 de enero 8 del mismo año, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en la Beneficencia de Santander.

a) *El auto recurrido.* Sostiene el Tribunal Administrativo de Santander que la demanda de la referencia, si bien es cierto que cumple con la mayoría de los requisitos que el Código de la materia establece para el ejercicio de esta clase de acciones, omitió acompañar copia auténtica del acto acusado, porque la aducida al libelo carece del mencionado requisito pues se trata de "una copia al carbón en la cual se imprimieron sendos sellos que al parecer corresponden al facsímil de las firmas de los empleados que suscribieron el documento", y como quiera que la demanda fue instaurada el último día hábil para su interposición, no es del caso aplicar los preceptos que ordenan su corrección;

b) *Argumentos del recurrente.* Al fundamentar su recurso, sostiene el apoderado judicial del demandante que el artículo "139 del Código Contencioso Administrativo, exige que con la demanda se acompañe una copia del acto acusado, refutando como copias hábiles para los efectos de la norma, las publicadas en los medios oficiales, sin que de estas se exija autenticación".

"Clara me parece la orientación de esta norma, en el sentido de facilitar, el arribo al expediente por formar de un ejemplar del acto acusado, sin abundamiento de autenticaciones, cuando el medio que contiene el acto ofrece una relativa seguridad sobre el contenido y la procedencia del mismo. Tal como acontece con los insertos en los periódicos oficiales nacionales o locales".

"Si para esos eventos no se hizo de perentoria observancia la autenticación, porque se da fe al medio oficial de divulgación, estimo que de la misma manera, con esa lógica, debería darse pleno crédito cuando menos para esta etapa del trámite, a las copias de los actos que el demandante aporta con sellos oficiales autenticadores, aunque las firmas vayan en facsímil, tanto más, cuando es justamente esa la inveterada práctica de la administración, para cumplir con el cometido de entregar a los interesados copia de sus decisiones documentadas. Encuentro en la decisión de la Corporación, una valorización excesiva del requisito puramente formal, que resulta en grave desmedro del derecho subjetivo por defender o discutir, contrariando los principios que consigna el artículo 4º del Código de Procedimiento Civil".

"Los predicados jurisprudenciales invocados en el punto se refieren a casos diferentes al actual. No he aportado con la demanda un papel cualquiera, por ejemplo, una transcripción mecanográfica o una reproducción mecánica del acto acusado, que pudiera suscitar dudas sobre la fidelidad de la reproducción y por ende, sobre el contenido o la procedencia del acto".

"He allegado la copia que al carbón, reproducción fiel e idéntica al original, como es obvio al apreciar el texto y la textura del documento, entregó la misma entidad demandada al interesado, junto con la comunicación de la declaración de insubsistencia. Y esa copia, además, tiene sellos oficiales autenticadores originales, que dan fe de la procedencia del documento".

"A mi modesto juicio, sumada la comunicación oficial del acto, que se aportó original, a las características específicas del documento contentivo del acto acusado, son más que suficientes para cumplir el cometido que en este estado del trámite debe interesar al Tribunal: Que se acredite la existencia de una decisión administrativa, con un contenido concreto; y que se pueda saber cuál ente público lo produjo, para los efectos procesales relativos a la legitimación por pasiva".

"Con ello, ha debido abrirse el proceso. A la demandada, con ocasión del traslado, le competería excepcionar o tachar el documento, en el hipotético caso de que el aportado fuera adulterado o inexacto".

"Pero que el juez, sin ningún elemento de juicio que amerite la sospecha, entre a discutir de entrada en los albores de la instancia, la exactitud material y la veracidad documental del aportado, no me parece ni necesario, ni autorizado por la ley procesal aplicable";

c) *Consideraciones de la Sala:* Los artículos 137 y 139 del Código Contencioso Administrativo establecen los requisitos formales que debe contener toda demanda que se presente ante esta jurisdicción para que sea de recibo y se proceda en consecuencia a darle el trámite respectivo. Pero el rigor en el examen sobre el cumplimiento de tales

formalidades no puede extenderse hasta el punto de que una copia al carbón con sellos y firmas en facsímil dé lugar al rechazo de la demanda. Y menos aún, en la hipótesis del ejercicio de acciones cuyo término de caducidad es breve, porque entonces se llegaría a sacrificar el derecho sustancial en aras de un formalismo procesal.

Por consiguiente, si el libelo permite conocer a ciencia cierta el acto que se impugna y además lo afirmado en él está corroborado por otros medios probatorios, tales como la comunicación del mismo y en lo demás da base para constituir el proceso, deberá darse curso a esa demanda, así adolezca de imperfecciones menores en cuanto al requisito echado de menos.

Sobre el particular, esta misma Sala se ha pronunciado en los siguientes términos al estudiar el valor probatorio de los actos administrativos impugnados que se presentan al carbón con firmas en igual forma:

"Es verdad que el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, exige que con la demanda se acompañe copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución según los casos. Esta exigencia de la ley tiene por finalidad constatar que la administración profirió realmente el acto acusado y que los términos de caducidad de la acción no han precluido. En el caso a estudio el actor presentó una copia al carbón con firmas también al carbón. Esta copia debe presumirse auténtica y es presumiblemente la que fue entregada al demandante al solicitarla a la Administración. Luego no tiene esta jurisdicción motivo para rechazarla. No se puede colocar al ciudadano en una situación contraria a la finalidad buscada por la ley. Si se solicitó a la entidad correspondiente copia del acto acusado y se expidió en la forma como aquí se hizo, no hay razón para que dicha copia no sea admitida..." (Auto de febrero 1º de 1972. Sección Segunda. Actor: Luis Eduardo Cadavid).

De conformidad con la jurisprudencia que se cita y con la documental aducida al proceso, es irrefutable que la copia del acto acusado cumple con los requisitos establecidos en la ley para tenerla como auténtica. Se impone en consecuencia la revocatoria del auto apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

*Resuelve:*

Revócase la providencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander con fecha 27 de mayo de 1986, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se ordena al Tribunal del conocimiento proceda a admitir la demanda, si llena los requisitos exigidos por la ley de procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 14 de noviembre de 1986.

*Aydée Anzola Linares, Gaspar Caballero Sierra, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Vanín Tello.*

*Miguel Antonio Perilla P.*, Secretario.

*MINISTERIO PUBLICO. INTERVENCION EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS.*

*El Ministerio Público puede decidir en qué actuaciones interviene "COMO PARTE", pero cuando ello no ocurre, tendrá obligación constitucional de intervenir en TODOS LOS PROCESOS que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativa.*

*Al ser declarada por la Corte, la inexequibilidad de la frase "y procesos" (inciso 1º art. 127 del nuevo C. C. A. contenido en el Decreto 01 de 1984), con el fundamento de que en ellos tal intervención ES FORZOSA en los términos del artículo 143 de la Carta, resulta OBLIGATORIA LA NOTIFICACION DE TODA PROVIDENCIA al Ministerio Público y el TRASLADO en los mismos términos previstos para las partes, pues de otra manera les sería físicamente imposible a los agentes del Ministerio Público cumplir con su obligación constitucional.*

*Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Tercera.*— Bogotá, D. E., once de diciembre de mil novecientos ochenta y seis.

Consejero ponente: *Doctor Jorge Valencia Arango.*

Referencia: Expediente número 4986. Actor: Carmela Eulalia Núñez de Montola y otro.

La señora Fiscal 2ª de la Corporación en su concepto visible a folios 98 y siguientes, propone la nulidad parcial de la actuación en el presente recurso, en los siguientes términos.

"Para finalizar, este despacho no quiere dejar pasar la oportunidad para consignar su desacuerdo con el trámite ordenado en el auto de noviembre 13 de 1986, en cumplimiento del cual por estar ejecutoriado se descorrió el anterior traslado".

"En primer lugar, las sentencias de la Corte, que también la suscrita ha leído y está en capacidad de entender, no tienen los alcances que el señor Consejero pretende darles".

"Por otra parte, en derecho público (constitucional y procesal), las competencias de los funcionarios son expresas y ninguno puede desempeñar funciones que no le hayan sido previamente señaladas en la ley, así se haga con el noble propósito de prestar una colaboración".

"Siendo las normas de procedimiento de orden público no pueden variarse o modificarse por el juez".

"La competencia de los Fiscales para actuar no puede provenir pues de unas sentencias, o de lo que se ordene en un auto, pues la competencia para intervenir en los procesos o en las actuaciones debe estar consignada en la propia ley".

"Durante la vigencia de la Ley 167 de 1941, las apelaciones de autos se tramitaban siguiendo las normas del Código de Procedimiento Civil y no existía el traslado fiscal para concepto".

"El nuevo Decreto 01 de 1984 en su artículo 213 sobre apelación de autos, tampoco lo estableció".

"Así pues que ni aplicando el Decreto 01 de 1984 ni la Ley 167 de 1941 (también jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia), es procedente el traslado al Fiscal para concepto o alegato de conclusión en las apelaciones de autos".

"Y finalmente, si esta Fiscalía hubiera decidido intervenir en aplicación del inciso segundo del artículo 127 que dice: 'Todas las providencias se le notificarán personalmente y él decidirá en cuáles actuaciones y procesos se requiere su intervención', lo hubiera podido hacer discrecionalmente presentando alegato o concepto durante el término señalado en la ley".

"Por otra parte, en el caso concreto a que esta demanda se refiere, el Decreto 01 de 1984 estableció en forma clara y tajante que las apelaciones de suspensiones provisionales se deberán resolver de plano. No existe pues modo alguno de variar el proceso, so pena de incumplir la ley".

"Además por tratarse en este caso de una medida tan especial que por su naturaleza misma exige celeridad en el proceso, el actual traslado no hace otra cosa que dilatar su trámite".

"Así pues, en el presente caso no existe norma alguna para ordenar el presente traslado, lo que constituye al tenor del artículo 152 numeral 4º del Código de Procedimiento Civil, causal de nulidad del proceso a partir del auto de noviembre 13 de 1986" (fls. 100 y 101, cuaderno 1).

Para resolver, se considera:

a) Algunas frases del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, fueron demandadas por inconstitucionales ante la Corte Suprema de Justicia y esta alta Corporación en sentencia de 19 de julio de 1984, dispuso:

"*Tercero.* Declarar inexequible la expresión *'y procesos'*, en el inciso 2º del artículo 127 del mismo código, y exequibles las restantes partes demandadas del citado artículo que dicen":

"*'Y, para ello, podrá actuar como parte'*, en el inciso 1º; 'y él decidirá en cuáles actuaciones', y *'se requiere su intervención'*, del inciso 2º".

Fueron fundamentos de la anterior decisión:

"*Cuarta.* El artículo 143 de la Carta establece que a los funcionarios del Ministerio Público corresponde 'defender los intereses de la Nación, promover la ejecución de las leyes, sentencias judiciales y

disposiciones administrativas, supervigilar la conducta de los empleados oficiales, y perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social' ".

"Al considerar la acusación del demandante contra las frases *'y, para ello, podrá actuar como parte'*, del inciso primero del artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, e *'y él decidirá en cuales actuaciones o procesos se requiere su intervención'* del inciso segundo del mismo, conviene tener en cuenta el encabezamiento de tal artículo: *'En las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, el Ministerio Público intervendrá en interés del orden jurídico'* ".

"Es del todo imperativo, por tanto, que el Ministerio Público intervenga en interés del orden jurídico en las actuaciones y procesos que se sigan ante el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos. No por ello, sin embargo, se requiere que en toda actuación o proceso ante dichas corporaciones el Ministerio Público *'actúe como parte'*. Por ejemplo, puesto que de acuerdo con el artículo 151 del Código Contencioso Administrativo 'las entidades públicas deberán estar representadas mediante abogado titulado e inscrito en los procesos que promuevan o se adelanten contra ellas, y en aquellos en que intervengan' no es pertinente que en tales procesos el Ministerio Público se haga *'parte'*, aunque haya de intervenir en ellos *'en interés del orden jurídico'*. Así mismo, en algunos recursos extraordinarios, como el de anulación (capítulo XXIII del Código Contencioso Administrativo), puede no ser indispensable que el Ministerio Público *'actúe como parte'* ".

"El carácter opcional de la frase *'y, para ello, podrá actuar como parte'* no infringe, dado lo expuesto, el artículo 143 de la Constitución".

"Con respecto a la otra frase acusada, *'y él decidirá en cuales actuaciones y procesos se requiere su intervención'*, es necesario distinguir entre 'actuaciones' y 'procesos'. Las primeras pueden o no efectuarse dentro de un proceso, y por su naturaleza algunas de ellas pueden no requerir la intervención específica del Ministerio Público. La justificada abstención de éste puede en tales casos contribuir a aminorar el excesivo recargo de labores en la Procuraduría General y en las Fiscalías correspondientes".

"Es entendido, por supuesto, que el artículo 143 exige la intervención del Ministerio Público en *todo proceso* contencioso administrativo, aunque no en todas y cada una de las actuaciones que se cumplan en ellos o independientemente de los mismos; por esa razón se ajusta a tal mandato constitucional la opción dada al Ministerio Público para decidir en qué actuaciones procesales interviene, pero lo contraría en cuanto le permite escoger en qué procesos quiere actuar".

"La Corte procederá en consecuencia, a declarar exequible la frase *'y, para ello, podrá actuar como parte'* del inciso primero del artículo 127, así como en el inciso segundo del mismo las expresiones *'y él decidirá en cuales actuaciones'* y *'se requiere su intervención'*, y a declarar inexequible en el referido inciso segundo los términos *'y procesos'* ";

b) Quiere ello decir que el Ministerio Público puede decidir en qué actuaciones interviene "COMO PARTE", pero cuando ello no ocurre, tendrá obligación constitucional de intervenir en *todos los procesos* que se adelanten ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así, por ejemplo, como lo dice la Corte, no es obligatorio a los Fiscales que actúen como parte en los recursos extraordinarios de anulación pero interpuesto tal recurso por las partes, el Ministerio Público tiene obligación de intervenir en defensa *"del orden jurídico"*.

Y en la misma forma en la apelación de autos, salvo aquellos casos en que la ley prevé la decisión de plano, en los demás hay traslado a las partes y si el Ministerio Público no es una de ellas, habrá de dársele traslado para que intervenga en defensa *"del orden jurídico"*;

c) Obvio que el articulado original del Código Contencioso Administrativo no previó expresamente la intervención del Ministerio Público en todos los procesos ni previó los traslados correspondientes, por cuanto había estatuido en el artículo 127, la *voluntad* de tal intervención en *"las actuaciones y procesos"*.

Pero al ser declarada, en la forma vista, la inexequibilidad de la frase *"y procesos"*, con el fundamento de que en ellos tal intervención es *forzosa* en los términos del artículo 143 de la Carta, resulta obligatoria la notificación de toda providencia al Ministerio Público y el traslado en los mismos términos previstos para las partes, pues de otra manera le sería físicamente imposible a los Agentes del Ministerio Público, cumplir con su obligación constitucional;

d) Este Despacho no ha puesto en duda que si la distinguida colaboradora fiscal se lee la sentencia de la Corte Suprema de Justicia atrás transcrita, la entenderá a cabalidad, pero prueba irrefragable de que no se la ha leído es la de que transcribe en su alegato el artículo 127 del Código Contencioso Administrativo, como era originalmente, incluida la frase declarada inexequible;

e) Las afirmaciones que en tal memorial se hacen valer sobre que *"la competencia de los Fiscales para actuar no puede provenir pues de unas sentencias, o de lo que se ordene en un auto"*, podrían implicar una muy singular manera de desconocer los efectos de las sentencias de inexequibilidad, sobre la cual no encuentra necesario extenderse la Sala Unitaria;

f) Lo anterior es suficiente para rechazar, de plano, la solicitud de declaratoria de nulidad, por absoluta falta de fundamento legal, a tenor del artículo 138 del Código de Procedimiento Civil;

g) Pero como el alegato de la Fiscalía puede entenderse como afirmación de que el suscrito Consejero ha violado la ley o incurrido en arbitrariedad, se ordenará enviar a la Procuraduría General de la

Nación, copia de esta providencia y del concepto Fiscal, para los efectos que se consideren convenientes.

Por lo expuesto, *se resuelve:*

Primero. *Se rechaza,* de plano, el incidente de nulidad propuesto.

Segundo. Envíese copia de esta providencia y del Concepto Fiscal a la Procuraduría General de la Nación, para los efectos legales pertinentes.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Jorge Valencia Arango.*

*Félix Arturo Mora Villate,* Secretario.

# A

Págs.

ABANDONO DEL CARGO

1. ¿Cuándo se incurre en abandono del cargo? (art. 72 del Decreto 1950 de 1973). 2. ¿Cuándo se produce? (art. 126 del Decreto 1950 de 1973). 3. La DECLARACION DE VACANCIA DEL CARGO no constituye una sanción (Reiteración jurisprudencial). 4. Abandono del cargo de empleados públicos escalafonados o no en carrera administrativa: Consecuencias. Establece el artículo 72 del Decreto 1950 de 1973 que "al vencerse cualquiera de las licencias o sus prórrogas el empleado debe reincorporarse al ejercicio de sus funciones. Si no las reasume incurrirá en abandono del cargo conforme al presente decreto". (Sentencia de agosto 29 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 1330. Actor: Guillermo Franco Quevedo). 277

ACCION DE NULIDAD. "CONCEPTOS"

Ver: Concepto.

ACCION DE REPARACION DIRECTA

1º Concepto. 2º Diferencia con LA ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. 3º Causa de la petición. 4º HECHOS ADMINISTRATIVOS. Definición del Decreto 01 de 1984. 5º ACTO ADMINISTRATIVO DE DIFICIL COMPROBACION. (Auto de agosto 22 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente número 0590. Actor: Mc. Kesson Corporation). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 990

ACCION DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ver: Acción de reparación directa.

ACCION DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ver: Demanda. Corrección.

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. PAGO DE PERJUICIOS

La acción de restablecimiento del derecho no es pública, esto es, no puede ser ejercitada sino por quien demuestre que es titular del derecho sustancialmente pretendido. El pago de perjuicios —se ha enseñado —es necesariamente un subrogado de la obligación principal, consecuencia jurídica lógica que nace del incumplimiento de ésta cuando no se da una causal eximente de responsabilidad. (Sentencia

Págs.

de noviembre 20 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3717. Actor: Finactivos Manrique Castillo Ltda. Demandado: La Nación. Responsabilidad extracontractual. Demanda en acción indemnizatoria contra la Nación por los perjuicios sufridos por el actor en la actividad bancaria corriente del Banco Nacional). ... 578

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO FRENTE A ACTOS GENERALES, IMPERSONALES, ABSTRACTOS

1º ¿Procede? 2º Diferencias de esta acción CON LA DE NULIDAD. 3º Sólo por excepción, cuando el acto impersonal, general y abstracto, deja de serlo precisamente por lesionar directamente un derecho civil o administrativo del administrado, sin necesidad de otro acto administrativo particular y concreto, dictado en desarrollo o ejecución de aquél, puede impugnarse mediante la acción de restablecimiento del derecho el acto reglamentario (Auto de agosto 21 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4880. Actor: Occidental de Colombia Inc. y otra). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 161

ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PROCEDE CONTRA UN ACTO DE CARACTER GENERAL QUE CREA UNA POTENCIAL CONSECUENCIA LESIVA DE LOS DERECHOS DE UNA PERSONA QUE PODRIA RESULTAR LESIONADA CON LA CONCRETA EJECUCION DE LA MEDIDA (Auto de septiembre 19 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0471. Actor: Carlos Jaramillo Zuluaga). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 490

ACCION ELECTORAL

Tiene por objeto impugnar un acto administrativo tanto de elección como de nombramiento. ELECTORALES. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. UNICA INSTANCIA. Artículo 123, numeral 4º del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). Proceso de nulidad de elecciones de los que conoce. ELECTORALES. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS (art. 131, numeral 3º y 132 numeral 4º *ibídem*). Actos de elección o nombramiento de corporaciones, autoridades o funcionarios del orden municipal, departamental, intendencial, comisarial y distrital. ELECTORALES NOTIFICACION AL NOMBRADO COMO DEMANDADO (art. 233, numeral 1º inciso 2º Decreto 01 de 1984). ACUMULACION EN JUICIOS ELECTORALES (art. 238 del Decreto 01 de 1984). (Auto de julio 22 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez. Expediente Nº 004. Actor: Alejandro Cruz Guarín). ... 859

ACCION INDEMNIZATORIA DE OCUPACION PERMANENTE POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS. CADUCIDAD

Antecedentes legales (Ley 167 de 1941. Decreto 01 de 1984). (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de agosto 11 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4853. Actor: Luis González Barreneche y otros). ... ... ... ... 519

Págs.

ACCION PUBLICA. Procedencia

Ver: Demanda. Corrección.

ACCIONES RELATIVAS A CONTRATOS (Aclaración de voto)

1. Artículo 87 del Decreto 01 de 1984. 2. En el caso *sub júdice* la demanda NO DEDUCE PRETENSION CONTRACTUAL ALGUNA (Aclaración de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Al auto de octubre 1º de 1986. Sección Tercera. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4880. Actor: Occidental de Colombia Inc. y otra). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1257

ACLARACION DE AUTOS

Puede hacerse oficiosamente, por quién lo profirió, siempre que ello ocurra dentro del término de ejecutoria de la providencia aclarada, o por iniciativa de las partes, a condición de que en este último caso, se solicite mediante interposición del recurso de reposición contra el auto cuya aclaración se persigue (Auto de julio 24 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4792 —380—. Actor: Víctor Alberto Arévalo. Demandado: Departamento de Cundinamarca y Municipio de Tocaima). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1228

ACTIVIDAD DE EXPLOTACION MINERA

Ver: Sociedad ordinaria de minas y empresas para el aprovechamiento o explotación mercantil de las fuerzas o recursos de la naturaleza. Regulación.

ACTO ACUSADO. Valor probatorio cuando se presenta al carbón

Ver: Actos administrativos impugnados. Valor probatorio.

ACTO ADMINISTRATIVO. Condición resolutoria

Ver: Comercio exterior. Exportadores de café.

ACTO ADMINISTRATIVO. De determinación tributaria no es hoy materia de procedimiento especial sino que le es aplicable el régimen común para todos los actos administrativos

Ver: Nulidad de los actos administrativos de determinación tributaria.

ACTO ADMINISTRATIVO. De difícil comprobación

Ver: Acción de reparación directa.

ACTO ADMINISTRATIVO. FIRMEZA Y NOTIFICACION

En el Decreto 01 de 1984 (Auto de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1473. Actor: La Nación contra Gabriel Cure Cía. Ltda. *jurisdicción coactiva*. Apelación

Págs.

del auto de mayo 10 de 1985 del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1060

ACTO ADMINISTRATIVO. Ineficacia

Ver: Notificación del acto administrativo.

ACTO ADMINISTRATIVO. Notificación

Ver: Acto administrativo. Firmeza.

ACTO ADMINISTRATIVO. Precario

Ver: Comercio exterior. Exportadores de café.

ACTO ADMINISTRATIVO. Presunción de legalidad

Ver: Directivas presidenciales.

ACTO ADMINISTRATIVO. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Se declara la nulidad del artículo 7º de la Resolución número 75 del 8 de octubre de 1984, dictada por la Junta Monetaria. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de diciembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Policarpo Castillo Dávila. Radicación Nº 0006. Actor: Mario Alirio Méndez). ... ... ... ... ... 344

ACTO ADMINISTRATIVO. Promulgación y publicidad

Ver: Promulgación, publicidad de los actos y documentos oficiales.

ACTO DE CANCELACION Y ACTO DE REVOCACION DIRECTA. Diferencias

Ver: Comercio exterior. Exportadores de café.

ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES. Demanda

Ver: Demanda. Corrección.

ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS

VALOR PROBATORIO CUANDO SE PRESENTAN AL CARBON (Reiteración jurisprudencial). (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Providencia de 4 de diciembre de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente 2032. Actor: Carlos Hernando Estévez Amaya). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1319

ACTOS DE NOMBRAMIENTO DE GERENTE O DIRECTOR DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA. No son actos administrativos

Ver: Fondos ganaderos.

ACTOS SEPARABLES. Demanda

Ver: Demanda. Corrección.

Págs.

ACTOS SEPARABLES Y ACTOS INSEPARABLES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1º Situación en Francia. 2º Nulidad absoluta de los contratos administrativos. 3º Concepto de acto separable. Actos administrativos que pueden existir jurídicamente sin necesidad del contrato aunque la existencia o validez de éste no pueda afirmarse sin la de aquellas. Los actos separables NO PUEDEN SER SINO LOS PRECONTRACTUALES. 4º Los actos separables son controlables por medio de otras acciones (art. 87 del C. C. A.). 5º Los actos administrativos contractuales no separables o inseparables del contrato dan siempre, cuando se impugnan jurisdiccionalmente, lugar a una controversia contractual o proceso especial regulado por los artículos 217 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y por lo mismo su pretensión DE NULIDAD JAMAS PUEDE ACUMULARSE CON LAS DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO de los restantes actos administrativos unilaterales o de los actos administrativos contractuales "separables del contrato". (Auto de agosto 21 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4880. Actor: Occidental de Colombia Inc. y otros). 161

ACUMULACION DE ACCIONES. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

En el antiguo y nuevo código (Ley 167 de 1941 y Decreto 01 de 1984). (Auto de agosto 21 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4880. Actor: Occidental de Colombia Inc. y otra). ... 161

ACUMULACION DE ACCIONES. Nulidad y restablecimiento frente a la contractual. Improcedencia

Ver: Actos separables del contrato.

ACUMULACION DE PRETENSIONES INDEBIDA

Ver: Demanda corrección.

ACUMULACION DE PROCESOS

Ver: Demanda. Corrección.

ACUMULACION DE PROCESOS

(Arts. 237 y 238 del C. C. A.). CAUSALES DE ACUMULACION. (Auto de agosto 23 de 1986. Sala de lo Contencioso Electoral. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-010-E-011). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 875

ACUMULACION DE PROCESOS. REQUISITOS FORMALES

ANALISIS CONTEXTUAL DE LOS ARTICULOS 166, 266 Y 267 DEL C. C. A. Y 82, 149 A 151 DEL C. P. C. (Auto de octubre 2 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4870. Actor: Zambrano y Bedoya Ltda. y otros). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1282

Págs.

ACUMULACION DE JUICIOS ELECTORALES

Ver: Acción electoral.

ACUMULACION MIXTA O DE OBJETOS Y SUJETOS

La cuantía se determina por el valor de la pretensión mayor de cada uno de los demandantes (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Actor: Gabriel Flórez Borja y otros. Expediente Nº 4900). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1237

AGENTES DE LA PERSONA MORAL

Ver: Responsabilidad extracontractual del Estado. Historia. Evolución jurisprudencial.

AGOTAMIENTO DE JURISDICCION

Ver: Competencia del Consejo de Estado en única instancia. "Asuntos petroleros o mineros".

ALCALDES MUNICIPALES

1. El alcalde como jefe de policía en el municipio PUEDE REVOCAR LAS DECISIONES TOMADAS POR SUS SUBORDINADOS LOS COMANDANTES DE ESTACION O SUBESTACION, en relación a las contravenciones de amonestación en privado (C. N. de P. 201), reprensión en audiencia pública (202 *ibídem*) promesa de buena conducta (203), imposición de presentación periódica (206 *ibídem*), retención transitoria (207 *ibídem*) y cierre temporal de establecimientos abiertos al público (art. 208 *ibídem*). MEDIDAS CORRECCIONALES. REVOCACION DIRECTA. Para cuando no existen recursos por vía gubernativa (Ley 58 de 1982). 2. DELEGACION DEL ALCALDE A LOS INSPECTORES DE POLICIA DE LA COMPETENCIA QUE TIENEN PARA CONOCER Y DECIDIR LOS PROCESOS POLICIVOS SOBRE LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO DE QUE TRATAN LA LEY 57 DE 1905 Y EL DECRETO 992 DE 1930 (Concepto de septiembre 30 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación Nº 066. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Gobierno y autorizada mediante Oficio 1041 de octubre 24 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 92

ALCALDES MUNICIPALES. Delegación a los inspectores de policía en lanzamiento por ocupación de hecho

Ver: Alcaldes municipales.

ALCALDES MUNICIPALES. Reglamentos secundarios

Ver: Reglamentos primarios y secundarios.

ARBITROS EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DESIGNACION. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

1º PROCESO ARBITRAL. Conocimiento por el Juez Civil del Circuito antes de la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo.

Págs.

INTEGRACION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO. En la situación consagrada en el artículo 2013 del Código de Comercio. 2º LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Evolución del juez competente. Legislación. Antecedentes del Decreto 01 de 1984. 3º El legislador quiso en todo momento recuperar la competencia en todas las áreas en función de la materia de lo contencioso administrativo e impedir el reparto de ella con la jurisdicción ordinaria, criterios razonables que permiten concluir que el juez competente para tomar las decisiones a que se refiere el ARTICULO 2013 DEL CODIGO DE COMERCIO ES EL CONSEJO DE ESTADO, dentro del marco de presupuestos normativos que allí se indican. 4º LEY. INTERPRETACION. ESCUELA DE LA EXEGESIS. Como es la de indagar la voluntad del legislador. Concepto doctrinal (Luis Recasens Siches). (Auto de diciembre 12 de 1986. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4971 —202—. Actor: Julio César Navas G.). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 847

ARBITROS EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. DESIGNACION. COMPETENCIA DE LOS JUECES DE CIRCUITO EN LO CIVIL (Salvamento de voto)

"El juez" ante el cual cabe formular el requerimiento de que tratan, los incisos terceros del artículo 665 del Código de Procedimiento Civil y 2013 del Código de Comercio cuando quiera que la cláusula compromisoria pactada en el contrato guarde silencio respecto del NOMBRAMIENTO DE ARBITROS, y aún tratándose de contratos administrativos, no es otro que el JUEZ DE CIRCUITO EN LO CIVIL del lugar donde haya de adelantarse el proceso arbitral que deba desarrollarse en virtud de cláusula compromisoria (Salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Al auto de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4971 —202—. Actor: Julio César Navarro Giraldo). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 853

AREA METROPOLITANA. JUNTA DIRECTIVA

Funciones. Decreto legislativo 3104 de 1979. Confírmase la suspensión provisional de los artículos 2º y 3º del Decreto número 030 de 1983 de la Junta Directiva del Area Metropolitana de Bucaramanga. Revócase la suspensión del artículo 4º del acuerdo citado (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 11 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1144. Actor: Carlos Plata Castilla y otra). ... ... ... ... 485

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. FACULTAD IMPOSITIVA. LIMITES DE LA AUTONOMIA (Nulidad)

Desde el año de 1913 la Ley 4ª dispuso en su artículo 97, ordinal 5º que las Asambleas podrían establecer y organizar los impuestos que necesitaran para atender a los gastos de la administración pública, con arreglo al sistema tributario nacional, pero sin gravar los artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlo se les de facultad expresa por la ley. Declárase nulo el artículo 3º de la Ordenanza número 21 de noviembre 28 de 1983 expedida por la

Págs.

Asamblea Departamental de Santander. (Sentencia de 28 de noviembre de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1136. Actor: Alfonso Gómez Castaño. Ordenanzas departamentales. Acción de nulidad contra el artículo 3º de la Ordenanza número 21 de noviembre 28 de 1983, de la Asamblea Departamental de Santander). 414

ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES. Reglamentos primarios

Ver: Reglamentos primarios y secundarios.

ASIGNACION DE RETIRO Y PENSION DE INVALIDEZ

La incompatibilidad entre estas dos prestaciones no es de esencia ni afecta el nacimiento ni la existencia de ninguna de ellas, sino de disfrute, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 de la Constitución Nacional. El artículo 43 del Decreto 612 de 1977 no estableció la compatibilidad en el disfrute de las dos prestaciones sino que, sobre la base de la existencia jurídica de ambas, dio al beneficiario la facultad de optar por la más favorable. (Sentencia de diciembre 5 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 277-9776. Actor: Alcibiades Hernández C. Resoluciones Ministeriales). ... ... ... ... 266

AUTO QUE DECIDE NULIDADES PROCESALES

Ver: Recurso de apelación. Procedencia.

AUTOS DE PRUEBAS

Quedaron, en materia de recursos, por fuera del control del superior. 1. El que deniega la apertura del proceso a pruebas o la práctica de una prueba será pasible de súplica cualquiera sea la instancia que lo comprenda. 2. El que abre el proceso a pruebas y el que las decreta no tendrán sino reposición. (Auto de octubre 31 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4933. Actor: Hernando Mendoza Castro. Cuestiones procesales. Recurso de queja contra el auto de junio 11 de 1986, mediante el cual el Tribunal Administrativo de Boyacá denegó la concesión del recurso de apelación interpuesto contra el auto de abril 29 el que no accedió al señalamiento de nueva fecha para la práctica de unas pruebas). ... ... ... ... ... ... ... 1299

AUXILIO DE TRANSPORTE

1. Creación. 2. ¿Qué cubre? 3. ¿A quién se reconoce? 4. Se incorpora al salario? 5. Legislaciones habidas y existentes. (Concepto de mayo 27 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 027. Consultas del Gobierno formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Autorizada con Oficio número 022331 de 11 de julio de 1986). ... ... 25

# C

Págs.

CADUCIDAD

Ver: Prescripción y caducidad.

CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR

1º Características de naturaleza. 2º ¿Por quiénes son reguladas? 3º ¿En qué forma están organizadas? 4º ¿A qué reglas se sujetan? 5º Sistema de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades para los funcionarios de dichas cajas y asociaciones (Decreto 2463 de 1981). 6º Significado de la palabra "FUNCIONARIO" contenida en el Decreto 2463 de 1981. 7º Contratos que puede celebrar sus funcionarios: Contrato laboral: Prohibiciones en ellas (art. 12 *ibídem*). 8º PROHIBICIONES para algunos miembros (arts. 6º y 7º *ibídem*). Excepciones. (Concepto de septiembre 15 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicado Nº 053. Consulta del Gobierno formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y autorizada su publicación con Oficio número 40235 de diciembre 3 de 1986). ... ... ... ... ... ... 81

CANALES REGIONALES DE TELEVISION

Se rigen tanto por el Decreto 3100 de 1984 como por la Ley 42 de 1985 y están obligados a cumplir una función preferentemente cultural. NATURALEZA JURIDICA, debe ceñirse a lo establecido por la ley para las empresas industriales y comerciales del Estado. CONSEJO NACIONAL DE TELEVISION. Es a dicho Consejo a quien compete calificar si un canal regional que se proyecte establecer se ajusta o no a la exigencia legal consagrada en el Decreto 3100 de 1984 (carácter preferencialmente cultural y educativo) FACULTAD DE REGULAR SU PROPIA ACTIVIDAD. Los canales regionales tienen la facultad de regular su propia actividad en relación a las cuestiones expresamente señaladas en sus respectivas actas de autorización y que se relacionen con el aspecto organizativo y funcional del servicio público a su cargo. (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicado Nº 049. Consultas del Gobierno. Formulada por la señora Ministra de Comunicaciones y autorizada su publicación mediante Oficio número 0145 de septiembre 23 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 87

CARGO CON PERIODO FIJO. ESTABILIDAD

Debe ser respetada por la persona o entidad nominadora. La afirmación anterior no significa en modo alguno que la administración tenga que tolerar a un empleado que no reúne las condiciones morales y de idoneidad para el ejercicio del cargo, ya que en el ordenamiento se encuentran correctivos que permiten soluciones adecuadas a este respecto. (Sentencia de septiembre 26 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 128. Actora: María Eugenia Adarve Muñoz). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 467

Págs.

CARRERA ADMINISTRATIVA. APLICACION: A NIVEL NACIONAL

1. El Decreto-ley 1732 de 1960 fue expresamente derogado por el Decreto-ley 2400 de 1968, con excepción de los artículos 178 y 179, quedando excluidos el servicio civil y la carrera administrativa a niveles departamental y municipal y comprendiendo sólo lo relativo al orden nacional. 2. El Decreto 3074 de 1968, dictado pocos meses después del 2400, con su similar naturaleza, pretendió revivir la carrera en los niveles departamental y municipal, pero hubo insolvencia del precepto de nuestro orden jurídico. 3. Si se pretendiere extender el servicio civil y la carrera administrativa a nivel seccional, departamental y municipal, ello es competencia de nueva ley del Congreso Nacional o por medio de legislador extraordinario (Concepto de septiembre 16 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación Nº 067. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Gobierno y autorizada su publicación de acuerdo con el Oficio número 0990 del 26 de septiembre de 1986, recibida en Relatoría con Oficio número 477 de octubre 1º de 1986). 66

CARRERA DIPLOMATICA Y CONSULAR. ASCENSO

No existen los ascensos automáticos en el sentido de que el respectivo derecho se adquiera por el solo transcurso del tiempo en el ejercicio de un cargo perteneciente a una determinada categoría (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Sentencia de noviembre 13 de 1986. Expediente Nº 164. Actor: Jairo Montes Moreno). ... ... ... ... ... ... 199

CESION DE CREDITOS EN LA RECAUDACION DE TRIBUTOS

No pueden invocarse los preceptos del Código Civil para obligar a la Administración a reconocer efectos a la cesión de créditos, porque ella no puede actuar como acreedora o deudora según dichas previsiones sino de acuerdo con las normas de derecho público que rigen su actividad. CESION QUE PUEDE HACER EL CONTRIBUYENTE DE LAS SUMAS RETENIDAS EN EXCESO DE SU OBLIGACION DEFINITIVA, EN FAVOR DE SU CONYUGE. Es legal la orden administrativa número 002 del 27 de junio de 1985 dictada por la Dirección General de Impuestos Nacionales, EXCEPTO en cuanto se oponga a la cesión permitida por el artículo 95 de la Ley 9ª de 1983 que dispone: "Los contribuyentes del impuesto sobre la renta podrán ceder a su cónyuge no separado de bienes, los saldos a su favor por concepto de retenciones en la fuente, que resulten en su declaración tributaria". (Sentencia de diciembre 6 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0816. Actor: Carlos Alberto Parra G. *Actos de otras autoridades administrativas del orden nacional.* Acción de nulidad contra la orden administrativa 0002 de junio 27 de 1985, expedida por el Director de Impuestos Nacionales). ... ... ... ... ... ... ... ... 349

COMERCIO EXTERIOR. EXPORTADORES DE CAFE

Según el artículo 50 del Decreto-ley 444 de 1967, en el caso de exportadores de café, el registro como tales ante el Incomex, ha de estar

Págs.

precedido de un visto bueno expedido por la Federación Nacional de Cafeteros. ACTO DE CANCELACION Y ACTO DE REVOCACION DIRECTA DIFERENCIAS. Las situaciones particulares y el reconocimiento de derechos a que se refiere el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, resultan de actos administrativos no condicionados a ninguna conducta específica del beneficiario, una vez creadas o modificadas por ellas y por tanto, no son "actos administrativos PRECARIOS" como los llama la doctrina, sino DEFINITIVOS, en el sentido de no depender, desde el momento de su firmeza, de acontecimientos posteriores a ella CONDICION RESOLUTORIA. Aplicación en el derecho administrativo (Auto de noviembre 14 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 49. Actor: Fabio Tobón Jaramillo. Demanda contra los Oficios CG-273 de abril 9 de 1985 y CG-320 de abril 23 de 1985, CG-0702 de 1985, CG-273 y CG-320 de 1985, expedidos por la Federación Nacional de Cafeteros). 307

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN UNICA INSTANCIA. "ASUNTOS PETROLEROS O MINEROS"

Artículo 128, ordinal 11 del Decreto 01 de 1984. 1º ¿A qué asuntos debe limitarse esa competencia? 2º Rectificación del doctor Jorge Valencia Arango a la tesis por él firmada, contenida en la providencia de octubre 3 de 1985. Expediente número 4691. Sección Tercera (PUBLICADA EN EXTRACTOS 1985, PAG. 711). 3º Tradicionalmente se ha entendido que tales controversias son aquellas en que EL OBJETO DE LAS MISMAS SEA LA PROPIEDAD PETROLERA Y, DESDE LUEGO, QUE SEA PARTE DE LA NACION. No es, pues, suficientes que indirectamente se encuentre relación entre la controversia y el petróleo, pues generalizando, en esta forma, se atraerían todos los juicios de distinta naturaleza laboral, comercial, civil, etc., que pudieran presentarse entre las empresas privadas explotadoras o exportadoras de petróleo y otras particulares. TRANSACCION. ALLANAMIENTO DE LA DEMANDA (art. 218 del C. C. A. Decreto 01 de 1984). 1º Protección para las entidades administrativas. 2º Efectos: *"RES JUDICATA"*. AGOTAMIENTO DE JURISDICCION. (Auto de diciembre 16 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 5011. Actor: ELF AQUITAINE COLOMBIE S. A. *Actos de los alcaldes.* Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución del 28 de junio de 1984, expedida por el alcalde de Paz de Ariporo, Luis Orlando Sánchez O.). ... 458

COMPETENCIA SOBRE CONTROVERSIAS QUE VERSEN SOBRE ASUNTOS CONCERNIENTES A LA NAVEGACION AEREA, MARITIMA O FLUVIAL EN QUE SE VENTILEN CUESTIONES DE DERECHO ADMINISTRATIVO y que se aduzcan por la vía de la pretensión de nulidad, o la de restablecimiento del derecho cuando carezcan de cuantía, corresponde conocerlas al Consejo de Estado en única instancia, mientras que, cuando se ejercite la pretensión de restablecimiento de derecho con cuantía competirá tal conocimiento a los tribunales administrativos en única o primera instancia, teniendo en cuenta el lugar donde se produjo el acto (arts. 131, numeral 9º, inciso 3º y 132, nume-

Págs.

ral 9º, inciso 3º del Decreto 01 de 1984 del C. C. A.). (Auto de octubre 16 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 52. Actora. Aerovías del Norte S. A. (Aeronorte). Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 0053, 0050 y 0017 de 1984, expedidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes y acción de nulidad de los Oficios 0866 de 2 de marzo, 1445 de 9 de abril y 3605 de 24 de octubre de 1984 emitidas por dicho Consejo). ... ... ... ... 288

CONCEJALES MUNICIPALES. ELECCION. INHABILIDAD EN LA ELECCION. PARA "QUIENES DENTRO DE LOS DOS AÑOS ANTERIORES A LA ELECCION HAYAN SIDO CONTRATISTAS DEL RESPECTIVO MUNICIPIO" (LEY 11 DE 1986)

Ver: Electorales. Concejales. Elección.

CONCEJALES MUNICIPALES. PROHIBICIONES LEGALES PARA SER ELEGIDOS (LEY 11 DE 1986. ART. 54). REQUISITOS PARA SER ELEGIDOS

La norma en mención tiene la finalidad explícita, de restringir el acceso a las posiciones de representación popular en el ámbito municipal y para tal efecto requiere el candidato: a) Ser ciudadano en ejercicio; b) No haber sido condenado a pena de prisión, salvo por delitos políticos; c) NO HABER SIDO CONTRATISTA DEL RESPECTIVO MUNICIPIO dentro de los dos años anteriores a la elección; d) NO HABER SIDO EMPLEADO OFICIAL DENTRO de los seis (6) meses anteriores; e) NO HABER SIDO EXCLUIDO DEL EJERCICIO DE UNA PROFESION POR CUALQUIER CAUSA y, f) NO HABER SIDO SANCIONADO MAS DE DOS (2) VECES POR FALTA A LA ETICA profesional y A LOS DEBERES DE UN CARGO. (Auto de noviembre 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Electoral. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente Nº E-050. Actor: José Uriel Orrego Montoya. *Electorales de orden municipal. Apelación del auto de junio 3 de 1986 del Tribunal de Risaralda que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de la elección de Mercedes del Socorro Bernal Trujillo como Concejal de Belén de Umbría.* Salvamento de voto de los doctores Gaspar Caballero Sierra y Antonio J. de Irisarri Restrepo). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 960

CONCEJALES MUNICIPALES. PROHIBICIONES LEGALES PARA SER ELEGIDOS

(Ley 11 de 1986. Art. 54). REQUISITOS PARA SER ELEGIDOS (Salvamento de voto). 1º Cuando el precepto en cuestión cobija a todos los empleados oficiales, necesariamente habría que comprender dentro de estas no solamente los de la respectiva comarca municipal, sino también los de orden nacional. 2º Calificar si alguien tiene la calidad de empleado oficial, es algo que atañe a la eficacia de la misma prueba, NO SUSCEPTIBLE DE SERVIR DE MEDIO DENTRO DEL INSTITUTO DE LA SUSPENSION PROVISIONAL PARA LLEGAR A ESTABLECER LA VIOLACION DE LA NORMA SUPERIOR, dado que ella tiene que ser directa o manifiesta. (Salvamento de voto de los doctores Gaspar Caballero Sierra y Antonio J. de Irisarri Restrepo al auto de noviem-

Págs.

bre 18 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente Nº E-050). ... ... ... ... ... 964

CONCEJALES MUNICIPALES SUPLENTES

Los suplentes, no pueden actuar en reemplazo de los principales, sino en ausencia temporal o absoluta de estos y previa posesión, no es, no puede ser, ausencia temporal el retiro del principal de una sesión, como acto de protesta por lo que en ella se discute o decida, pues tal acto entraña —sin entrar a calificar su legalidad— una manifestación de ejercicio de la investidura y una táctica pero bien diciente desautorización de la actuación del suplente, pues, en el caso precisamente con el retiro lo que buscaba el principal era una desintegración del quórum (REITERACION JURISPRUDENCIAL). (Sentencia de octubre 16 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº E-068. Actor: Luis Alfonso Duque. Electoral se pretende la declaratoria de nulidad del acto número 001 del 9 de enero de 1986 corresponde a la sesión afectada en tal fecha por el Concejo Municipal de Facatativá y, como consecuencia de declaración, se anule el nombramiento de personero y tesorero). 927

CONCEJO DE BOGOTA. Funciones

Ver: Distrito Especial de Bogotá.

CONCEJOS MUNICIPALES. Reglamentos primarios

Ver: Reglamentos primarios y secundarios.

CONFLICTOS DE JURISDICCION

Sólo pueden suscitarse a petición de parte. Esa solicitud debe formularse bien ante el juez o Tribunal que ESTE CONOCIENDO DEL ASUNTO esto es, QUE HAYA AVOCADO EL CONOCIMIENTO DEL NEGOCIO. Dispone el artículo 216 del Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto-ley número 1 de 1984. (Auto de julio 24 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4792 —380—. Actor: Víctor Alberto Arévalo. Demandado: Departamento de Cundinamarca y Municipio de Tocaima). ... ... ... 1228

CONJUECES. Sorteos

Ver: Proyecto de sentencias.

CONCEJO NACIONAL DE TELEVISION

Ver: Canales regionales de televisión.

CONSULTA EN PROCESOS DE IMPUESTOS DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS

Esta corporación decidió, en sentencia de febrero 4 de 1985, que en los procesos judiciales en materia de impuesto de renta y complementarios no cabe el grado de consulta. (Sentencia de septiembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Con-

Págs.

sejero ponente doctor Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0395. Actor: Fábrica de Muebles Artecto S. A.). ... ... ... ... ... ... 996

CONTRALOR INTERINO

Artículo 16, Ley 03 de 1986. Artículo 246 del Decreto-ley 1222 de 1986. Son contralores en propiedad y como tales ejercen a plenitud las funciones que les corresponden sin limitación alguna, por cuanto el término interino usado por la ley sólo quiere significar la brevedad de su período, en razón a haber cambiado la Ley 03 de 1986 el día a partir del cual ha de contarse el período bienal de los Contralores Departamentales (Concepto de diciembre 5 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicado Nº 083. Consultas del Gobierno formulada por el señor Ministro de Gobierno, autorizada su publicación, mediante Oficio 1163 de diciembre 11 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 116

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL. VETO DE NEGOCIOS JURIDICOS

La función de una Contraloría es ejercer la vigilancia fiscal; y que en razón de ella pueda incluso vetar la celebración de negocios jurídicos que estime ilegales. Suspéndese provisionalmente los artículos 4º, inciso 1º parágrafo 1º, 5º, 6º y 7º de la Resolución 025 de 13 de mayo de 1986, expedida por la Contraloría General del Departamento del Quindío (Auto de noviembre 13 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº 390. Actor: José Jesús Laverde Ospina. Demanda contra los artículos 4º inciso 1º parágrafo 1º, 5º, 6º y 7º de la Resolución 025 del 13 de marzo de 1986, expedida por la Contraloría del Departamento del Quindío). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 447

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

No puede ejercer funciones administrativas de ninguna especie en relación a las entidades cuyo control fiscal le está atribuido, implica que el artículo 26 del Decreto-ley 911 de 1932 que daba facultad al Contralor para pedir "la remoción" del empleado moroso en la rendición de cuentas, o en la corrección de errores, no tiene actualmente vigencia por ser contrario a esas disposiciones constitucionales y legales (art. 59 de la C. N., Ley 20 de 1975). MORA EN LA RENDICION DE CUENTAS. Puede constituir una falta disciplinaria del empleado que debe rendirlas, o en tal caso el jefe del organismo o de la dependencia regional correspondiente o la misma Procuraduría General de la Nación (mas no la Contraloría) están facultadas para iniciar un proceso disciplinario (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de noviembre 10 de 1986. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicado Nº 070. Consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público y autorizada su publicación mediante Oficio número 980 de noviembre). ... ... ... ... ... ... 103

CONTRATACION DIRECTA

Ver: Protección a la industria y al trabajo nacionales.

Págs.

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CREDITO QUE CELEBRA FOCINE (Art. 16, numeral 8º del Decreto 222 de 1983)

Normas que lo regulan. FOCINE. Naturaleza jurídica. Normas aplicables. ASPECTOS DEL ESTATUTO CONTRACTUAL QUE SE APLICAN A FOCINE. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESCRITOS. Requisitos (arts. 25 del Decreto 222 de 1983, 67, 68, 69 y 70 *ibídem*). MULTAS Y CLAUSULA PENAL PECUNIARIA. VALOR (arts. 71 y 72 *ibídem*). CLAUSULA DE CADUCIDAD. Señalamiento obligatorio LIQUIDACION DEL CONTRATO (arts. 287 a 289 *ibídem*). CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. NULIDAD ABSOLUTA (art. 78 *ibídem*). INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. La vía reguladora del incumplimiento de un contrato y la previsión de su sanción, como norma de derecho público, no tiene carácter subsidiario de la voluntad de las partes, sino al contrario, prevalece sobre esta y determina a la entidad contratante al ejercicio pleno y obligatorio de las prerrogativas inherentes a la celebración y ejecución del contrato administrativo, como a su liquidación. OBJETO ILICITO. Apariencia. CONTRATOS DE CREDITO DE FOCINE. GARANTIAS CONSTITUIDAS PARA EL CUMPLIMIENTO (FOCINE NO PUEDE TRANSIGIR) CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. TRANSACCION CON QUIEN DIO ORIGEN A LA CADUCIDAD. Sólo suspenderla implica contradicción total con el régimen del contrato administrativo. TRANSACCION ENTRE PARTICULARES jurisprudencia de la Corte. CLAUSULA COMPROMISORIA. Artículo 76 del Decreto 222 de 1983. ARBITROS Designación. (Concepto de julio 8 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicado Nº 024. Consultas del Gobierno formulada por el Ministro de Comunicaciones. Autorizada su publicación mediante Oficio número 0623 del 14 de julio de 1986, remitida por secretaría con Oficio número 370 de agosto 1º de 1986). ... ... ... 46

CONTRATO DE SEGURO. SUBROGACION POR MINISTERIO DE LA LEY Y SUBROGACION CONVENCIONAL. CESION DE DERECHOS

1. Diferencias (art. 1096 del C. Co.). 2. Efectuado el pago (de indemnización), todos los derechos y acciones que tenía el asegurado contra el responsable de la pérdida de la mercancía, pasan automáticamente al patrimonio de la aseguradora que hizo el pago. Este aspecto es el que impide que el asegurado pueda ceder civilmente sus derechos a la aseguradora luego de cumplido, ese pago. 3. Subrogación y cesión ¿conciliabilidad? (Sentencia de julio 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4081. Actor: Colpatria y otros. Salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo). ... ... 656

CONTRATO DE SEGURO. SUBROGACION Y CESION (Salvamento de voto)

Pagos de indemnización. Pagos válidos e inválidos; consecuencias en la subrogación (art. 1096, C. de Co.). (Salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo a la sentencia de julio 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4081. Actor: Colpatria y otros). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 664

Págs.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD. ACTO QUE LA DECLARA. IMPUGNACION

Acto administrativo que declara la caducidad de un contrato (en el caso *sub júdice*, cuando se presentó la demanda —2 de septiembre de 1974—), podía ser impugnada jurisdiccionalmente en cualquier tiempo, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, por cuanto la ley no establecía término alguno de caducidad. (Sentencia de septiembre 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 1677. Actor: Armando Díaz García). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 742

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD DESPUES DE LA TERMINACION DEL CONTRATO

1. Resulta obvio que no puede ejercerse la facultad unilateral de dar por terminado un contrato que ya terminó por cualquier causa legal como es el cumplimiento de su objeto, el vencimiento del plazo pactado, el mutuo consenso, etc. 2. Concepto etimológico de "CADUCUS", CADUCAR. (Auto de agosto 14 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4927. Actor: Cinducoll Ltda. Aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo y Antonio J. de Irisarri Restrepo). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 730

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD (Aclaración de voto)

(Aclaración de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo al auto de agosto 14 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4927. Actor: Cinducoll Ltda.). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 737

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CADUCIDAD. MOTIVACION

Si no alega causal legítima y concreta, el acto de caducidad deviene ilegal por falta de motivación y alegada una causal no puede luego invocarse una distinta. Otra cosa es que alegada una causal legal, la administración no queda atada al caso o hecho alegado en la resolución de caducidad PRORROGA DEL PLAZO DEL CONTRATO ESCRITO. No puede ser en forma verbal. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 3678. Actor: Ricardo García López). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 822

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Centros asistenciales. Adquisición de elementos para ellos

Ver: Protección a la industria y al trabajo nacionales.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONDENA POR CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO O POR LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR SU INCUMPLIMIENTO. VIA GUBERNATIVA. AGOTAMIENTO

Frente a pretensiones de condena por cumplimiento o por perjuicios causados por su incumplimiento, no es necesario agotar el procedi-

Págs.

miento gubernativo ante LA IMPOSIBILIDAD LEGAL QUE LA ADMINISTRACION SE AUTO-CONDENE. (Sentencia de septiembre 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 1677. Actor: Armando Díaz García). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 742

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CONTROVERSIAS. PRESCRIPCION Y CADUCIDAD

1º Antes y después del Decreto 01 de 1984. 2º Controversias surgidas con anterioridad a la vigencia del nuevo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) y no planteada ante esta jurisdicción. Caducidad de 2 años. (Auto de octubre 30 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4956. Actor: Sociedad Nieto Reyes Ltda. Demandado: Fondo Vial Nacional. Se decide el recurso de queja propuesto por el apoderado de la parte actora contra la providencia de junio 27 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que rechazó por improcedente el recurso de reposición y no concedió el de apelación). ... ... ... ... ... ... ... 800

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CUMPLIMIENTO

1. Si se demanda el cumplimiento no pueden pedirse sino perjuicios moratorios mientras que si opta por la resolución proceden los perjuicios compensatorios. 2. Cumplimiento, por parte de la administración en contratos de tracto sucesivo y de ejecución instantánea: ¿Procedencia? (Antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984). 3. Acción de cumplimiento (Decreto 01 de 1984, art. 136). (Sentencia de agosto 8 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4653. Actor: Compañía Colombiana del Caribe S.A.). ... ... ... ... ... 713

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EJECUCION Y PERFECCIONAMIENTO

Si la ley en forma clara prohíbe que se inicie la ejecución de un contrato antes de su perfeccionamiento (art. 202, Decreto-ley 150 de 1976) resulta obvio que el proceder ilegal del contratista no puede generar derecho en su beneficio, en sentido contrario, obligación a cargo de la administración. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 3785. Actor: Fernando Cuervo Rodríguez). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 768

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. EQUILIBRIO FINANCIERO O ECUACION ECONOMICA. CONTRATISTA DE OBRAS PUBLICAS COMO COLABORADOR DE LA ADMINISTRACION

(Sentencia de septiembre 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 1677. Actor: Armando Díaz García). ... ... 742

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Información del INCOMEX

Ver: Protección a la industria y al trabajo nacionales.

Págs.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. INHABILIDADES

(Decreto 222 de 1983, art. 9º, causal 4ª), análisis (Concepto de julio 3 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicado Nº 045. Consulta del Gobierno. Formulada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Autorizada su publicación en agosto 5 de 1986. con Oficio número 25198). ... ... 44

CONTATOS ADMINISTRATIVOS. Nulidad absoluta

Ver: Contrato administrativo de crédito que celebra FOCINE.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PLAZO: AMPLIACION. LA CONDUCTA MOROSA NO SE HACE ACREEDORA A MAS CONFIANZA

Filosofía de la jurisprudencia española (Sentencia de julio 17 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4154. Actor: Estructuras Pretensadas Ltda. y Jaime Echavarría Cía. Ltda. Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Fondo Vial Nacional). 671

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PLIEGO DE CONDICIONES "A NADIE ES LICITO VENIR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS"

(Sentencia de julio 17 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4154. Actor. Estructuras Pretensadas Ltda. y Jaime Echavarría Cía. Ltda. Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Fondo Vial Nacional). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 671

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. Prórroga del plazo del contrato escrito

Ver: Contratos administrativos. Caducidad. Motivación.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. RESOLUCION DE CADUCIDAD. MOTIVACION

Si la ley exige que la resolución de caducidad sea motivada ha de entenderse por tal no la cita de las causales, sino la de los hechos concretos que las configuran y que permiten al contratista una defensa racional (Sentencia de septiembre 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 1677. Actor: Armando Díaz García). 742

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADICIONALES. MODIFICACION DEL PLAZO Y VALOR CONVENIDOS (art. 45 del Decreto 150 de 1976)

(Sentencia de julio 17 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4154. Actor. Estructuras Pretensadas Ltda. y Jaime Echavarría Cía. Ltda. Demandado: Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Fondo Vial Nacional). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 671

CONTRATOS COFINANCIADOS

Se rigen específicamente por el artículo 1º, letra b, del Decreto-ley 2033 de 1968 y no por el Decreto-ley 222 de 1983. En consecuencia,

Págs.

los artículos 25 y 252 de este decreto no son aplicables a estos contratos. El Decreto-ley 2033 de 1968, artículo 1º, letra b y el Acuerdo 025 de 1985, expedido por la Junta Directiva del Instituto de Crédito Territorial determina algunos de los requisitos de los contratos cofinanciados, en todo lo demás estos contratos se celebran como los contratos de los particulares. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. Ejerce control numérico legal de dichos contratos de conformidad con la ley. (Concepto de 14 de agosto de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicado Nº 043. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 71

CONTRATOS DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION. LICITACION PUBLICA

Deben celebrarse mediante licitación pública. Los artículos 5º literal e) y el 13 literal k) de la Ley 42 de 1985, son normas de excepción, por lo mismo de restrictiva interpretación, que no pueden tener aplicación sino en los casos y en las condiciones específicas a que se refieren dichas normas. (Concepto de 21 de julio de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Consulta formulada por la Ministra de Comunicaciones. Radicado Nº 052. Autorizada su publicación mediante Oficio número 671 de julio 26 del año en curso). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 56

CONTRATOS DE LOS ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. REQUISITOS (Suspensión provisional)

Su estructura genérica e implantación y funcionamiento dentro de la administración pública nacional está trazada primeramente en el Decreto extraordinario 1050 de 1968 y ya específicamente en cada estatuto orgánico de los distintos entes de la administración técnica descentralizada, esto es de los llamados establecimientos públicos mediante el Decreto 1216 de 1984, el Gobierno nacional está imponiendo dos nuevos requisitos a los contratos que celebren los establecimientos públicos nacionales con cargo a las apropiaciones del presupuesto de gastos de inversión que comprometen recursos de vigencias fiscales futuras, como son el concepto previo favorable de Planeación Nacional y el Certificado de la Dirección General del Presupuesto, con lo cual el Presidente de la República se está extralimitando, ha incurrido en el desbordamiento de su POTESTAD REGLAMENTARIA y con ello ha quebrantado el canon 120-3 dè la Constitución Política. (Auto de agosto 22 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 342. Actor: Jorge Gómez Pinzón). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 232

COSTAS (SALVEDAD DE VOTO)

Reafirmación del salvamento publicado en Extractos de 1985. Página 649. (Salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo, a la sentencia de octubre 30 de 1986. Expediente Nº 4098. Actor: Arzuza Ltda. Ponente doctor Julio César Uribe Acosta). ... ... ... ... ... 820

Págs.

CREDITOS A FAVOR DEL ESTADO

Ver: Jurisdicción coactiva. Título ejecutivo. Vías para discutirlo.

CREDITOS SUPLEMENTALES Y ADICIONALES EXTRAORDINARIOS

1. Requisitos de orden constitucional. 2. Requisitos de orden legal y reglamentario. 3. Proceso de tramitación. 4. La ley prohíbe abrir créditos adicionales para fines que el Congreso hubiese negado durante el trámite de la ley de apropiaciones o al decidir sobre un crédito adicional. 5. Si por reconocimiento de las rentas debe entenderse liquidación de lo que deba recibirse por concepto de impuestos o de cualquier otra renta o recurso de capital, es claro que en este caso y con relación a los recursos provenientes del mayor valor del IMPUESTO *AD VALOREM* A LA GASOLINA Y AL A.C.P.M. la norma aplicable es el artículo 103, inciso 2º y no la del artículo 101, numeral 2º, pues en este caso el ingreso ya se ha causado. (Concepto de julio 16 de 1986. Sala Plena. Consejero ponente doctor Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº C-027. Salvamento de voto del doctor Enrique Low Murtra, Jorge Valencia Arango, Simón Rodríguez Rodríguez, Joaquín Vanín Tello). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 133

CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS (Salvamento de voto)

1. Teniendo en cuenta el texto mismo de la Ley 30 de 1982, sería ilegal destinar el producido del impuesto de gasolina a subsanar el déficit fiscal cuando la ley es perfectamente clara al ordenar que el producido del impuesto de gasolina sólo puede destinarse a los fines que establece la misma ley; construcción de carreteras (Fondo Vial). Caminos Vecinales y Ferrocarriles Nacionales. 2. Es inadecuado transpasar el juicio de imprescindibilidad del ejecutivo al Consejo de Estado. (Salvamento de voto del doctor Enrique Low Murtra, al concepto de julio 16 de 1986. Expediente Nº C-027. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 142

CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS (Salvamento de voto)

El crédito adicional (*sub exámine*) está regulado por el artículo 101, numeral 2º del Decreto 294 de 1973 y no por el artículo 103 *ibídem* cual se sostiene expresamente en el dictamen del cual me aparto. (Salvamento de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez al concepto de julio 16 de 1986. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº C-027). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 144

CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS (Salvamento de voto)

El recurso de capital que se pretende incorporar al presupuesto nacional está gobernado por el ordinal 2º del artículo 101 del Decreto-ley 294 de 1973 y no por el inciso 2º del artículo 103 del aludido estatuto, como lo sostiene la decisión mayoritaria. (Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango al concepto de julio 16 de 1986. Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº C-027). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 146

Págs.

CREDITOS SUPLEMENTALES EXTRAORDINARIOS (Salvamento de voto)

1. (La consulta *sub exámine*). El reaforo previsto en el artículo 103 (Decreto-ley 294 de 1973) consiste en volver a estimar a valorar lo ya estimado; en cambio, en el caso que estudia el Consejo de Estado no podía haber una nueva estimación a valoración de algo que no había sido estimado, o valorado, pues presupuestalmente no existía y, por consiguiente, tenía que ser incorporado al presupuesto. 2. El artículo 103, no se refiere a RENTAS DE DESTINACION ESPECIAL. FINALIDAD DE LAS RENTAS CON DESTINACION ESPECIAL. 3. FONDO VIAL NACIONAL. Norma creadora. Objetivos. Funciones. Patrimonio: Producto del impuesto a la gasolina y al A.C.P.M.: Finalidad de este impuesto. 4. El artículo 1º del Decreto 294 de 1973, es el que regula, en su numeral 2º, las adiciones presupuestales con base en recursos no incorporadas al presupuesto. 5. El recurso existe aunque no se haya causado, aunque no haya sido recaudado y, por tanto, no hayan ingresado a la Tesorería los dineros correspondientes. 6. "NECESIDAD IMPRESCINDIBLE DE LOS GASTOS". Concepto. 7. Función del Consejo de Estado de acuerdo con el artículo 212 de la Constitución Nacional. 8. LA CUESTION DE FONDO. (Salvamento de voto del doctor Joaquín Vanín Tello al concepto de julio 16 de 1986. Sala Plena. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº C-027). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 147

CUANTIA. ESTIMACION RAZONADA. PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA

Por mandato expreso del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, la demanda debe contener, entre otros requisitos..."la estimación razonada de la cuantía cuando sea necesaria para determinar la competencia". (Auto de septiembre 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4888. Actor: Alvaro Guerrero Silva y otros). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1242

## D

DAMNIFICADOS DEL CAUCA. PRUEBA DE LA CALIDAD (Suspensión provisional)

El Decreto reglamentario 3174 de 1983, al exigir probar tal calidad en declaraciones extrajuicio y hacer constar en ellas que tenía RESIDENCIA, DOMICILIO O SEDE SOCIAL en la zona afectada, introduce una modalidad restrictiva y flagrante violatoria de las normas reglamentadas. SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS EN ACCION DE NULIDAD. ¿Cuándo procede esta medida provisoria? Suspéndese provisionalmente el artículo 1º del Decreto reglamentario 3174 de 1983. (Auto de julio 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº 09. Actor: Carlos Galindo Pinilla. Aclaración de voto de los doctores Simón Rodríguez y Samuel Buitrago Hurtado). ... ... ... ... ... ... ... 219

Págs.

DAS. PERITAJES. EXPENSAS

Ver: Peritajes.

DEBIDO PROCESO

EN LA DETERMINACION TRIBUTARIA. (Sentencia de diciembre 9 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 1323. Actor: Representaciones Financieras S. A. REPFIN. Revisión de impuestos. Recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 21 de mayo de 1986, que negó las pretensiones de la demanda contra la determinación del impuesto de renta por el ejercicio de 1979). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1012

DEBIDO PROCESO

Ver: Notificación. Juicios electorales.

DECRETOS DE ESTADO DE SITIO

Ver: Delitos de narcotráfico. Competencia.

DELEGACION DE FUNCIONES DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA EN LOS GOBERNADORES

Los actos que dicte el Gobernador y que versen sobre la materia delegada, son actos del orden nacional y su control jurisdiccional radica en el Consejo de Estado en única instancia. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 17 de octubre de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 323. Actor: Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de Colombia). 433

DELITOS DE NARCOTRAFICO. COMPETENCIA

Los decretos legislativos dictados por el Gobierno en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 121 de la Constitución Nacional, en relación con la competencia para el juzgamiento de los delitos relacionados con el narcotráfico, quedaron derogados por el Congreso Nacional por la expedición de la Ley 30 de 1986, que permitió la competencia en los juzgados penales y promiscuos del circuito, a partir de la fecha de la sanción efectuada el 31 de enero de 1986. DECRETOS DE ESTADO DE SITIO. Modificación y derogación por el Congreso Nacional. (Concepto de agosto 8 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación Nº 059. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Defensa Nacional y autorizada su publicación mediante Oficio número 4920 de agosto 29 de este año recibida en Relatoría con Oficio de octubre 9 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 63

DEMANDA. CADUCIDAD POR REMISION AL COMPETENTE

Debe conservarse la fecha de presentación del Tribunal a donde fue dirigida (art. 143 del Decreto 01 de 1984). (Auto de noviembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 28.

Págs.

Actor: Sociedad Navemar Limitada. Demanda contra las Resoluciones 545 de 1984 y 128 y 28326 de 1985 dictadas por Colpuertos). ... ... ... 300

DEMANDA. NOMBRE DEL DEMANDADO. SEÑALAMIENTO

COMISION. CONSECUENCIA. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D. E., dos de octubre de mil novecientos ochenta y seis. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Referencia: Radicación Nº 3883. Ordinario. Indemnizaciones. Actor: Díaz Ballén Hermanos y Cía. Demandada: Empresa Puertos de Colombia). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 523

DEMANDA CORRECCION

Artículo 143 del Código Contencioso Administrativo. Corrección por existencia de defectos formales o ante falta de ciertos anexos. INADMISION DE LA DEMANDA. ¿Operancia dentro del proceso administrativo? ACUMULACION DE PROCESOS en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 267 del C. C. A.). INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES: Ver: Extractos de 1986, página 333. ACCION PUBLICA. Procedencia (art. 84 del C. C. A.). ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Procedencia. ACTO REGLA. Violación. INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES. No configura o conforma una causal de incompetencia. ACTOS ADMINISTRATIVOS CONTRACTUALES. Demanda. ACTOS SEPARABLES. Demanda. (Auto de octubre 1º de 1986. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4880. Actor: Occidental de Colombia). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1250

DEMANDA. Notificación personal de la demanda al demandado

Ver: Notificación juicios electorales.

DEMANDAS. PRESUPUESTOS PROCESALES. FALTA DE JURISDICCION DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION EN PRETENSIONES DE REPARACION DIRECTA O DE CONDENA. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia de octubre 2 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4734. Actor: Mauricio Alvarez Correa. Demandado: Municipio de Barranquilla). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1260

DEMANDA. UNIDAD JURIDICA Y DERECHO DE DISPOSICION EXCLUSIVO DEL DEMANDANTE

(Auto de agosto 13 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº E-055. Actor: Federico Alberto Trujillo). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 873

DEMANDA DE REPARACION DIRECTA. INTERES QUE TIENE EL DEMANDANTE AL EJERCITAR SU ACCION. PRUEBA

1º Sólo el que actúa a nombre de otra persona o como cesionario a título universal o singular, TENDRA QUE ADJUNTAR A LA DEMANDA, COMO ANEXO DE LA MISMA, el documento idóneo que acredite

Págs.

dicha situación. 2º Pero SI ACTUA A NOMBRE PROPIO, LA DEMOSTRACION DE ESE INTERES NO ES UN PRESUPUESTO DEL PROCESO, SINO MATERIAL DE LA SENTENCIA FAVORABLE y como tal, su prueba deberá darse dentro de las oportunidades probatorias del proceso. Bastará, entonces, en la demanda hacer la afirmación de ese interés. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. HECHO DAÑOSO. PRUEBA. Momento en el cual debe probarse. (Auto de diciembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4950. Actor: Vicente Goenaga Goenaga. *Cuestiones procesales.* Recurso de apelación interpuesto contra el auto de junio 10 de 1986, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Atlántico no admitió la demanda presentada por la señora Justina Goenaga Goenaga). ... ... 652

DEMANDA ELECTORAL. AUTO ADMISORIO E INADMISORIO

Recursos. Presentación. Término. Artículo 232 del Decreto 01 de 1984. (Auto de septiembre 4 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº E-048. Actor: Jorge Cortés Torres). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 878

DEMANDA ELECTORAL. AUTO ADMISORIO. PUBLICACION EN LA PRENSA: OMISION CONSECUENCIA. TERMINACION DEL PROCESO POR ABANDONO

Artículo 233 del Decreto 01 de 1984. (Auto de septiembre 5 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-047. Actor: Nelson Borbey Quintero Melo). 882

DEMANDA ELECTORAL. CORRECCION

Podrá hacerse por una sola vez. (Sala Contenciosa Electoral. Auto de 1º de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 028). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1187

DEMANDA ELECTORAL. INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

Habiéndose admitido la demanda, a pesar de la indebida acumulación de pretensiones "el juzgador se encuentra en el momento de fallar, debe decidir de fondo sobre las pretensiones respecto de las cuales es competente y declararse inhibido con relación a aquellos que escapan a su competencia. Pero es claro que si en el momento de decidir sobre la admisión de la demanda, encuentra que hay indebida acumulación de pretensiones y el término de caducidad no permite que aquella sea corregida, debe rechazarla". (Sala Contenciosa Electoral. Auto de 5 de septiembre de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº E-055. Actor: Federico Alberto Trujillo Burgos). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 885

DEMANDA ELECTORAL. NOTIFICACION. NUEVOS ESCRUTINIOS

Artículo 233 del Decreto 01 de 1984. No se aplica la notificación prevista en el artículo 139 *ibidem.* (Auto de septiembre 8 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-036. Actor: Hernando Bolívar Barros). ... 899

Págs.

DEMANDA ELECTORAL. NOTIFICACION AL NOMBRADO

Numeral 1º del artículo 233 del Decreto 01 de 1984. Aplicación analógica del artículo 139 *ibídem*. (Auto de septiembre 8 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-036. Actor: Hernando Bolívar Barros). ... 899

DEMANDA ELECTORAL. REQUISITOS PETICION DE LAS PRUEBAS QUE EL DEMANDANTE PRETENDE HACER VALER. FIJACION EN LISTA

Actividades que pueden desarrollarse. (Auto de octubre 30 de 1986. Sala Electoral. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº E-013. Actor: Fabio Fernández Marín. Salvamento de voto del doctor Miguel Betancourt Rey). ... ... ... ... ... ... ... 952

DEMANDA ELECTORAL. REQUISITOS. PETICION DE PRUEBAS (Salvamento de voto)

Oportunidad. (Salvamento de voto del doctor Miguel Betancourt Rey al auto de octubre 30 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº E-013. Actor: Fabio Fernández Marín). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 956

DEPARTAMENTOS ADMINISTRATIVOS. PERSONERIA JURIDICA. CARECEN DE ELLA

Los departamentos administrativos ni son establecimientos públicos ni personas de derecho público. Tales organismos carecen de personería jurídica, pues, hacen parte de la organización centralizada de la Nación, participando de su personería jurídica. Por ello, los departamentos administrativos no están legitimados para demandar o ser demandados. (Auto de octubre 9 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 1959. Actor: Marco Aurelio Pérez Bedoya. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 24 de febrero de 1986). ... ... ... 1164

DERECHO. Concepto

Ver: Memoriales. Presentación. Artículo 107 del Código de Procedimiento Civil.

DERECHO DE CONTRADICCION

Ver: Notificación. Juicios electorales.

DERECHO DE DEFENSA

Ver: Notificación. Juicios electorales.

DERECHO DE DOMINIO. Titularidad. Prueba testimonial

Ver: Responsabilidad extracontractual. Falla del servicio.

DEVOLUCION DE LO INDEBIDAMENTE PAGADO. TRIBUTOS. ACCION PERTINENTE

Tal vez una de las consecuencias de la supresión del juicio especial de impuestos y su incorporación en el artículo 85 (Decreto 01 de 1984)

Págs.

es que, es principio y de preferencia, los conflictos tributarios deben debatirse a través de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, incluidas las cosas de "devolución de lo que pagó indebidamente" como se indica el inciso final de dicho artículo. OBLIGACION TRIBUTARIA sujeto pasivo y activo. Obligaciones. LIQUIDACION PRIVADA. El pago de la deuda en ella reconocida, en principio no puede calificarse "COMO PAGO DE LO NO DEBIDO". LIQUIDACION PRIVADA. FIRMEZA. ¿Constituye un hecho? (Auto de agosto 22 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0590. Actor: Mc. Kesson Corporation). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 990

DIPUTADOS

1. Período: ¿Cuándo se inicia? 2. Los diputados no pueden ser designados por el Gobernador durante el período legal que principia el 1º de octubre siguiente a las elecciones, para ningún empleo del departamento, salvo el de Secretario de Gobierno y el de alcalde, éste basta cuando se realicen las elecciones populares de alcaldes, conforme al Acto legislativo número 1 de 1986. En todos estos casos, de excepción, como también cuando sean empleados oficiales en entidades distintas del Departamento, según el artículo 23 de la Ley 3ª de 1986, "se produce vacante transitoria en la Asamblea". (Concepto de octubre 7 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 068. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Gobierno y autorizada su publicación mediante Oficio número 1042 de octubre 24 de 1986). ... ... ... ... ... ... .. 97

DIPUTADOS. ELECCION. COMPETENCIA PARA CONOCER DE DEMANDAS

(art. 132, ordinal 4º del Decreto 01 de 1984). (Auto de agosto 13 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº E-055. Actor: Federico Alberto Trujillo B.). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 873

DIRECTIVAS PRESIDENCIALES

Las DIRECTIVAS y las ORDENES que emite el Presidente de la República serán obedecidas por sus subalternos y agentes, si con ellas no se cercenan las facultades que a estas les otorga la ley. ACTO ADMINISTRATIVO. Presunción de legalidad. INSUBSISTENCIA. Dicha facultad no puede ser derogada, modificada o suspendida por una simple directiva presidencial, sino por norma de igual o superior jerarquía. (Sentencia de diciembre 5 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 620. Actor: Rafael Figueroa. *Actos administrativos de otras entidades administrativas.* Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 0006 del 10 de enero de 1984, proferida por el Gerente General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente "INDERENA" mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del doctor Rafael Figueroa, en el cargo que desempeñaba como Director Regional del INDERENA para Bogotá y Casanare). ... ... ... ... ... ... ... ... 317

Pág.

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA (Recurso extraordinario de anulación)

1º Régimen jurídico (art. 199 de la C. N.). (Decreto 3133 de 1968, art. 2º). CONCEJO DE BOGOTA. FUNCIONES. Decreto-ley 3133 de 1968. PERSONERO: Funciones artículo 40 del Decreto 3133 de 1968. 2º Sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el Decreto 3133 de 1968. PERSONERO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA podrá tomar asiento en las juntas asesora y de contratos y de Planeación Distrital con derecho a voz pero sin voto. (Sentencia de 28 de octubre de 1986. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº R-088. Actor: Gustavo Samper Bernal. Recurso de anulación contra la sentencia de 2ª instancia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el día 14 de mayo de 1984, Acuerdo 7 de 1977 del Concejo de Bogotá). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1165

(Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Referencia: Radicación Nº R-088. Recurso de anulación. Actor: Gustavo Samper Bernal). ... 1172

DIVISAS DECOMISADAS EN OPERATIVOS CONTRA EL NARCOTRAFICO

Decomisadas dichas divisas, sólo procede su confiscación por estar fuera del comercio, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 2ª de 1984 y su destinación definitiva, de conformidad con los artículos 47 y 48 de la Ley 30 de 1986, en beneficio de las entidades estatales y privadas que se ocupan de la prevención y represión del tráfico de drogas y de la rehabilitación de los farmacodependientes. (Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de mayo 26 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Consulta formulada por el señor Ministro de Salud. Radicación Nº 036. Publicación autorizada). 19

DOCENTES DE CATEDRA

El Decreto-ley 80 de 1980 permite pertenecer al escalafón docente. El Acuerdo 36 de 1985 impide tal derecho a los docentes de cátedra. Suspéndese provisionalmente el artículo 1º del Acuerdo 36 de 1985 del Consejo Superior de la Universidad del Cauca. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Auto de octubre 3 de 1986. Expediente Nº 2031. Actor: Luis Andrade Ríos). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 379

DONACIONES. DESCUENTO TRIBUTARIO (NULIDAD)

La distinción realizada por el Gobierno entre donaciones de mejor y peor trato tributario según se hagan en dinero o en bonos de financiamiento presupuestal o en títulos de descuento, no emana de la ley sino del reglamento. Decrétase la nulidad de las siguientes expresiones contenidas en el Decreto reglamentario 3882 de 1985. a) En el literal a) del artículo 1º, la expresión "Y EL DESCUENTO SERA DEL 20%"; b) En el literal b) del artículo 1º, la expresión "EN LOS DEMAS CASOS"; c) El artículo 5º en su integridad. (Sentencia de octubre 3 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 4ª. Ponente doctor Enrique Low Murtra. Expedientes Nº 0060 y Nº 0051. Actor: Paul Cahn Spayer y Alfredo Fuentes H.). ... ... ... ... ... ... 187

Págs.

## E

EDUCACION INTERMEDIA PROFESIONAL. Antes del Decreto 80 de 1980

Ver: Personal docente en cargos de nivel superior o postsecundario del sistema educativo nacional.

EDUCACION SUPERIOR

Ver: Personal docente en cargos de nivel superior o postsecundario del sistema educativo nacional.

ELECTORALES. Competencia del Consejo de Estado. Unica instancia (art. 128, numeral 4º del C. C. A.)

Ver: Acción electoral.

ELECTORALES. Competencia de los Tribunales Administrativos (arts. 131 numeral 3º, 132 numeral 4º del C. C. A.)

Ver: Acción electoral.

ELECTORALES. CONCEJALES. ELECCION. LEY 11 de 1986. Artículo 54

No pueden ser elegidos concejales "quienes dentro de los dos años anteriores a la elección hayan sido contratistas del respectivo municipio". Alcance de la expresión "contratista del Municipio". La mencionada prohibición debe aplicarse también a los contratistas de los establecimientos públicos municipales. (Sala Contenciosa Electoral. Sentencia de 27 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº E-071. Actor: Samuel Antonio Villada). 969

ELECTORALES. DEMANDA E IMPUGNADORES. DIFERENCIA. CONTESTACION DE DEMANDA Y SOLICITUD DE PRUEBAS. TERMINO

(Auto de agosto 8 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 028). ... ... 867

ELECTORALES. ARTICULO 233, DECRETO 01 DE 1984

INTERPRETACION. Los 30 días de que habla el artículo 233, contaderos desde que se realizó la notificación al Ministerio Público, del auto que ordena la publicación, que es el mismo auto admisorio de la demanda, constituye el término fijado por la ley, no solamente para efectuar las publicaciones, sino también para acreditar tal hecho. (Sala Contenciosa Electoral. Auto de septiembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-034. Actor: Eduardo del Hierro Santacruz). ... ... ... ... ... ... ... ... 892

ELECTORALES. Notificación al nombrado como demandado

Ver: Acción electoral.

ELECTORALES. Publicidad del proceso contencioso administrativo

Ver: Notificación. Juicios electorales.

Págs.

ELECTORALES. RECUENTO DE VOTOS. OPORTUNIDAD

1. En la Ley 85 de 1981. Artículo 14. 2. En la Ley 96 de 1985. Artículo 33. 3. Es dicrecional. 4. Sólo de ocurrencia dentro del proceso gubernativo electoral. Si en su oportunidad no hicieron uso de ella de oficio o a petición de interesados (si se quiere) no es dable revivir el recuento omiso ante esta jurisdicción antes de la sentencia. (Auto de septiembre 15 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-017. Actor: Oscar de Jesús Montoya). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 912

EMBARGO. CANCELACION O DESEMBARGO (Suspensión provisional)

1. El juez que ha decretado el embargo es quien puede decretar el desembargo, mediante orden que la ley llama de "CANCELACION" pero que no dejaría de ser tal porque se llamará de otra manera, v.gr. "exclusión" o "corrección" de embargo. 2. El artículo 35 del Decreto 1250 de 1970 sólo faculta a la Superintendencia de Notariado y Registro para efectuar correcciones que no cambien el sentido del acto. Decrétase la suspensión provisional de los efectos de las Resoluciones Nº 4407 de 18 de noviembre de 1985 y Nº 0219 de 24 de enero de 1986, proferidas ambas por la Superintendencia de Notariado y Registro. (Auto de agosto 5 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº 169. Actor: Mario Gómez Fuentes). ... ... ... 368

EMPLEADOS DEL CONGRESO. PROVISION DE EMPLEOS

Situaciones que pueden presentarse (Ley 52 de 1978). ESTABILIDAD. (Sentencia de julio 29 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 222. Actor: Fernando Villalobos Ayala y otros). ... ... 1106

EMPLEADOS DEL CONGRESO. PROVISION DE EMPLEADOS. ESTABILIDAD

Situaciones que puedan presentarse. INSUBSISTENCIA. Funcionario encargado de declararla. (Sentencia de noviembre 5 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 1101. Actor: César Dimas Barrero Mosquera. *Actos administrativos de autoridades no administrativas. Demanda en acción de plena jurisdicción contra la Resolución Nº* 108 *de* 15 *de octubre de* 1982, *proferida por la Comisión de la Mesa del Senado de la República*). ... ... ... ... ... ... ... 312

EMPLEADOS DEL ORDEN NACIONAL DE LA RAMA EJECUTIVA, Y DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Normas aplicables. (Sentencia de diciembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 70. Actor: José Joaquín Torres Bohórquez. *Actos administrativos de otras autoridades administrativas del orden nacional.* Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 5317 de 23 de septiembre de 1981 y 5949 del 27 de julio de 1982, expedidas por el Subdirector de Prestaciones económicas de la Caja Nacional de Previsión Social). ... ... ... ... 325

Págs.

EMPLEADOS JUDICIALES. Vigilancia judicial e investigación disciplinaria. ¿A quién corresponde?

Ver: Vigilancia judicial e investigación disciplinaria de los empleados y funcionarios públicos. Extractos página 663.

EMPLEADOS PUBLICOS. Vigilancia judicial

Ver: Vigilancia judicial de los empleados públicos.

EMPLEOS PUBLICOS. Período. Señalamiento

Ver: Funcionarios de período.

EMPRESAS VARIAS MUNICIPALES DE MEDELLIN. Servicio público. Régimen jurídico

Ver: Entidades descentralizadas del orden Municipal, Departamental, Distrito Especial de Bogotá, Municipal, Intendencial y Comisarial.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. *Actio in rem verso*

Ver: Contratos administrativos, ejecución y perfeccionamiento.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS. EMPRESAS DEPARTAMENTALES O MUNICIPALES. SURGIMIENTO A LA VIDA JURIDICA

1. No pueden surgir a la vida jurídica como corporaciones de hecho art. 76, ordinal 9º y 10, C. N. 187 y 197 *ibídem*). 2. Creación. Doctrina. (Sentencia de octubre 2 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3352. Actor. Darco Manjarrés D'Amato y Cía. y otro. Demandado: Sociedad de hecho denominada "Sociedad Constructora Hospital Erasmo Meoz"). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 777

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEL ORDEN NACIONAL, DEPARTAMENTAL, DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, MUNICIPAL, INTENDENCIAL Y COMISARIAL

1º Normación. 2º Creación. 3º Empleados. 4º Actividades. EMPRESAS VARIAS MUNICIPALES DE MEDELLIN. El Municipio de Medellín optó por prestar los servicios comprendidos en las Empresas Varias Municipales de Medellín por el procedimiento de servicio público, propio del establecimiento público, no por el derecho privado. Tal régimen jurídico subsiste mientras esté vigente el acto que lo creó. (Concepto de noviembre 21 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicado Nº 076. *Consultas del Gobierno* formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y autorizada su publicación mediante Oficio 19831 de diciembre 1º de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... 111

ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO. VENTAJAS TRIBUTARIAS

Las ventajas tributarias que otorga la ley a favor de entidades sin ánimo de lucro es la de no entregar utilidades a los asociados o fundadores ni en vigencia de la entidad ni al momento de su disolución.

Págs.

2. Finalidad de creación de dichas entidades. 3. PERSONAS JURIDICAS. Clases. (Sentencia de octubre 10 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Expediente Nº 0979. Actor: Fundación Abood Shalo). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 497

ETICA PROFESIONAL. FALTAS. CONDUCTA TEMERARIA O DE MALA FE DEL APODERADO

El artículo 73 del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez para hacer la correspondiente condena al pago de los perjuicios causados, independientemente de los costos a que haya lugar, solidariamente con la parte principal. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Providencia de octubre 2 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4734. Actor: Mauricio Alvarez Correa. Demandado: Municipio de Barranquilla. Salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango). ... ... ... ... ... ... 1260

EXCEPCIONES. DECISION EN LA SENTENCIA. COMPETENCIA

1º Modificaciones introducidas por el Decreto 01 de 1984 (arts. 163 y 164). 2º EXCEPCIONES DE FONDO (art. 164, inciso 2º, *ibidem*). 3º Excepciones: Tratamiento dado por la Ley 167 de 1941. 4º EXCEPCIONES PREVIAS (Decreto 01 de 1984). ¿Cómo podrán alegarse? (Sentencia de diciembre 9 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0394. Actor: Cartón de Colombia S. A. *Recurso extraordinario de revisión*, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha agosto 27 de 1984 dentro del proceso 8649, promovido por el actor contra la determinación administrativa del impuesto sobre las ventas a su cargo por el bimestre mayo-junio de 1968). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1091

EXCEPCIONES DE FONDO

Ver: Excepciones. Decisión en la sentencia. Competencia.

EXCEPCIONES PREVIAS

No todas las excepciones previas constituyen de nulidad, y las que no lo sean (compromiso, inepta demanda, pleito pendiente, cosa juzgada, transacción, prescripción, caducidad) no deben tramitarse como incidente, sino que las mismas se deben decidir en la sentencia. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 17 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4778. Actor: Josué Hurtado Duque y otro). ... ... ... ... ... ... 1208

EXCEPCIONES PREVIAS

Ver: Excepciones decisión en la sentencia. Competencia.

EXPLOTACIONES PETROLIFERAS. PARTICIPACIONES, REGALIAS O BENEFICIOS DE LOS PAGADOS AL ESTADO A LOS DEPARTAMENTOS, INTENDENCIAS, COMISARIAS Y MUNICIPIOS

Situaciones: 1. Entidades territoriales sin distinción a su situación geográfica. 2. Entidades territoriales, costaneras (Decreto 0999 de

Págs.

1956). MAR TERRITORIAL CONCEPTO. (Concepto de julio 17 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Expediente Nº 054. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Minas y Energía. Autorizada su publicación mediante Oficio número 13225 del 23 de julio de 1986, recibida en Relatoría en agosto 1º de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... 52

## F

FACULTAD IMPOSITIVA

Del Congreso y de las Asambleas (art. 43 de la C. N.). (Sentencia de julio 30 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 111. Actor: Jesús Laverde Ospina). ... ... ... ... ... ... ... ... 403

FISCALES DE LOS TRIBUNALES Y DE LOS JUZGADOS. Comisión para adelantar procesos disciplinarios contra los funcionarios y empleados de esas entidades. No pueden comisionarse

Ver: Vigilancia judicial e investigación disciplinaria de los empleados y funcionarios públicos.

FISCALES DE LOS TRIBUNALES Y DE LOS JUZGADOS. Funciones ante ellos

Ver: Vigilancia judicial e investigación disciplinaria de empleados y funcionarios públicos.

FONDO GANADERO DE ANTIOQUIA. Constitución. Evolución. Estatutos. Naturaleza

Ver: Fondos ganaderos.

FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES. Reajuste salarial

Ver: Trabajadores oficiales. Condiciones de trabajo. Determinación por convención.

FONDO VIAL NACIONAL. Normación

Ver: Créditos suplementales extraordinarios (Salvamento de voto del doctor Joaquín Vanín Tello).

FONDOS GANADEROS

1º FONDOS GANADEROS. Definición (Ley 5ª de 1973, art. 26). 2º Constitución que deben tomar para ser acreedores de los beneficios de la ley *ibídem*. 3º Vigencia a la que se sujetan. 4º Representación de su capital. 5º SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. Definición (Decreto-ley 1050 de 1968, art. 8º). 6º Ley 4ª de 1980, artículo 1º órdenes a las que pueden pertenecer los fondos ganaderos organizadas como sociedades de economía mixta. 7º FONDO GANADERO DE ANTIOQUIA. Constitución. Evolución en su naturaleza. Estatutos vigentes. Natura-

Págs.

leza jurídica: SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA. Actividades. Naturaleza de ellas: ACTOS DE NOMBRAMIENTO DE UNA SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA. No son actos administrativos. No constituyendo el acto de nombramiento de gerente o director de una sociedad de economía mixta ejercicio de función administrativa alguna, es la jurisdicción ordinaria y no la contencioso administrativa la competente para tramitar y decidir la presente controversia. (Auto de octubre 3 de 1986. Sala Electoral. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-030. *Electorales. Declaratoria de nulidad del nombramiento o elección del gerente del Fondo Ganadero de Antioquia S. A. efectuado por la Junta Directiva de dicha sociedad, en sesión de* 11 *de junio de* 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 918

FUNCIONARIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Trabajo en día domingo y festivo

Ver: Trabajo en día domingo y festivo.

FUNCIONARIOS DE PERIODO. SEÑALAMIENTO DE PERIODO PARA EL EJERCICIO DE CARGOS PUBLICOS. Artículos 282 y 273 del Código de Régimen Político y Municipal

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 29 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 175-11680. Actor: Pastor Pimienta Estrada. Asuntos municipales). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 475

FUNCIONARIOS JUDICIALES. Investigación. ¿A quién corresponde?

Ver: Vigilancia judicial e investigación disciplinaria de los empleados y funcionarios públicos.

## G

GARANTIA GLOBAL DE GIRO

Ver: Jurisdicción coactiva. Título ejecutivo. Vías para discutirlo.

GOBERNADORES. Delegaciones recibidas del Presidente de la República.

Ver: Delegación de funciones.

GOBERNADORES. Reglamentos secundarios

Ver: Reglamentos primarios y secundarios.

## H

HECHOS ADMINISTRATIVOS. Definición

Ver: Acción de reparación directa.

## I

IMPEDIMENTO Y RECUSACION DE LOS EMPLEADOS O LOS MINISTROS Artículo 30 del Decreto 01 de 1984. 1. Finalidad del instituto del im-

Págs.

pedimento y de la recusación. 2. Causal de impedimento y recusación "la de que el funcionario haya dado consejo o concepto en las cuestiones materia del proceso". 3. El artículo 8º de la Ley 63 de 1923, disposición especial que rige los impedimentos y decisiones de los señores Ministros de Estado. MINISTRO *AD HOC*. FUNCIONES. (Sentencia de septiembre 11 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº E-025. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo). ... ... ... ... ... ... 907

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

El Código de lo Contencioso Administrativo remite al Código de Procedimiento Civil para resolver lo relativo a los impedimentos y recusaciones tanto en los aspectos de fondo como de su trámite. (Auto octubre 23 de 1986. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº R-370. Actor: Carlos Plata Castilla. *Cuestiones procesales*. Recusación contra los Magistrados del Tribunal Administrativo de San tander). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1296

IMPUESTO A LAS VENTAS

Artículo 26 del Decreto 1988 de 1974. 1º Responsables del impuesto a las rentas. Requisitos. 2º Declaración de ventas. Presentación. 3º Ventas exentas. Saldo a favor en la cuenta corriente del impuesto sobre las rentas DEVOLUCIONES. Reiteración jurisprudencial. (Sentencia de agosto 5 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Expediente Nº 0100. Actor: Frutera Colombiana S. A. FRUCO). ... ... ... ... 979

IMPUESTO A LAS VENTAS. DEVOLUCIONES

1º Vinculación que existe entre este gravamen y la contabilidad del responsable. 2º Declaración. Contabilización, declaración y pago o devolución. 3º DEVOLUCION. Evolución legislativa Decreto 2803 de 1975. Decreto 1494 de 1978. Decreto 1204 de 1982. Presentación de la solicitud. Decreto 3065 de 1982. Revisión de devoluciones. (Sentencia de octubre 10 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 614. Actor: Irrigaciones Ltda. Impuesto a las ventas. Consulta de la sentencia de enero 23 de 1986 por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó la devolución de saldos a favor de la demandante). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1025

IMPUESTO DE RENTA: COSTO PRESUNTIVO. APLICACION. OBLIGACION TRIBUTARIA

Determinación de su monto e imposición de sanciones por infracción a las normas impartidas, sanción por inexactitud. La administración debe demostrar que el declarante incurrió en maniobra fraudulenta que se le imputa, probar que incurrió en falsedad u omisión de las cuales hubiera podido derivarse un impuesto inferior al que le corresponde. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de agosto 5 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0452. Actor: Fructuoso Figueroa Vargas). ... 984

Págs.

IMPUESTO DE RENTA Y COMPLEMENTARIOS. LIQUIDACION DE REVISION

Facultades de revisión oficiosa. Notificación (art. 29 del Decreto 1651 de 1961). (Sentencia de septiembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0395. Actor: Fábrica de Muebles Artecto S. A.). ... 996

IMPUESTO. Cesión que puede hacer el contribuyente de las sumas retenidas en exceso de su obligación definitiva, en favor de su cónyuge

Ver: Cesión de créditos en la recaudación de tributos.

IMPUESTOS. COMPARACION PATRIMONIAL

(Art. 74 del Decreto 2053 de 1974). (Sentencia de octubre 10 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0343. Actor: Cortés Goldsworthy Hermanos Ltda.). ... 1006

IMPUESTOS. Cruce de información

Ver: Nulidad de los actos administrativos de determinación tributaria. Vía gubernativa y vía jurisdiccional.

IMPUESTOS. Datos en declaraciones de terceros o en respuesta de estos a requerimientos administrativos. Valor probatorio

Ver: Nulidad de los actos administrativos de determinación tributaria.

IMPUESTOS. DECLARACION DE RENTA. DOCUMENTOS QUE LA RESPALDAN. CONSERVACION (Decreto 2053 de 1974. Art. 124)

(Sentencia de octubre 10 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente 0343. Actor: Cortés Goldsworthy Hermanos Ltda.). ... 1006

IMPUESTOS. Determinación tributaria. Nulidad de los actos

Ver: Nulidad de los actos administrativos de determinación tributaria. Vía gubernativa y vía jurisdiccional.

IMPUESTOS. DIFERENCIAS EN CAMBIO. TRATAMIENTO

Cuando ellas forman parte del costo o son deducciones incurridas en divisas extranjeras (Decreto 437 de 1961, arts. 46 y 160). 1º Modalidades que se presentan. 2º El AJUSTE CAMBIARIO sólo es deducible cuando se refiere a la importación de mercancías compradas a crédito. (Sentencia de septiembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0395. Actor: Fábrica de Muebles Artecto S. A.). ... 996

Págs.

IMPUESTOS. Devoluciones

Ver: Impuesto a las ventas.

IMPUESTOS. LIBROS DE CONTABILIDAD INSPECCION OCULAR E INSPECCION PERICIAL

Funcionarios que deben realizarlas (art. 123 del Decreto 154 de 1968, art. 8º de la Ley 145 de 1960 en concordancia con el art. 11 del Decreto 2265 de 1969). (Sentencia de septiembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0395. Actor: Fábrica de Muebles Artecto S. A.). ... 996

IMPUESTOS. Liquidación privada. Pago

Ver: Devolución de lo indebidamente pagado.

IMPUESTOS. OBLIGACION TRIBUTARIA

Elementos. (Sentencia de agosto 5 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Expediente Nº 0100. Actor: Frutera Colombiana S. A. FRUCO). ... 979

IMPUESTOS OBLIGACIONES CIVILES O COMERCIALES PARA EFECTOS TRIBUTARIOS. PRUEBA (Decreto-ley 1651 de 1961, art. 81). (Sentencia de octubre 10 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0343. Actor: Cortés Goldsworthy Hermanos Ltda.). ... 1006

IMPUESTOS. Presunción de veracidad

Ver: Nulidad de los actos administrativos de determinación tributaria. Vía gubernativa y vía jurisdiccional.

IMPUESTOS. PRESUPUESTOS PROCESALES. PAGO PREVIO

Finalidad del legislador (Decreto 01 de 1984. Art. 140). (Sentencia de diciembre 9 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0394. Actor: Cartón de Colombia S. A. *Recurso extraordinario de revisión,* contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha agosto 27 de 1984 dentro del proceso 8649, promovido por el actor contra la determinación administrativa del impuesto sobre las ventas a su cargo por el bimestre mayo-junio de 1968). ... 1091

IMPUESTOS. Requerimiento ordinario o requerimiento especial. Respuesta (Decreto 933 de 1981. Art. 1º)

Ver: Nulidad de los actos administrativos de determinación tributaria. Vía gubernativa y vía jurisdiccional.

Págs.

IMPUESTOS. Sanción por inexactitud

Ver: Impuesto de renta. Costo presuntivo.

INDEMNIZACION DE LA ADMINISTRACION. Legitimación del que aspire a obtener la indemnización correspondiente

Ver: Responsabilidad del Estado por falla en el servicio público bancario. Falta de disponibilidad. Intervención oficial.

INSTITUCIONES INTERMEDIAS OFICIALES. Características. Naturaleza

Ver: Personal docente en cargos de nivel superior o postsecundario del sistema educativo nacional.

INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE

Injerencia en el manejo del régimen de personal y en el manejo financiero y de tesorería de las Juntas Administradoras Seccionales de Deporte. JUNTAS ADMINISTRADORAS SECCIONALES. Creación. Naturaleza. Régimen de contratación y administración de personal: DIRECTORES EJECUTIVOS DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS. Nombramiento y remoción del personal de las Juntas. (Concepto de julio 3 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicación Nº 033. Consultas del Gobierno. Formulada por la Ministra de Educación y autorizada su publicación mediante Oficio 1139 de julio 10 de 1986). ... ... ... ... 38

INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPORTE. FOMENTO DE LA CREACION DE ENTIDADES DE ECONOMIA MIXTA (Decreto 770 de 1968)

El Instituto Nacional del Transporte está facultado, en forma expresa y general por el Decreto 770 de 1968, que tiene fuerza de ley, para fomentar la creación de entidades de economía mixta para la mejor prestación del servicio. (Concepto de agosto 22 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicado Nº 063. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Obras Públicas y de Transporte y autorizada su publicación mediante Oficio número 26979 de septiembre de 1986). ... 78

INSUBSISTENCIA. Discrecionalidad de la administración

Ver: Directivas presidenciales.

INSUBSISTENCIA EN EMPLEADOS DEL CONGRESO

Ver: Empleados del Congreso. Provisión de empleos. Estabilidad.

INVESTIGACION DISCIPLINARIA A FUNCIONARIOS. APODERADO QUE DEBE ASISTIRLO

Se revoca la suspensión provisional de los efectos del inciso 5º del artículo 32 del Decreto reglamentario número 0482 de 1985 en la parte que dice: "...a un abogado en ejercicio de la entidad en la cual el investigado presta sus servicios". (Sala de lo Contencioso Administra-

Págs.

tivo. Sección Primera. Auto de 8 de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente 186. Actora: María Luisa Pinzón Jaime). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 247

## J

JORNADA LABORAL DEL PERSONAL TECNICO AERONAUTICO

1. Determinación de las condiciones generales de la jornada laboral en dicho sector. 2. Empleos de media jornada. 3. Compensación de la jornada del sábado. 4. Trabajo realizado el día sábado. 5. Asignación básica. 6. Modificación en la planta de personal. Incidencia. 7. Regulación excepcional sobre la jornada laboral diaria. 8. Sistema de turnos. (Concepto de julio 12 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación Nº 040. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Autorizada su publicación con Oficio número 022330 de julio 11 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 29

JUBILADOS. Reintegro al servicio a los cargos de Diputados o Congresistas. Reliquidación de la pensión y reajuste

Ver: Pensión de jubilación. Reliquidación o reajuste.

JURISDICCION COACTIVA. TITULO EJECUTIVO. VIAS PARA DISCUTIRLO

1º Régimen del título ejecutivo fiscal y el mandamiento de pago. 2º ¿Qué constituye título ejecutivo? 3º Vías principales para discutir los títulos ejecutivos cobrables por jurisdicción coactiva. 4º MANDAMIENTO DE PAGO. REVOCACION. Causales de excepciones. Juez competente. 5º OBLIGACIONES DE HACER. MORA. GARANTIA GLOBAL DE GIRO. 6º CREDITOS A FAVOR DEL ESTADO. ¿Pueden aplicarse disposiciones del artículo 1595 del Código Civil? La ley, no exige que se constituya al deudor en mora, previo requerimiento judicial, sino que contempla una hipótesis bien diferente, la de que el deudor se ha constituido en mora, por no haber ejecutado la obligación dentro del plazo previsto. (Auto de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1473. Actor: La Nación contra Gabriel Cure & Cía. Ltda. *Jurisdicción coactiva* apelación del auto de mayo 10 de 1985 del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1060

JUNTAS ADMINISTRADORAS SECCIONALES DE DEPORTES

Ver: Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte.

JURISDICCION. Actividad

Ver: Nulidad por agotamiento de juridiscción.

JURISDICCION. Agotamiento

Ver: Nulidad por agotamiento de juridiscción.

Págs.

JURISDICCION. PRESUPUESTO SUSTANCIAL DEL PROCESO. JURISDICCION EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Finalidad (Decreto 01 de 1984). (Auto de agosto 22 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0590. Actor: Mc. Kesson Corporation. Nit 90.903.665). ... 990

JURISDICCION COACTIVA

(Sentencia de octubre 3 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Expediente Nº 1153. Ejecutivo del Departamento de Antioquia contra Blanca Libia Tejada de Ríos. Seguros Colina S. A.). ... 1053

JURISDICCION COACTIVA. CAUCION. OTORGAMIENTO POR LA NACION. ¿OBLIGACION?

1º Finalidad de la caución. 2º Tal hipótesis es extraña a la administración. Razón. (Auto de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1473. Actor: La Nación contra Gabriel Cure & Cía. Ltda. *Jurisdicción coactiva* apelación del auto de mayo 10 de 1985 del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales). ... 1060

JURISDICCION COACTIVA. EJECUCION CONTRA ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

Artículo 336 del Código de Procedimiento Civil. No es aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 11 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0035. Actor: La Nación contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia). ... 1035

JURISDICCION COACTIVA. MANDAMIENTO DE PAGO

1º Recursos de apelaciones y excepciones. Diferencia. 2º TITULO EJECUTIVO (Decreto 01 de 1984). Características. (Auto de agosto 29 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0547. Actor: La Nación contra Santiago Leyva Durán, Producciones ECOS Ltda. y Compañía de Seguros Generales Aurora S. A.). ... 1039

JURISDICCION COACTIVA. Mandamiento de pago. Revocación

Ver: Jurisdicción coactiva. Título ejecutivo. Vías para discutirlo.

JURISDICCION COACTIVA: PREJUDICIALIDAD

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 19 de septiembre de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1138. Actor: Municipio de Pasto contra Caja de Compensación Familiar de Nariño). ... 1050

Págs.

JURISDICCION COACTIVA. TITULO EJECUTIVO. VIAS PARA DISCUTIRLO

1º Régimen del título ejecutivo fiscal y el mandamiento de pago. 2º ¿Qué constituye título ejecutivo? 3º Vías principales para discutir los títulos ejecutivos cobrables por jurisdicción coactiva. 4º MANDAMIENTO DE PAGO. REVOCACION. Causales de excepciones. Juez competente. 5º OBLIGACIONES DE HACER. MORA. GARANTIA GLOBAL DE GIRO. 6º CREDITOS A FAVOR DEL ESTADO. ¿Pueden aplicarse disposiciones del artículo 1595 del Código Civil? La ley, no exige que se constituya al deudor en mora, previo requerimiento judicial, sino que contempla una hipótesis bien diferente, la de que el deudor se ha constituido en mora, por no haber ejecutado la obligación dentro del plazo previsto. (Auto de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1473. Actor: La Nación contra Gabriel Cure & Cía. Ltda., *jurisdicción coactiva* apelación del auto de mayo 10 de 1985 del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales). ... 1060

JURISDICCION Y COMPETENCIA. ANALOGIA. SON AJENOS A ELLA

No puede olvidarse que lo que toca con la jurisdicción y la competencia —como sucede en general con la competencia reglada— es de estrictísima interpretación, ajena a toda analogía, por ir envuelto en su ordenamiento el ejercicio de la principal función de la soberanía como es la de administrar justicia. (Auto de septiembre 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4888. Actor: Alvaro Guerrero Silva y otros). ... 1242

JURISPRUDENCIA. VACIOS O LAGUNAS EN LAS REGLAS LEGISLATIVAS. SOLUCION POR EL JUEZ

(Auto de diciembre 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 2968. Actor: Amparo Ruiz Zuleta vda. de González. *Cuestiones procesales*. Recurso de súplica contra el auto por medio del cual se declaró en firme la providencia de agosto 22 de 1985 mediante el cual se liquidó la "Condena *in género*" y no se decidió a decretar la terminación del proceso por abandono). ... 1310

## L

LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO

Ver: Alcaldes municipales.

LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Ver: Arbitros en contratos administrativos.

*LEGITIMATIO AD PROCESUM* Y *LEGITIMATIO AD CAUSAM*. PRUEBA

Ver: Demanda de reparación directa. Interés que tiene el demandante al ejercitar su acción. Prueba.

Págs.

LEGITIMACION EN CAUSA PASIVA

Concepto. Ausencia. Consecuencias. Doctrina. (Sentencia de octubre 2 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3352. Actor: Darco Manjarrés D'Amato y Cía. y otros. Demandados: Sociedad de hecho denominada "Sociedad Constructora Hospital Erasmo Meoz"). ... 777

LEY. Aplicación. Límites

Ver: Libertad de trabajo.

LEY. Aplicación en forma literal

Ver: Notificación. Juicios electorales.

LEY. Interpretación. Escuela de la exégesis

Ver: Arbitros en contratos administrativos.

LEY PROCESAL. Interpretación

Ver: Notificación. Juicios electorales.

LIBERTAD DE TRABAJO Y LIMITES DE APLICACION DE LA LEY (Suspensión provisional)

El Acuerdo 014 de 1983, artículos 6º y 7º proferido por "Cortolima" ha usurpado funciones atribuidas al legislador limitando la libertad de trabajo en el primer caso, y se ha extralimitado o extendido lo dispuesto en la ley al hacerla aplicable sin consideración a las limitantes que ella misma precisa en el segundo caso. SUSPENSION PROVISIONAL. Artículo 152 del Decreto 01 de 1984. Requisitos. Decrétase la suspensión provisional de los artículos sexto y octavo del Acuerdo Nº 014 de 11 de marzo de 1983 proferido por la Junta Directiva de la Corporación Regional del Tolima. (Auto de octubre 31 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 368. Actor: Lubín Piedrahita Gutiérrez). ... 443

LICENCIAS. TERMINO

El artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal no se les aplica. (Providencia de agosto 22 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 218-R. Actora: Elizabeth Rodríguez González). ... 1118

## M

MANDATARIOS JUDICIALES: ¿Qué deben demandar?

Ver: Pruebas. Carga: *"Onus probandi incumbit actori"*.

Págs.

MEDIDAS CORRECCIONALES

Ver: Alcaldes municipales.

MEDIOS DE COMUNICACION. Servicio público de televisión y de radiodifusión oficial

Ver: Sentencias de inexequibilidad. Efectos.

MEMORIALES. PRESENTACION. ARTICULO 107 DEL C. P. C.

Si se está en la sede del Tribunal, ante el cual se litiga, el deber profesional obliga a hacer, presentación del escrito no siéndole permitido al apoderado confiar en terceros esa tarea. DERECHO. Concepto. (Auto de octubre 30 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4956. Actor: Sociedad Nieto Reyes Ltda. Demandado: Fondo Vial Nacional. Se decide el recurso de queja propuesto por el apoderado de la parte actora contra la providencia de junio 27 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que rechazó por improcedente el recurso de reposición y no concedió el de apelación. Salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 800

MEMORIALES. PRESENTACION. Artículo 107 del Código de Procedimiento Civil (Salvamento de voto)

La interpretación que la mayoría da al inciso 2º del artículo 107 del Código de Procedimiento Civil convierte, pues lo que el legislador ha querido que sea excepcional, en regla general y hace de la regla general la excepción. ¿Cuál, entonces, la suerte de la máxima romana conforme a la cual las excepciones son de interpretación restringida? (Salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo, al auto de octubre 30 de 1986. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4956. Actor: Sociedad Nieto Reyes Ltda. Demandado: Fondo Vial Nacional). ... ... ... ... ... 807

MINISTRO *AD HOC*. Funciones

Ver: Impedimento y recusación de los empleados o los ministros.

MINISTERIO PUBLICO. INTERVENCION EN LOS PROCESOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS

El Ministerio Público puede decidir en qué actuaciones interviene "COMO PARTE", pero cuando ello no ocurre, tendrá obligación constitucional de intervenir en TODOS LOS PROCESOS que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativa. Al ser declarada por la Corte, la inexequibilidad de la frase "y procesos" (inciso 1º art. 127 del nuevo C. C. A. contenido en el Decreto 01 de 1984), con el fundamento de que en ellos tal intervención ES FORZOSA en los términos del artículo 143 de la Carta, resulta OBLIGATORIA LA NOTIFICACION DE TODA PROVIDENCIA al Ministerio Público y el TRASLADO en los mismos términos previstos para las partes, pues de otra manera les

Págs.

sería físicamente imposible a los agentes del Ministerio Público cumplir con su obligación constitucional. (Auto de diciembre 11 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4986. Actor: Carmela Eulalia Núñez y otro. *Cuestiones procesales.* Proposición —de la Fiscal 2ª de la Corporación— de la nulidad parcial de la actuación que descorrió el traslado). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1322

MULTA. CONVERSION DE LA MULTA EN ARRESTO

El inciso tercero del artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967, impone la conversión de la multa en arresto, en el evento de que aquella no sea cancelada oportunamente. Es evidente que la sanción de arresto que establece el estatuto cambiario es aplicable exclusivamente a la persona natural que directamente hubiere incurrido en acto ilícito. Declárase la nulidad del artículo 2º del Decreto 1480 de 15 de junio de 1984, dictado por el Presidente de la República con la firma del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público. (Sentencia de noviembre 11 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 13. Actor: Alfonso Luque Brun. Decretos del Gobierno. Acción de nulidad contra el Decreto 1480 de junio 15 de 1984, por el cual se reglamenta el artículo 221 del Decreto-ley 444 de 1967). ... ... ... ... ... ... 193

MUNICIPIOS. CREACION SIN SUJECION A LAS EXIGENCIAS DE LA LEY 14 DE 1969

Requisitos de excepción. (Sentencia de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 66. Actor: Diego Alvarez Vera. *Actos de las Asambleas.* Acción de nulidad contra la Ordenanza Nº 02 de 31 de octubre de 1984 proferida por la Asamblea Departamental de Sucre, sancionada el 9 de noviembre del mismo año "por la cual se crea el Municipio de Guaranda y se conceden unas autorizaciones al Gobierno Departamental"). ... ... ... ... ... ... 419

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION. PRESTACIONES MEDICAS Y ECONOMICAS (Suspensión provisional)

Se suspende provisionalmente la frase "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975", del inciso del artículo primero y todo el parágrafo del mismo artículo del Decreto 898 de 1981. (Auto de octubre 17 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 2176. Actor: Agustín Castillo Zárate. Suspensión provisional de Decretos del Gobierno. Acción de nulidad contra el Decreto 898 de abril 3 de 1981, expedido por el Gobierno Nacional). 238

NOMBRE COMERCIAL Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (Suspensión provisional)

Se suspende provisionalmente el artículo primero (1º) de la Resolución número 5007 de 18 de septiembre de 1985, en cuanto aprobó el

Págs.

artículo segundo (2º) de la reforma estatutaria que dice: "La denominación de la sociedad de Banco de Crédito y Comercio de Colombia". Y el artículo tercero (3º) que dice: "Disponer que la utilización que el banco interesado haga del nombre que se autoriza por la presente resolución, para cualquier propósito, se someta a las condiciones que el banco indicó en el Oficio número 5626". (Auto de julio 16 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente Nº 0403. Actor: Banco de Crédito). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 359

NOMBRE COMERCIAL Y PUBLICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (Revocación de suspensión provisional)

Revócase la suspensión provisional ordenada en el numeral 5º de la parte resolutiva del auto de 16 de julio de 1986 y confírmase las demás partes de la misma providencia. NUMERAL 5º DEL AUTO DE 16 DE JULIO DE 1986. Dice: "Se suspende provisionalmente el artículo 1º de la Resolución número 5007 de 18 de septiembre de 1985, en cuanto aprobó el artículo 2º de la reforma estatutaria que dice: 'La denominación de la sociedad es Banco de Crédito y Comercio de Colombia' ". Y el artículo 3º que dice: "Disponer que la utilización que el banco interesado haga del nombre que se autoriza por la presente resolución para cualquier propósito, se someta a las condiciones que el banco indicó en el Oficio número 5226". (Auto de septiembre 19 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0483. Actor: Banco de Crédito). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 393

NORMAS PROCESALES. APLICACION INMEDIATA

Ver: Recurso extraordinario de revisión.

NOTIFICACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1º Reglamentación en el Decreto 01 de 1984. 2º Requisitos que debe cumplir toda notificación. 3º Responsabilidad de funcionarios en alguna omisión. 4º Ineficacia del acto. (Sentencia de noviembre 28 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0031. Actor: Instituto de Desarrollo Urbano IDU. *Jurisdicción coactiva.* IDU contra Compañía de Seguros del Estado S. A.). ... ... ... ... ... ... ... 1056

NOTIFICACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Ver: Acto administrativo. Firmeza.

NOTIFICACION, JUICIOS ELECTORALES (Decreto 01 de 1984)

El mecanismo de notificación personal de la demanda a los demandados es un principio general del derecho procesal, vale decir, de derecho público, cuya existencia hace parte del debido proceso y cuya omisión por falta de consagración legal expresa no poder avalar el poder judicial. Desde luego, ese mecanismo es el medio principal para noticiar al reo de la demanda, pero, cuando no sea factible —por las razones que la ley procesal contempla— proceder a la notificación

Págs.

personal serán viables los mecanismos de notificación. Pero sólo entonces. DEBIDO PROCESO Y DERECHO DE DEFENSA. Consagración constitucional: Artículo 26 de la Constitución Nacional. Concepto. La ley tiene competencia para organizar el procedimiento y señalar las bases propias del mismo. NOTIFICACION PERSONAL DE LA DEMANDA AL DEMANDADO. Se ha puesto a cargo del juez tomar medidas tendientes a lograr la comparecencia al proceso de quién, aún sin ser, demandado, se halle con relación al objeto jurídico de la litis, en situación que ésta no pueda resolverse de mérito sin su comparecencia PRINCIPIO DE LA IGUALDAD DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA CONSTITUCION Y LA LEY. PUBLICIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ELECTORAL (art. 233 del Decreto 01 de 1984). DERECHO DE CONTRADICCION. Implica la práctica efectiva del PRINCIPIO *AUDIAM ALTERAM PARS* en virtud del cual nadie puede ser condenado o privado de sus derechos reales o supuestos, sin haber sido oído y vencido en juicio, con la plenitud de las formas. INTERPRETACION DE LAS NORMAS PROCESALES. Artículo 4º del Código de Procedimiento Civil. APLICACION DE LA LEY EN FORMA LITERAL. NULIDAD POR FALTA DE NOTIFICACION. (Auto de octubre 18 de 1986. Sala Contencioso Administrativo. Sala Electoral. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº E-009 y E-014. Cuestiones procesales). ... ... 942

NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE

Dicha forma de notificación, como las demás previstas en la legislación y que tienen lugar tanto en la vía jurisdiccional como en la gubernativa, operan respecto de las providencias que deban ser puestas en conocimiento de quienes tengan el carácter de personas interesadas y de partes o de unos u otras, en una determinada actuación, pero ella no dice relación a los procesos. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 9 de septiembre de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 161. Actor: César Rolando Marcucci Vera). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 410

NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DETERMINACION TRIBUTARIA. VIA GUBERNATIVA Y VIA JURISDICCIONAL

1º Ley 52 de 1977, artículo 57. 2º Decreto 01 de 1984, artículo 84. 3º LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE DETERMINACION TRIBUTARIA NO SON HOY MATERIA DE PROCEDIMIENTO ESPECIAL SINO QUE LES SON APLICABLES EL REGIMEN COMUN PARA TODOS LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. 4º REQUERIMIENTO ORDINARIO O ESPECIAL: RESPUESTA (Decreto 933 de 1981, art. 1º). Demostración de los hechos de que trata el artículo 55 del Decreto 2053 de 1974. Finalidad del requerimiento especial. PRESUNCION DE VERACIDAD. PRINCIPIOS DE PUBLICACION Y CONTRADICCION DE LA PRUEBA (art. 33 de la Ley 52 de 1977). CRUCE DE INFORMACION. No es en sí una prueba. DATOS CONSIGNADOS EN DECLARACIONES DE TERCEROS O EN RESPUESTA DE ESTOS A REQUERIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. Se tendrán como testimonios, sujetos a los principios de publicación y contradicción de las pruebas (art. 80 del Decreto 1651 de 1961, concordante con el artículo

Págs.

36, inciso 1º de la Ley 52 de 1977). (Sentencia de diciembre 9 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 1323. Actor: Representaciones Financieras S. A. REPFIN. Revisión de impuestos. Recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 21 de mayo de 1986, que negó las pretensiones de la demanda contra la determinación del impuesto de renta por el ejercicio de 1979). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1012

NULIDAD POR AGOTAMIENTO DE JURISDICCION

Los particulares cuando acuden al juez del Estado para que haga actuar la normatividad general a su caso, concreto, con el obrar de aquél se agota la jurisdicción que deba prestar el Estado. Pero llevar la misma controversia ante más de un juez como ha ocurrido en el evento *sub lite*, no es aspiración legítima ni normal ejercicio del derecho de acción (aplicación del art. 152, numeral 1 del C. de P. C.). JURISDICCION: ACTIVIDAD. (Auto de octubre 18 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-010. Actor: Manuel Elías Barcha Garcés). ... 950

NULIDAD POR INDEBIDA REPRESENTACION

Sólo puede ser alegada por la persona afectada. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 17 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4778. Actor: Josué Hurtado Duque y otros). ... ... ... ... ... ... 1208

NULIDADES PROCESALES. Artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, numeral 9º

Esta nulidad generalmente se produce no cuando debiéndose demandar a una determinada persona no se le demanda, sino cuando siendo demandada no se le notifica en forma legal el auto que la cita al proceso. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Actor: Gloria Lizarazo de Ramírez). ... ... ... ... ... 1234

## O

OBLIGACION TRIBUTARIA

Ver: Devolución de lo indebidamente pagado.

OBLIGACIONES DE HACER. MORA

Ver: Jurisdicción coactiva. Título ejecutivo. Vías para discutirlo.

ORDENANZAS. PROYECTOS PARA LA CREACION DE MUNICIPIOS. INICIATIVA

¿A quién corresponde la iniciativa? (Ley 14 de 1969). (Sentencia de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Ex-

Págs.

pediente Nº 66. Actor: Diego Alvarez Vera. *Actos de las Asambleas.* Acción de nulidad contra la Ordenanza número 02 de 31 de octubre de 1984 proferida por la Asamblea Departamental de Sucre, sancionada el 9 de noviembre del mismo año "por la cual se crea el Municipio de Guaranda y se conceden unas autorizaciones al Gobierno Departamental"). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 419

## P

PENSION DE INVALIDEZ Y ASIGNACION DE RETIRO. Incompatibilidad

Ver: Asignación de retiro y pensión de invalidez.

PENSION DE JUBILACION. RELIQUIDACION O REAJUSTE POR REINGRESO AL SERVICIO DE JUBILADOS A LOS CARGOS DE DIPUTADOS A LAS ASAMBLEAS O CONGRESISTAS

1º Normación aplicable (art. 4º de la Ley 171 de 1961). 2º Requisitos del reintegro, mínimo por tres años. (Sentencia de diciembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 70. Actor: José Joaquín Torres Bohórquez. *Actos administrativos de otras autoridades administrativas del orden nacional.* Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 5317 de 23 de septiembre de 1981 y 5949 del 27 de julio de 1982, expedidas por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social). 325

PENSIONADOS DE PUERTOS DE COLOMBIA. DESCUENTOS

(Suspensión provisional). Suspéndese los efectos de la Circular 3.C.61.1 de julio 31 de 1984. Del Gerente General de la Empresa Puertos de Colombia, pero únicamente en cuanto el descuento allí ordenado pueda utilizarse para arbitrar recursos con el fin de atender el pago de las respectivas mesadas pensionales. (Auto de julio 31 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 2029. Actor: Ernesto Forero Vargas). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 365

PERITAJES POR EL DAS. EXPENSAS

Al DAS está prohibido recibir ese pago. (Auto de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Electoral. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº E-041. Actor: Germán Bula Hoyos y Cayetano Marsiglia Salas. *Cuestiones procesales.* El demandante impugna mediante reposición la fijación de honorarios para el DAS). 967

PERITOS. EMOLUMENTOS

1º Señalamiento. 2º Consignación. 3º Efectos del no pago: "NO APRECIACION DE LA PRUEBA". (Auto de septiembre 10 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 2002. Actor: Congregación de Hermanas Misioneras). ... ... ... ... ... ... ... 1233

Págs.

PERENCION DEL PROCESO

I. En la legislación procedimental de lo contencioso administrativo. II. Elementos estructurales. (Auto de octubre 1º de 1986. Sección Tercera. Ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4822 —95—. Actor: Clara Rugeles de Albornoz y otro. Demandado: Distrito Especial de Bogotá. *Recurso de apelación contra la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el* 14 *de noviembre de* 1985, *mediante la cual se decretó la perención del proceso*). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1247

PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

Ver: Responsabilidad extracontractual. Violación de domicilio.

PERSONAL DOCENTE EN CARGOS DE NIVEL SUPERIOR O POSTSECUNDARIO DEL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL

Su situación está regulada y sus derechos consagrados y protegidos por las disposiciones del Decreto 80 de 1980. EDUCACION INTERMEDIA PROFESIONAL antes del Decreto 80 de 1980 y después del mismo. Decreto 80 de 1980. Regulaciones en los diferentes niveles de educación, a excepción del nivel superior. EDUCACION SUPERIOR. ¿Qué comprende? Clasificación de las instituciones de educación superior. NIVEL SUPERIOR O POSTSECUNDARIO DEL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL. Según el artículo 1º del Decreto 2277 de 1979, este estatuto no se aplica al nivel superior o postsecundario del sistema educativo nacional, el cual se regula por el Decreto 80 de 1980 conforme éste lo dispone en su artículo 1º INSTITUCIONES INTERMEDIAS OFICIALES. Características de su naturaleza. (Sentencia de diciembre 19 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 2005. Actor: Ardis Christopher Hawkins. Decretos del Gobierno —Ejecutivo—. Acción de restablecimiento del derecho contra el Decreto Nacional número 881 de abril 10 de 1984 expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Educación, por medio del cual se declaró la insubsistencia del actor, como Rector). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 207

PERSONAS JURIDICAS. CLASES

Ver: Entidades sin ánimo de lucro. Ventajas tributarias.

PERSONERO DEL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA. Asiento pero no voto en las juntas asesoras y de planeación

Ver: Distrito Especial de Bogotá.

PERSONEROS MUNICIPALES. PERIODO DE DURACION DEL CARGO. REGIMEN DE ESTABILIDAD NO ABSOLUTA SINO RELATIVA

(Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 175-11680. Actor: Pastor Pimienta Estrada. Asuntos municipales). ... ... ... ... ... 475

Págs.

PETICIONES. Formulación

Ver: Demanda. Nombre del demandado. Señalamiento. Omisión. Consecuencia.

PODER DE POLICIA, FUNCION DE POLICIA Y ACTIVIDAD POLICIAL

Diferencias. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4201. Actor: María Victoria Morales de Sussman. Demandada la Nación). ... ... ... ... ... ... ... ... 533

PODER. RENUNCIA

Presentación personal. RECTIFICACION JURISPRUDENCIAL del auto de junio 14 de 1985. Sección Segunda. Ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 10834. Ver: Extractos de 1985, pág. 373A. (Auto de agosto 6 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 772-8763. Actor: Oscar de Jesús Gaviria). ... ... ... 1231

POLIZA AUTOMATICA Y CERTIFICADO DE SEGURO

No basta que la póliza automática tenga fecha de expedición anterior al siniestro, sino que se requiere que el certificado expedido con imputación a la misma también sea anterior en el tiempo. (Sentencia de julio 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4081. Actor: Colpatria y otros). ... ... ... ... ... ... ... 656

POLIZA AUTOMATICA Y CERTIFICADO DE SEGURO (Salvamento de voto)

NOTA: Los criterios contenidos en este salvamento de voto, fueron expuestos para idéntico caso que se encuentra publicado en los Extractos de 1986, mes de febrero, en la página 12. (Salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. A la sentencia de julio 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4081. Actor: Colpatria y otros). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 664

POTESTAD REGLAMENTARIA

Ver: Refinanciamiento de los créditos concedidos a los damnificados por el terremoto de Popayán.

PRESCRIPCION Y CADUCIDAD. ORIGEN NATURALEZA Y CLASIFICACION DE LA PRESCRIPCION. NATURALEZA Y EFECTOS DE LA CADUCIDAD

Diferencia con la prescripción. Jurisprudencia y legislación extranjera. REGIMEN EN EL DERECHO COLOMBIANO. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 17 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4852. Actor: Luis Medina Cáceres). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 505

Págs.

PRIMA DE VACACIONES

1. Regulación para empleados oficiales. Normación. 2. Equivalencia. 3. ¿Cuándo debe pagarse? VACACIONES. ¿Cómo se conceden? Acumulación. Destitución sin goce de vacaciones. 4. Pérdida del derecho. (Concepto de junio 23 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 047. Consultas del Gobierno. Formulada por la Ministra de Comunicaciones y autorizada su publicación mediante Oficio número 553 de julio 3 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 36

PRINCIPIO *"AUDIAM ALTERAM PARS"* EN VIRTUD DEL CUAL NADIE PUEDE SER CONDENADO O PRIVADO DE SUS DERECHOS REALES O SUPUESTOS SIN HABER SIDO OIDO Y VENCIDO EN JUICIO

Ver: Notificación. Juicios electorales.

PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL. JUEZ DEL PROCESO

(Auto de septiembre 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4888. Actor: Alvaro Guerrero Silva y otros). ... ... 1242

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA CONSTITUCION Y LA LEY

Ver: Notificación. Juicios electorales.

PROCESO. GASTOS

De sufragar los gastos respectivos no está exceptuada ni la Nación. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 1º de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3078. Actor: Segundo Rafael Oviedo y otros). ... ... 1308

PROCESOS RELATIVOS A CONTRATOS Y DE REPARACION DIRECTA Y CUMPLIMIENTO

Puede darse la terminación de ellos por TRANSACCION, siempre que se cumplan las mismas formalidades que el propio artículo 218 del Código Contencioso Administrativo exige para el allanamiento. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 8 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4839 —104—. Actor: "M. P. S. Ltda."). ... ... ... ... 1204

PROMULGACION, PUBLICIDAD DE LOS ACTOS Y DOCUMENTOS OFICIALES (LEY 57 DE 1985)

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 los ciudadanos sus intereses si fuere el caso. El principio de "que el acto rige a partir de su expedición" carece de toda trascendencia jurídica y más bien se interpreta como decisión arbitraria y despreciativa para miembros de la colectividad. Declárase la nulidad del artículo 4º de la Resolución 04244 de 28 de abril de 1983 expedida por el señor Ministro de Salud. (Sentencia

Págs.

de octubre 7 de 1986. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 073. Actor: Hélmer Zuluaga Vargas. Acción de nulidad contra la Resolución Nº 04244 de 28 de abril de 1983 expedida por el señor Ministro de Salud). ... ... ... ... ... 253

PROTECCION A LA INDUSTRIA Y AL TRABAJO NACIONALES

1º Consagración del Decreto 222 de 1983. 2º Donde rige dicho principio APLICACION EN EL ORDEN DEPARTAMENTAL, MUNICIPAL Y DISTRITO ESPECIAL. 3º INFORMACION DEL INCOMEX EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 4º CONTRATACION DIRECTA. Facultad del Consejo de Ministros para sustituir el sistema de contratación por licitación. 5º CONTRATOS CELEBRADOS PARA ADQUIRIR ELEMENTOS DE DOTACION DE CENTROS ASISTENCIALES en que sí incluyeron algunos bienes que producen en el país, debe tenerse en cuenta que si dichos contratos se suscribieron con entidades gubernamentales de crédito o con entidades financieras internacionales de carácter público, quedaron dentro de la salvedad prevista por el artículo 268 del Decreto 222 de 1983. (Concepto de mayo 15 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicado Nº 021. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Desarrollo Económico y autorizada su publicación de acuerdo con el Oficio número 28208 de agosto 6 de 1986). 15

PROTECCION DE LA INDUSTRIA Y DEL TRABAJO NACIONALES (Decreto 1356 de 1984)

Consecuencias de la nulidad de dicho decreto. La sentencia que decretó su nulidad, por los acontecimientos del 6 y 7 de noviembre de 1985 estaba incorporada al expediente, el cual desapareció. La copia informal de dicha providencia debe autenticarse, según lo dispuesto en el Decreto 3825 de 1985. (Concepto de mayo 27 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicado Nº 039. Consultas del Gobierno formulada por el Ministro de Desarrollo Económico y, autorizada su publicación con Oficio número 386 de agosto de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 23

PROYECTO DE ORDENANZAS. PRESENTACION

Radica fuera de los diputados solamente en el Gobernador o en "el respectivo director de instrucción pública" y que ciertas materias están reservadas a la exclusiva iniciativa de la primera autoridad departamental. PRESENTACION O TRAVES DE LOS SECRETARIOS. (Auto de 30 de julio de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 182. Actor: Elías Jaimes Castillo). ... ... ... ... .. 408

PROYECTO DE SENTENCIA

Sólo pueden ser conocidas por los magistrados concurrentes a la decisión y en el acta secreta de la sesión respectiva y jamás aparecen públicamente y menos agregados al expediente. CONJUECES. No se

Págs.

nombran, sino que se sortean conforme a los artículos 8, 11, 16, 17 y 18 del Decreto-ley 1265 de 1970. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de noviembre 24 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 5007. Actor: Nimia Murillo Sánchez). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1176

PRUEBA DOCUMENTAL. La copia de fallo disciplinario constituye prueba documental

Ver: Responsabilidad extracontractual del Estado. Violación de domicilio

PRUEBA SUMARIA

Ver: Suspensión provisional. Artículo 152 del Decreto 01 de 1984 (Aclaración de voto).

PRUEBA TESTIMONIAL

Requisitos: ¿Qué debe indicarse? (art. 219 del C. de P. C.). (Auto de julio 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4727. Actor: Nueva Sociedad de las Minas Nelly Mar). ... ... ... 1225

PRUEBA TESTIMONIAL. FUNCION DEL TESTIGO

Puesto que la función propia del testigo es la narración de los hechos de que tenga conocimiento y la precisión sobre extremos y datos del proceso que también sabe, y no la de expresar su criterio o emitir conceptos sobre determinado asunto, en el caso *sub júdice* niégase la prueba testimonial impetrada. (Auto de diciembre 5 de 1986. Sala de lo Contencioso Electoral. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº E-069. Cuestiones procesales). ... ... ... ... ... 1317

PRUEBA TESTIMONIAL. Se tiene como tal los datos consignados en declaraciones de terceros o en respuesta a estos a requerimientos administrativos (art. 80 del Decreto 1651 de 1961)

Ver: Nulidad de los actos administrativos de determinación tributaria. Vía gubernativa y vía jurisdiccional.

PRUEBA TRASLADADA

Ver: Responsabilidad extracontractual del Estado. Violación de domicilio de personas absolutamente desconocidas para las autoridades.

PRUEBA TRASLADADA. Consagración

Ver: Responsabilidad extracontractual del Estado. Violación de dominio.

PRUEBAS

El juez no puede negarse a decretar la práctica de pruebas que en tiempo hábil han pedido las partes, sino cuando se trata de las que son ostensibles y notoriamente inconducentes. (Consejo de Estado.

Págs.

Sala Contenciosa Electoral. Auto de 29 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº E-031. Actor: Gustavo Adolfo Gnecco Oñate. Electoral). ... ... ... ... ... 864

PRUEBAS. CARGA. *"ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI"*

La negligencia no puede ser suplida por el juez MANDATARIOS JUDICIALES. ¿Qué deben demandar? (Sentencia de octubre 30 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4098. Actor: Arzuza Ltda. Demandado: Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica "CORELCA". Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 096 de 1983, expedida por el Director General de la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica, mediante la cual se adjudicó a la firma CONTECO LTDA. la licitación pública C-221. Salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Véase idéntico Salvamento en Extractos de 1985, página 649). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 809

PRUEBAS. PRINCIPIOS DE PUBLICACION Y CONTRADICCION DE LA PRUEBA (art. 33 de la Ley 52 de 1977)

Ver: Nulidad de los actos administrativos de determinación tributaria. Vía gubernativa y vía jurisdiccional.

PRUEBAS. PROPOSICION Y ADJUNCION O PRESENTACION

Diferencias. (Auto de julio 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4727. Actor: Nueva Sociedad de las Minas Nelly Mar). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1225

PUERTOS DE COLOMBIA. NATURALEZA JURIDICA. EVOLUCION LEGISLATIVA. ACTIVIDAD COMERCIAL. PILOTAJE Y MOVILIZACION DE NAVES

Son desarrollo de sus actividades comerciales y resultan ajenas a la jurisdicción contencioso administrativa. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 9 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4919. Actor: Skandia Seguros de Colombia). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 565

## R

REAJUSTE SALARIAL. DECRETO 0062 DE 1986. APLICACION SECTOR LABORAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS

(Concepto de agosto 8 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicado Nº 058. Consultas del Gobierno. Formulada por el Ministro de Obras Públicas y Transporte y autorizada su publicación mediante Oficio número 28155 de septiembre 16 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 60

RECONSTRUCCION DE PROCESOS

Decreto 3825 de 1985. CARGA DE LA INICIATIVA EN LA RECONSTRUCCION. TERMINOS PARA PROMOVER LA RECONSTRUCCION.

Págs.

EFECTO DE LA VIOLACION DE TALES TERMINOS. MEDIOS DE OBRAR DE LA PARTE NO INTERESADA EN LA RECONSTRUCCION. (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 10 de septiembre de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº R-113. Actor: Francisco J. Fuentes Noguera). ... ... 1189

RECONSTRUCCION DE PROCESOS. CONSULTA: DECLARACION DE DESERCION DEL GRADO DE CONSULTA

Omisión del Decreto 3825 de 1985. Aplicación de las disposiciones que regulen casos o materias semejantes (art. 8º de la Ley 153 de 1887). (Auto de julio 11 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 1893. Actor: Fernando Alirio Romero Caicedo). ... ... 1183

RECONSTRUCCION DEL PROCESO Y/O NUEVA DEMANDA

1º (Decreto 3825 de 1985). Creación. 2º Demanda nueva. Exigencias implícitas: Que sean las mismas demandantes. 3. Demanda nueva. Ley procesal que debe regirla. "LA NO CADUCIDAD". (Auto de septiembre 29 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 1336. Actor: Alfonso Arango Henao. Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria). ... ... ... ... ... ... ... ... 1194

RECONSTRUCCION DE PROCESOS. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

La sentencia es una pieza fundamental para decidir el recurso de anulación (Aplicación del artículo 8º del Decreto 3825 de 1985). (Auto de agosto 12 de 1985. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 8549. Actor: Aura Garrido de Betancourt). ... ... ... ... ... ... ... ... 1185

RECONSTRUCCION DE PROCESOS. RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

DECLARATORIA DE DESERCION DEL RECURSO: Aplicación de disposiciones que regulen casos o materias semejantes (art. 8º de la Ley 153 de 1887). (Auto de julio 11 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 1508. Actor: Luis Delio Gómez García). 1181

RECURSO DE APELACION EN VIA GUBERNATIVA

¿Contra qué se interpone? Regulación en el Decreto 2733 de 1959 y en el nuevo Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984. (Sentencia de diciembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 70. Actor: José Joaquín Torres Bohórquez. *Actos administrativos de otras autoridades administrativas del orden nacional.* Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 5317 de 23 de septiembre de 1981 y 5949 del 27 de julio de 1982, expedidas por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social). ... ... ... ... ... ... ... ... 825

Pág.

RECURSO DE APELACION. PROCEDENCIA (DECRETO 01 DE 1984. Art. 181)

¿La norma en mención es taxativa? AUTO QUE DECIDE NULIDADES PROCESALES. Es apelable. Doctrina. (Auto de octubre 2 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4870. Actor: Zambrano y Bedoya Ltda. y otra). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1282

RECURSO DE APELACION. SUSTENTACION (art. 213 del Decreto 01 de 1984) DESERCION

Un recurso sustentado *AB INITIO* al interponerse ante el juzgador *a quo*, debe entenderse también sustentado ante el *ad quem* y por tanto, no hay lugar a que se produzca la DESERCION del mismo si aquello no sucedió en la precisa oportunidad de dicha disposición. SUSTENTACION ANTICIPADA. (Auto de julio 3 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 42. Actores: Carlos Lugo Charry y otra). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1199

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

El Decreto 3825 de 1985 no contempla la declaratoria de desierto de dicho recurso. Aplicación de la disposición que regula casos o materias, semejantes, artículo 8º de la Ley 153 de 1887. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 23 de julio de 1986. Consejera ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 1994. Actora: Nohora Calderón de Cano y otra). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1101

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. CAUCION. Otorgamiento Cuando el recurrente es una entidad pública. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de agosto 12 de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 1195. Actor: Jorge Arturo Suárez Sánchez). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1116

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. DIFERENCIAS CON EL DE SUPLICA

Ver: Recurso extraordinario de súplica.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. PRESENTACION. Artículo 198 del Código Contencioso Administrativo

Contempla dos situaciones diferentes, con las correlativas exigencias en cuanto a la presentación del recurso: Sentencias del Consejo y sentencias de los Tribunales, con presentación en la Secretaría de la Sección en el primer caso, y ante la del Tribunal para el segundo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de agosto 6 de 1986. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 1628. Actora: Laura Lida Hidrobo de Medina). ... ... 1115

Págs.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION. SUSPENSION DE LA SENTENCIA. CAUCION OTORGADA POR ENTIDAD PUBLICA (art. 201 del Decreto 01 de 1984)

(Auto de noviembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejera ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 2164-R. Actor: Luis Eduardo Moreno M. *Recurso extraordinario de anulación*). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1175

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

Ver: Licencias. Término.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

Es claro que la única causal de anulación de una sentencia estriba en relación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva (art. 197 del C. C. A.), por lo que no es de recibo derivarla a través del análisis fáctico, o sea, en principio de los medios de convicción según estos hayan sido dejados de apreciar o apreciados erróneamente. (Sentencia de octubre 8 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 89. Actor: "ECOPETROL"). ... ... ... ... ... ... ... 1154

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

1. No constituyen "MEDIOS DE IMPUGNACION EXCLUYENTES", sino DIFERENTES. 2. Diferencias entre el recurso de súplica y el de anulación. EN SINTESIS, EL RECURSO DE SUPLICA ATACA LAS CONTRADICCIONES JURISPRUDENCIALES Y EL DE ANULACION, LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES. 3. Antecedente legal y legislativo del recurso de súplica. 4. Antecedentes jurisdiccionales del recurso de anulación. 5. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de agosto de 1984, mediante la cual la mencionada Corporación declaró inexequible la norma que deroga entre otras disposiciones el artículo 2º de la Ley 11 de 1975. 6. LOS DOS RECURSOS NO SON EXCLUYENTES (CAMBIO DE JURISPRUDENCIA). Desde luego que la prosperidad del recurso de súplica, que da lugar a que la Sala dicte su fallo en sede de instancia, cierra las puertas al de anulación. (Auto de septiembre 15 de 1986. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº R-029 —Reconstruido—. Actor: Ligia Calderón de Córdoba. Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker y Julio César Uribe Acosta). ... ... ... ... ... ... ... ... 1125

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de voto)

1. De que los dos recursos son diferentes (con tantas diferencias que asombraron) no se deduce *per se* la pretendida compatibilidad. 2. ¿Hasta cuántas sentencias definitivas podría sufrir un litigio? 3. No estaba en la intención del legislador el autorizar la compatibilidad de los dos medios extraordinarios de impugnación. 4. ¿Será concebible que haya dos sentencias de Sala Plena que puedan ser

Págs.

contradictorias entre sí? 5. ¿Cuándo el recurso de súplica prospera, sólo existe decisión? 6. ¿Dónde queda el principio procesal de que "la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció"? 7. No es porque sean compatibles los dos recursos por lo que era procedente la declaración de inexequibilidad. (Salvamento de voto del doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker al auto de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº R-029. Actor. Ligia Calderón de Córdoba). ... 1142

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION Y RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de voto)

1. NORMA DE INHABILITACION. Concepto. 2. Como el recurso de anulación no va a dejar hacer jurisprudencia, sobra el de súplica, que se orienta a mantener el imperio de ésta. 3. Promulgado el nuevo estatuto de lo contencioso administrativo, es muy difícil concluir que la cabeza de la norma ejecutiva del Poder Público sólo legisló, en materia de recurso, en forma parcial. (Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta, al auto de septiembre 15 de 1986. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº R-029. Actor: Ligia Calderón de Córdoba). ... ... ... 1147

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

(Causal 6ª del art. 188 del Decreto 01 de 1984). NULIDAD ORIGINADA EN LA SENTENCIA QUE PUSO FIN AL PROCESO Y QUE NO ERA SUSCEPTIBLE DE RECURSO. Orígenes de la nulidad de la sentencia. 1º Errores en que se incurre en la etapa decisoria, como vicios propios de la sentencia. 2º Errores graves y no sancionados del proceso. NORMAS PROCESALES APLICACION INMEDIATA. (Sentencia de diciembre 9 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0394. Actor: Cartón de Colombia S. A. *Recurso extraordinario de revisión,* contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de fecha agosto 27 de 1984 dentro del proceso 8649, promovido por el actor contra la determinación administrativa del impuesto sobre las ventas a su cargo por el bimestre mayo-junio de 1968). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1091

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

1. Situación después de la vigencia del Decreto 01 de 1984. 2. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexequibilidad de un aparte del artículo 268 del Decreto 01 de 1984, el cual derogaba el recurso de súplica. 3. La ley derogada (Ley 11 de 1975) revivió tal como ocurrió en el caso *sub júdice.* DEROGATORIA TACITA (art. 71 del C. C.) ¿Cuándo se produce? 4. Intención de la Comisión Asesora del Gobierno para la expedición del Código Administrativo (Decreto 01 de 1984). 5. DIFERENCIAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA CON EL EXTRAORDINARIO DE ANULACION. 6. Jurisprudencia para efecto de este recurso. Sea lo primero reafirmar la competencia de esta Sala para conocer del aludido recurso. Se impone este aspecto por cuanto se ha venido cuestionando la vigencia misma de dicho recurso extraordinario, creado, como se dijo, mediante el

Págs.

artículo 2º de la Ley 11 de 1975. (Sentencia de septiembre 25 de 1986. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº S-002. Actor: Asociación Holística Colombiana. Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1077

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA (Salvamento de voto)

(Salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. Referencia: Radicación número S-002. Recurso extraordinario de súplica. Actor: Asociación Holística Colombiana. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1085

REFINANCIAMIENTO DE LOS CREDITOS CONCEDIDOS A LOS DAMNIFICADOS POR EL TERREMOTO DE POPAYAN. DECRETO REGLAMENTARIO 1226 DE 1986

Para expedirlo el Presidente de la República carece de competencia específica, toda vez que ésta se halla adscrita a la Junta Monetaria en las cuestiones monetarias y de crédito. POTESTAD REGLAMENTARIA. Desbordamiento de dicha potestad. SUSPENSION PROVISIONAL DE LOS EFECTOS de las siguientes disposiciones del Decreto reglamentario número 1226 de 18 de abril de 1986, proferido por el Presidente de la República y su Ministro de Hacienda y Crédito Público para reglamentar la Ley 132 de 1985: a) Los dos últimos incisos del artículo segundo (2º), que dicen: "El monto que se refinanciara conforme a lo dispuesto en el presente artículo será equivalente al saldo vigente del respectivo crédito al momento de aprobarse la refinanciación por parte del establecimiento de crédito". "En consecuencia, quedarán excluidas las cuotas vencidas antes de dicha aprobación"; b) Los dos incisos finales del artículo tercero (3º), que son de tenor idéntico a los acabados de transcribir del artículo 2º; c) La parte final del artículo cuarto (4º), que expresa: "...Sin embargo, las nuevas condiciones de tasa de interés y de redescuentos sólo serán aplicables a partir de la fecha en que se apruebe la refinanciación", y d) El artículo quinto (5º). (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 16 de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 376. Actor: Tiberio Zúñiga Díaz y otro). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 225

REGIMEN DISCIPLINARIO EN LA ACTIVIDAD DEPORTIVA (Capítulo V del Decreto 2845 de 1984 y Decreto reglamentario 1421 de 1985)

1. Organismos dentro del régimen disciplinario. 2. No puede afirmarse la existencia de Tribunales Disciplinarios a nivel de divisiones secciones o comisiones de las federaciones, porque la competencia para el ejercicio de la función disciplinaria, debe ser expresa. 3. COMITE OLIMPICO COLOMBIANO. Funciones. Diferencia entre este organismo y los demás organismos deportivos. (Concepto de julio 3 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicación 033. Consultas del Gobierno. Formulada por la Ministra de Educación y autorizada su publicación mediante Oficio 1139 de julio 10 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 38

Págs.

REGLAMENTOS PRIMARIOS Y SECUNDARIOS

(Art. 9º del Código Nacional de Policía). Contempla la disposición los llamados reglamentos primarios que son de competencia exclusiva de las Asambleas y Concejos y, por oposición de los secundarios, que pueden dictar los gobernadores y los alcaldes, más sólo para lograr la cabal aplicación de los primeros, a los cuales por ende deben estar subordinados, sin que puedan desnaturalizar la índole de su contenido. Declárase la nulidad del Decreto 071 de 27 de marzo de 1984 dictado por el Alcalde del Municipio de Cúcuta "por el cual se congela la expedición de licencias de funcionamiento a ciertos juegos permitidos". (Sentencia de noviembre 25 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 194. Actor: Elías Jaimes Castillo. Actos de los alcaldes. Acción de nulidad contra el Decreto 071 de marzo 27 de 1984, dictado por el alcalde municipal de Cúcuta). ... ... ... ... ... ... 453

RENTAS DE DESTINACION ESPECIAL (Salvamento de voto)

Ver: Créditos suplementales extraordinarios.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Hecho dañoso. Prueba

Ver: Demanda de reparación directa. Interés que tiene el demandante al ejercitar su acción. Prueba.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO PUBLICO BANCARIO. FALTA DE DISPONIBILIDAD. INTERVENCION OFICIAL

Mientras no termine la intervención oficial con su reintegro a los representantes de la sociedad intervenida o con la liquidación definitiva de la misma, resulta imposible saber si los créditos reclamados se pierden y en este último caso, si la pérdida es total o parcial. INDEMNIZACION DE LA ADMINISTRACION. LEGITIMACION DEL QUE ASPIRE A OBTENER LA INDEMNIZACION CORRESPONDIENTE. TITULOS VALORES. El ejercicio del derecho consagrado en título valor requiere la exhibición del mismo (art. 624 del C. Co.). Excepciones que pueden presentarse. LEGITIMACION EN EL TITULO VALOR. Significación. Legitimación activa y legitimación pasiva. Supuestos. PRUEBA DOCUMENTAL. APORTE AL PROCESO. Por mandato del artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, aún los simples documentos, esto es, los que no demanden las exigencias de los títulos valores deben aportarse al proceso en originales y que las copias son de recibo único y exclusivamente en las cuentas enlistadas en el artículo 254 de la misma obra. (Sentencia de noviembre 20 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3717. Actor: Finactivos Manrique Castillo Ltda. Demandado: La Nación. Responsabilidad extracontractual. Demanda en acción indemnizatoria contra la Nación por los perjuicios sufridos por el actor en la actividad bancaria corriente del Banco Nacional). ... ... ... ... 578

Págs.

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR

1º Artículo 1880 del Código de Comercio. ¿Cuándo el transportador es responsable del daño causado en caso de lesión del pasajero? 2º Causales de exoneración (ordinales 1º y 3º del art. 1003 *ibidem*). 3º DEMANDA A LA JUSTICIA ORDINARIA POR CULPA DEL TRANSPORTADOR O DE UN TERCERO. 4º DEMANDA EN LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA. No puede alegarse cualquier falla u omisión sino que la expuesta debe haber sido determinante para la producción del perjuicio. EXONERACION. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. (Sentencia de noviembre 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expedientes números 2807 acumulados 2820, 2819 y 2800. Actor: Teresa García de Pérez y otros. Responsabilidad extracontractual. Se solicita se declare la responsabilidad de la Nación colombiana, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, en hecho acaecido el 25 de octubre de 1986, en el accidente de la aeronave de matrícula HK-149, afiliado a la empresa El Venado, en las inmediaciones del aeropuerto de Yopal —Casanare—). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 570

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. FALLA DEL SERVICIO. Requisitos

Quien alegue daños en inmuebles de su propiedad sólo se legitima en acciones de responsabilidad (y ésta es de tal clase) acreditándose dominio u otro derecho constituido sobre el mismo, mediante los instrumentos legales adecuados para el efecto: Escritura pública debidamente registrada y el correspondiente certificado de libertad. TITULARIDAD DEL DERECHO DE DOMINIO. Artículo 740 del Código Civil. PRUEBA TESTIMONIAL. Requisitos. PERITACION. VALOR PROBATORIO. (Sentencia de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4818. Actor: Gloria Amparo Martínez). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 598

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. HISTORIA. EVOLUCION JURISPRUDENCIAL

1º Reconocimiento jurisprudencial de la responsabilidad aquilia del Estado. Responsabilidad indirecta (arts. 2347 y 2349 del C. C.). 2º Responsabilidad directa (art. 2341 del C. C.). Prescripción de la acción contra la persona moral y contra el agente. 3º Modificación a las tesis anteriores. AGENTES DE LA PERSONA MORAL: División. FALLA DEL SERVICIO O DE LA ADMINISTRACION. Exoneración de la administración. Prueba. 4º Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta junio 30 de 1962. 5º El Consejo de Estado, desde el 29 de julio de 1947 (actor: El Siglo S. A.) comenzó a analizar y estructurar las distintas fuentes de la responsabilidad extracontractual del Estado con fallo de 28 de octubre de 1976 (actor: Banco Bananero), se afirmó que la Constitución Política es fuente única de responsabilidad extracontractual del Estado. (Sentencia de diciembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4910. Actor: Edgardo Delgado Herrera. Indemnizaciones. Responsabilidad extracon-

Págs.

tractual se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de marzo 20 de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del proceso de reparación directa, adelantado mediante apoderado, por el actor). ... 618

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. VIOLACION DE DOMICILIO, ALLANAMIENTO DE DOMICILIO DE PERSONAS ABSOLUTAMENTE DESCONOCIDAS PARA LAS AUTORIDADES

PRUEBAS TRASLADADAS. Consagración en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil norma aplicable por mandato del artículo 267 del Decreto 01 de 1984. COPIA DEL FALLO DISCIPLINARIO. Constituye prueba documental. PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. (Sentencia de octubre 10 de 1986. Sección Tercera. Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 3213. Actor: Nadín Ospina Morales como agente oficioso de María Luisa Flórez. Demandada la Nación colombiana para que se declare su responsabilidad por la muerte de la señora Idaly Flórez y del señor Eduardo Savino Lloreda y se le condene a pagar los perjuicios materiales y morales causados a los menores mencionados). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 552

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Ver: Responsabilidad del transportador.

REVOCACION DIRECTA (art. 73 del Decreto 01 de 1984)

De un acto administrativo que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, requiere el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Suspéndese provisionalmente, los efectos de la Resolución número 000475 del 20 de febrero de 1986 expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio del mismo ramo. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de septiembre 23 de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 2098. Actor: Asociación de Marinos Profesionales "Asomar"). ... ... 375

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y ACTO DE CANCELACION. Diferencias

Ver: Comercio exterior. Exportadores de café.

## S

SANCIONES DISCIPLINARIAS. EFECTIVIDAD DE LA SANCION

Cuando antes de la imposición de la misma se ha separado por insubsistencia al funcionario y luego se reintegra al servicio. EJECUCION DE UNA SANCION IMPUESTA EN ACTOS DEFINITIVOS. (Sentencia de diciembre 16 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 1329. Actor: Gustavo Gutiérrez T. Actos administrativos de autoridades administrativas. Acción de restablecimiento del derecho contra el Decreto 083 de febrero 25 de 1984 del señor

Págs.

Procurador General de la Nación mediante el cual dispuso destituir al señor Gustavo Gutiérrez Toro del cargo de Abogado Asesor, grado 19 de la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial). ... ... ... ... 337

SANCIONES DISCIPLINARIAS. Fallo disciplinario. Constituye prueba testimonial

Ver: Responsabilidad extracontractual del Estado. Violación de domicilio.

SENADORES Y REPRESENTANTES A LA CAMARA. ELECCIONES. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA NULIDAD DE ELECCIONES (art. 128, ordinal 4º del C. C. A.)

(Auto de agosto 13 de 1986. Sala Electoral. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº E-055. Actor: Federico Alberto Trujillo Burgos). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 873

SENTENCIA. Nulidad. ¿Cómo puede originarse?

Ver: Recurso extraordinario de revisión (causal 6ª del art. 188 del Decreto 01 de 1984).

SENTENCIA COMPLEMENTARIA. TEMERIDAD O MALA FE. COSTAS

Disposición que la consagra (art. 311 del C. de P. C.). RECURSO DE ANULACION. Costas cuando no prosperan. (Sentencia de octubre 3 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4803. Actor: Eustelly de Jesús Ramírez B. y otros. *Cuestiones procesales. Solicitud de adición del fallo de julio* 25 *de* 1986, *para que se incluya en su parte resolutiva la condena por costas o perjuicios).* ... ... ... 1152

SENTENCIA EJECUTORIADA. ADICION. SOLICITUD DESPUES DE QUEDAR LA LIQUIDACION EN FIRME

(Auto de diciembre 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 2968. Actor: Amparo Ruiz Zuleta. *Cuestiones procesales.* Recurso de súplica contra el auto por medio del cual se declaró en firme la providencia de agosto 22 de 1985, mediante el cual se liquidó la condena *"in género"* y no se decidió a decretar la terminación del proceso por abandono). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1310

SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA O CONDENATORIA DE LA PERSONA NATURAL, NO CONDICIONA O ENERVA LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION

Ver: Responsabilidad extracontractual del Estado. Historia. Evolución jurisprudencial.

SENTENCIAS DE INEXEQUIBILIDAD. EFECTOS

1º Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. 2º La declaración de inconstitucionalidad de una norma sólo opera hacia el futuro y las situaciones jurídicas consolidadas con an-

Págs.

terioridad a la sentencia, conservan su validez. 3º Las facultades contenidas en una norma declarada inconstitucional son también inconstitucionales y no tienen validez para el futuro. 4º Contratos celebrados bajo la vigencia de una ley que luego es declarada inexequible. Consecuencias. ¿Qué puede decirse de aquellos contratos que habiendo sido ya suscritos al dictarse la sentencia de inconstitucionalidad, se encontraban en vía de perfeccionamiento? CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. ADJUDICACION. EFECTOS. Jurisprudencia del Consejo de Estado. SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION Y DE RADIODIFUSION OFICIAL. TELEVISION POR SUSCRIPCION. 1º La potestad de legislar sobre las medidas que sean conducentes a la normal prestación del servicio público, ES PRIVATIVA DEL LEGISLADOR y de ella sólo puede este desprenderse confiriendo facultades extraordinarias al Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en el artículo 76, ordinal 12 de la Constitución Nacional. 2º Situación de la Ley 42 de 1985. Decreto 129 de 1976, artículo 2º literal a), Decreto 1050 de 1968. (Concepto de diciembre 9 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación Nº 078. *Consultas del Gobierno*, formulada por el Ministro de Comunicaciones y autorizada su publicación mediante Oficio 420 de diciembre 11 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 121

SERVICIO PUBLICO. LEGISLACION SOBRE MEDIDAS CONDUCENTES A LA NORMAL PRESTACION DEL SERVICIO. Es potestad exclusiva del legislador

Ver: Sentencias de inexequibilidad. Efectos.

SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION Y DE RADIODIFUSION OFICIAL. TELEVISION POR SUSCRIPCION

Ver: Sentencias de inexequibilidad. Efectos.

SERVICIOS DE PUERTOS

La explotación y prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje, son actos mercantiles para todos los efectos legales a que haya lugar, el cual conduce, indefectiblemente a concluir que por serlo, el juez de las controversias que resulten por razón de dichos actos, será el juez ordinario, así el servicio lo preste Puertos de Colombia, a las Empresas Privadas (REITERACION JURISPRUDENCIAL. VER AUTO DE MARZO 14 DE 1986. SECCION PRIMERA. PONENTE DOCTOR GUILLERMO BENAVIDES MELO. EXPEDIENTE Nº 30. EXTRACTOS. PAG. 48). (Auto de noviembre 12 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 28. Actor: Sociedad Navemar Limitada. Demanda contra las Resoluciones 545 de 1984 y 128 y 28326 de 1985 dictadas por Colpuertos). ... ... ... 300

SERVICIOS SECCIONALES DE SALUD. AGENTES DEL MINISTERIO DE SALUD PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA POLITICA NACIONAL DE SALUD

No son en rigor otra cosa, que subalternos que actúan en su nombre en las actividades específicas que les señale el superior jerárquico.

Págs.

(Sentencia de noviembre 11 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 114. Actor: Rodrigo Palma Vengoechea. Resoluciones ministeriales. Acción de nulidad contra la Resolución 5033 de 29 de mayo de 1981, dictada por el señor Ministro de Salud). 262

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Concepto y configuración. (Sentencia de diciembre 15 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 70. Actor: José Joaquín Torres Bohórquez. *Actos administrativos de otras autoridades administrativas del orden nacional.* Acción de plena jurisdicción contra las Resoluciones números 5317 de 23 de septiembre de 1981 y 5949 del 27 de julio de 1982, expedidas por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social). ... ..... ... 325

SINDICATOS. HUELGA O SOLICITUD DE ARBITRAMENTO (Suspensión provisional)

No parece correcto que si el artículo 9º de la Ley 39 de 1985 precisa que "la huelga y la solicitud de arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la Asamblea" empero la norma reglamentaria (art. 1º del Decreto 0477 de 1986) determine que los trabajadores que no alcancen a reunir dicha mayoría si tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de arbitramento obligatorio. SUSPENSION PROVISIONAL. REQUISITOS DEL ARTICULO 152 DEL DECRETO 01 DE 1984. Suspensión provisional de los efectos de la frase "y por consiguiente sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de arbitramento obligatorio", contenida en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1986. (Auto de octubre 22 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 1979. Actor: Jairo Higuita Higuita. Acción de nulidad contra el artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... 240

SOCIEDAD ORDINARIA DE MINAS Y EMPRESAS PARA EL APROVECHAMIENTO O EXPLOTACION MERCANTIL DE LAS FUERZAS O RECURSOS DE LA NATURALEZA. REGULACION

1º El Código de Minas, clasifica en su Capítulo XVI las sociedades para la elaboración de minas, regula su funcionamiento y la forma de resolver los litigios entre los socios. 2º El Código de Comercio al regular la actividad comercial en su artículo 20, numeral 16, establece como mercantil para efectos legales las empresas enunciadas. ACTIVIDAD DE EXPLOTACION MINERA. Actividad mercantil. 3º El Código de Comercio no pudo derogar las normas del Código de Minas referentes a la sociedad ordinaria de minas, por cuanto ésta es de naturaleza especial. (Concepto de noviembre 13 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicado Nº 075. *Consultas del Gobierno.* Formulada por el Ministro de Energía y autorizada su publicación mediante Oficio 22263 de diciembre 9 de 1986). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 108

Págs.

SOCIEDADES COMERCIALES. INSPECCION Y VIGILANCIA. REFORMA ESTATUTARIA. EXCLUSION DE SOCIOS

Normas reguladoras. (Auto de noviembre 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 314. Actor: Aníbal Roa Villamil. *Actos de otras autoridades administrativas del orden nacional. Demanda contra las Resoluciones SL-DAL-09327 de octubre 17 de 1985 y 11069 de 12 de diciembre de 1985, expedida por la Superintendencia de Sociedades.* Salvamento de voto del doctor Miguel Betancourt Rey). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 293

SOCIEDADES COMERCIALES. EXCLUSION DE SOCIOS (Salvamento de voto)

Los conflictos sobre exclusión de socios son puntos para los cuales el Código de Procedimiento Civil asigna competencia a los jueces civiles (arts. 418 y 436). (Salvamento de voto del doctor Miguel Betancourt Rey al auto de noviembre 4 de 1986. Sección Primera. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 314. Actor: Aníbal Roa Villamil). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 299

SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA. DEFINICION

Ver: Fondos ganaderos.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA

No puede establecer sanciones contempladas con carácter general, sino que apenas puede aplicarlas e imponerlas en cada caso. Suspéndese provisionalmente la circular externa OJ-047 del 22 de julio de 1986 proferida por el Superintendente Bancario. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de noviembre 19 de 1986. Consejero ponente doctor Policarpo Castillo Dávila. Expediente Nº 1483. Actor: Nelson Alberto Osorio L.). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 382

SUSPENSION PROVISIONAL (Aclaración de voto)

(Aclaración de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez. al auto de 4 de julio de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº 09. Actor: Carlos Galindo Pinilla). ... ... ... ... ... ... ... ... 224

SUSPENSION PROVISIONAL (art. 152 del Decreto 01 de 1984)

La suspensión provisional es posible no sólo cuando la violación de norma superior sea directa y ella aparezca, por lo mismo, de la sola comparación del acto impugnado con la norma jurídica cuya transgresión se afirma, sino cuando la violación de la ley sea indirecta, pero "manifiesta" y resulte fácilmente determinable con base en las "pruebas aportadas" con la demanda. (Auto de agosto 14 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4927. Actor: Cinducoll Ltda. Aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo y Antonio J. de Irisarri Restrepo). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 737

Págs.

SUSPENSION PROVISIONAL. Artículo 152 del Decreto 01 de 1984. Aclaración de voto

Alcance de la expresión "o del examen de las pruebas aportadas". PRUEBA SUMARIA. Sólo por excepción la ley permite la prueba sumaria. (Aclaración de voto del doctor Carlos Betancur Jaramillo al auto de agosto 14 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4927. Actor: Cinducoll Ltda.). ... ... ... ... ... ... ... 737

SUSPENSION PROVISIONAL. Artículo 152 del Decreto 01 de 1984 (Aclaración de voto)

1º Constituye una excepción al principio básico del derecho procesal según el cual la contraparte ha de ser oída, antes de ser vencida. 2º Interpretación con carácter restrictivo. Pruebas; todo el instituto de esta medida cautelar *"sui géneris"* debe interpretarse con el mismo criterio restrictivo con que se interpretan las disposiciones que consagran excepciones. 3º En la providencia que resuelve la petición de suspensión provisional se pueden apreciar aspectos fácticos y algunas pruebas siempre que unas y otras aparezcan vinculadas de manera directa e inmediata con el acto mismo de cuya suspensión se trata. (Aclaración de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo al auto de agosto 14 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4927. Actor: Cinducoll Ltda.). ... ... ... ... ... ... ... ... ... 739

SUSPENSION PROVISIONAL. EN ACCIONES DE NULIDAD

(Auto de noviembre 18 de 1986. Sala de lo Contencioso Electoral. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente Nº E-050. Actor: José Uriel Orrego Montoya. *Electorales de orden municipal. Apelación del auto de junio 3 de 1986 del Tribunal de Risaralda que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de la elección de Mercedes del Socorro Bernal Trujillo como Concejal de Belén de Umbría.* Salvamento de voto de los doctores Gaspar Caballero Sierra y Antonio J. de Irisarri Restrepo). ... ... ... ... ... ... ... ... 960

SUSPENSION PROVISIONAL. EN ACCIONES DE NULIDAD (Salvamento de voto)

La sencilla comparación a que alude el texto legal entre el acto que se acusa y la norma superior, como su mismo nombre lo indica, tiene que estar desprovista de todo artificio. (Salvamento de voto de los doctores Gaspar Caballero Sierra y Antonio J. de Irisarri Restrepo al auto de noviembre 18 de 1986. Sala Contenciosa Electoral en la que fue Ponente el doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente Nº E-050). 964

SUSPENSION PROVISIONAL EN JUICIOS ELECTORALES (Ley 96 de 1986. Art. 66)

Se encuentra sujeta a la preceptiva del artículo 152 del Decreto 01 de 1984. (Auto de agosto 12 de 1986. Sala Contenciosa Electoral. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 049. Actor: Pedro A. Cañón R.). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 869

Págs.

SUSPENSION PROVISIONAL. Requisitos

Ver: Libertad de trabajo y límites de aplicación de la ley.

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS ADMINISTRATIVOS. Demandados en acción de nulidad

Ver: Damnificados del Cauca.

SUSPENSION PROVISIONAL SIMPLE Y SUSPENSION PROVISIONAL EN PREVENCION

Requisitos. (Sentencia de noviembre 24 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 132. Actora: Aerovías de Colombia S. A. "AVIANCA"). ... 1301

## T

TESTIGOS. FUNCIONES

Ver: Prueba testimonial.

TIERRAS. DECLARATORIA DESCRIPTIVA DE INMUEBLES ENTRE 100 Y 500 HECTAREAS. COMPETENCIA DEL GERENTE DEL INCORA (Suspensión provisional art. 22 de la Ley 135 de 1961)

COMPETENCIA. 1º Definición doctrinal. 2º Normas que fijan competencias. 3º Improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización legal expresa. 4º Actos administrativos dictados por quien invade competencia: Consecuencia. Se decreta la suspensión provisional de las expresiones "dentro del plazo" que figura en el artículo 1º y "dentro del término de tres meses contados a partir de la publicación del presente acuerdo, en el Diario Oficial", contenido en el artículo 6º, ambas del Acuerdo número 3 de febrero 22 de 1971 proferido por la Junta Directiva del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria —INCORA—. (Auto de diciembre 4 de 1986. Sala de lo Contencioso Adminitrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Radicación Nº 4989. Actor: Hernando Carreño Varela. Actos de otras autoridades administrativas del orden nacional). ... 388

TITULOS VALORES. LEGITIMACION. Prueba. Aporte al proceso

Ver: Responsabilidad del Estado por falla en el servicio público bancario. Falta de disponibilidad. Intervención oficial.

TRABAJADORES OFICIALES. CONDICIONES DE TRABAJO. DETERMINACION POR CONVENCION. FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES. REAJUSTE SALARIAL

(Concepto de agosto 8 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicado Nº 058. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Obras

Págs.

Públicas y de Transporte y autorizada su publicación mediante Oficio número 28155 de septiembre 16 de 1986). ... ... ... ... ... ... 60

TRABAJO EN DIA DOMINGO Y FESTIVO A LOS FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL

1. Remuneración. 2. ¿Qué es habitualidad? 3. Trabajo en forma ocasional y habitual. (Concepto de mayo 13 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación Nº 028. Consultas del Gobierno. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y autorizada su publicación mediante oficio de 1º de octubre de 1986). ... ... ... ... ... 9

TRABAJO EN DIAS DOMINICALES Y FESTIVOS

Lo que la ley pretende, es que el trabajador que recibe un sueldo habiendo a su vez trabajado la semana completa, y laborado habitualmente además DIAS DOMINGOS Y FESTIVOS, recibe de todas maneras en otro día distinto un descanso compensatorio, que por otro lado ya se remuneró de antemano. (Sentencia de octubre 8 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 89. Actor: "Ecopetrol"). ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1154

TRANSACCION. Allanamiento de la demanda (art. 218 del Decreto 01 de 1984)

Ver: Competencia del Consejo de Estado en única instancia "asuntos petroleros o mineros" (art. 128 ordinal 11 del Decreto 01 de 1984).

TRANSACCION. Entre particulares

Ver: Contrato administrativo de crédito que celebra FOCINE.

## V

VIA GUBERNATIVA. Recurso de apelación

Ver: Recurso de apelación.

VIGILANCIA JUDICIAL DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS

Antes como ahora (Ley 25 de 1974) los FISCALES ejercen la vigilancia de los funcionarios y empleados de los juzgados y tribunales ante los cuales actúan; que ellos pueden pedir que se adelanten las investigaciones disciplinarias que consideren necesarias; que los FUNCIONARIOS JUDICIALES son investigados por la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION y los juzgados disciplinariamente, según el artículo 160, inciso 2º de la Constitución, por sus superiores jerárquicos y los empleados judiciales conforme a los artículos 131 y 152 del Decreto-ley 2400 de 1986. Ni la Constitución ni la ley contemplan la posibilidad de comisionar a los fiscales de los tribunales y juzgados para que adelanten procesos disciplinarios contra los funcionarios y empleados de esas entidades: Les incumbe su vigilancia y pueden pedir que se

Págs.

investiguen los delitos o las fallas en que, a su juicio, pudieren incurrir. (Concepto de octubre 17 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicado Nº 056. Consultas del Gobierno. Formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por solicitud del señor Fiscal 10º del Circuito de Bogotá. Autorizada mediante Oficio 18313 de noviembre 5 de 1986). ... ... ... ..... ... ... ... ... ... 100

# INDICE GENERAL

## PRIMERA PARTE

## FUNCION CONSULTIVA

## CAPITULO I

### CONSULTAS DEL GOBIERNO


Págs.

1. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con el trabajo para los funcionarios de seguridad social en los días festivos. Concepto del 13 de mayo de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación Nº 028. Consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social. ... ... ... ... ... ... ... 9

2. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta relacionada con la aplicabilidad del Decreto 222 de 1983, Capítulo X a los contratos que se celebren en forma directa, según concepto favorable del Consejo de Ministros. Concepto del 15 de mayo de 1986. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicación Nº 021. Consulta formulada por el Ministerio de Desarrollo Económico. ... ... ... ... ... ... ... ... 15

3. Ministerio de Salud. Consulta relacionada con las divisas decomisadas en operativos contra el narcotráfico y su destinación. Concepto del 26 de mayo de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación Nº 036. Consulta formulada por el Ministro de Salud. ... 19

4. Protección de la industria y del trabajo nacionales (Decreto 1356 de 1984). Concepto de mayo 27 de 1986. Referencia: Consulta. Radicación Nº 039. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. ... ... ... 23

5. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con el auxilio de transporte, si puede considerarse como una sobreremuneración para aquellos trabajadores cuya remuneración mensual está dentro del tope salarial establecido en los últimos decretos que lo regulan. Concepto del 27 de mayo de 1986. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 027. Consulta formulada por el Ministro del Trabajo y Seguridad Social. ... ... ... ... ... ... ... 23

6. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con la jornada de trabajo de quienes laboran habitualmente en las áreas técnicas por el sistema de turnos en el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil. Concepto del 12 de julio de 1986. Radicación Nº 040. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. ... ... ... 29

Págs.

7. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con la regulación de la prima de vacaciones para los empleados oficiales. Concepto de 23 de junio de 1986. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 047. Consulta formulada por el Ministerio de Comunicaciones. ... ... 36

8. Ministerio de Educación. Consulta relacionada con la injerencia del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte en el manejo del régimen de personal y del régimen financiero y de tesorería. Concepto de 3 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicación Nº 033. Consulta formulada por el Ministerio de Educación. ... ... 38

9. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con la aplicabilidad del artículo 9º, numeral 4º del Decreto 222 de 1983 a todos los empleados oficiales. Concepto de 3 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicación Nº 045. Consulta formulada por el Ministro del Trabajo y Seguridad Social. ... ... 44

10. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada sobre la facultad legal de las empresas industriales y comerciales del Estado de aplicar de común acuerdo con los deudores soluciones tendientes a obtener la satisfacción de un crédito. Concepto del 8 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación Nº 024. Consulta formulada por el Ministerio de Comunicaciones. ... ... 46

11. Ministerio de Minas y Energía. Consulta relacionada con el derecho que en la actualidad puedan tener los departamentos, intendencias comisarías y municipios costaneros en los cuales se adelanten explotaciones petrolíferas en el mar territorial adyacente a percibir participaciones por concepto de ellas y qué porcentaje les corresponde. Concepto de julio 17 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación Nº 054. Consulta formulada por el Ministro de Minas y Energía. ... ... 52

12. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con la facultad de Inravisión para celebrar contratos de concesión de espacios de televisión sin el procedimiento previo de licitación pública con carácter transitorio y excepçional mientras se procede a la nueva licitación cuando venza el término de los contratos actualmente vigentes. Concepto de 21 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Paredes Tamayo. Radicación Nº 052. Consulta formulada por el Ministerio de Comunicaciones. ... ... 56

13. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Consulta relacionada con el personal al servicio del Fondo Nacional de Caminos Vecinales y el reajuste salarial determinado por convención colectiva. Concepto de agosto 8 de 1986. Consejero ponente doctor Eduardo Suescún Monroy. Radicación Nº 058. Consulta formulada por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte. ... ... 60

Págs.

14. Ministerio de Defensa. Consulta relacionada con los decretos dictados por el Gobierno Nacional en virtud del artículo 121 de la Constitución Nacional y la posibilidad de su derogatoria con la expedición de una nueva ley que reglamente toda la materia. Concepto de agosto 8 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación Nº 059. Consulta formulada por el Ministro de Defensa. ... ... ... 63

15. Carrera Administrativa. Aplicación: A nivel nacional. Concepto de septiembre 16 de 1986. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación Nº 067. Consultas del Gobierno. Formulada por el señor Ministro de Gobierno y autorizada su publicación de acuerdo con el Oficio número 0990 del 26 de septiembre de 1986, recibida en Relatoría con Oficio número 477 de octubre 1º de 1986. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 66

16. Ministerio de Desarrollo Económico. Consulta relacionada por el régimen aplicable a los contratos cofinanciados y en especial si les son aplicables los artículos 25 y 252 del Decreto 222 de 1983 o por el contrario se rigen por el Decreto 1569 de 1985. Concepto del 14 de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 043. Consulta formulada por el Ministerio de Desarrollo Económico. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 71

17. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Consulta relacionada con la facultad que tiene el Instituto Nacional del Transporte de fomentar la creación de organismos de economía mixta. Concepto de agosto 22 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación Nº 063. Consulta formulada por el Ministro de Obras Públicas. ... ... 78

18. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Consulta relacionada con el régimen de incompatibilidades, inhabilidades y responsabilidades a que están sometidos los funcionarios de las Cajas de Compensación Familiar. Concepto de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación Nº 053. Consulta formulada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. ... ... ... ... ... ... 81

19. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con los canales regionales de Televisión. Concepto de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación Nº 049. Consulta formulada por el Ministerio de Comunicaciones. ... ... ... 87

20. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con la facultad de los alcaldes para delegar en las inspecciones de policía la competencia que tienen para conocer y decidir los procesos policivos sobre lanzamiento por ocupación de hecho. Concepto de 30 de septiembre de 1986. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación Nº 066. Consulta formulada por el Ministerio de Gobierno. ... ... ... ... 92

21. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con la posibilidad de nombrar en los cargos de Gobernador, Gerente o Director de entidades descentralizadas o jefes de departamento administrativo a los

Págs.

diputados. Concepto de octubre 7 de 1986. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 068. Consulta formulada por el Ministro de Gobierno. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 97

22. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consulta relacionada con la vigilancia judicial de los empleados públicos. Concepto de octubre 17 de 1986. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 056. Consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 100

23. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Consulta relacionada con la vigencia del artículo 26 del Decreto-ley 911 de 1932. Concepto de noviembre 10 de 1986. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación Nº 070. Consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 103

24. Ministerio de Minas y Energía. Consulta relacionada con la vigencia del Capítulo XVI de la Ley 153 de 1887 que regula las sociedades ordinarias de minas. Concepto de noviembre 13 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación Nº 075. Consulta formulada por el Ministro de Minas y Energía. ... ... ... ... ... ... 108

25. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Consulta relacionada con el Acuerdo número 56 de 1964 expedido por el Concejo Municipal de Medellín. Concepto de 21 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo. Radicación Nº 076. Consulta formulada por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 111

26. Ministerio de Gobierno. Consulta relacionada con la interpretación del parágrafo transitorio del artículo 246 del Código de Régimen Departamental. Concepto de diciembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Betancur Cuartas. Radicación Nº 083. Consulta formulada por el Ministro de Gobierno. ... ... ... ... ... ... ... ... ... 116

27. Ministerio de Comunicaciones. Consulta relacionada con las consecuencias de la declaratoria de la inexequibilidad del artículo 51 de la Ley 42 de 1985. Concepto de 9 de diciembre de 1986. Consejero ponente doctor Gonzalo Suárez Castañeda. Radicación Nº 078. Consulta formulada por el Ministro de Comunicaciones. ... ... ... ... ... ... 121

## CAPITULO II

### CREDITOS ADICIONALES

1. Consulta del Gobierno sobre proyecto de decreto por el cual se adiciona el presupuesto de rentas y recursos de capital y se abren unos créditos adicionales en el presupuesto por la vigencia fiscal de 1986. Sala Plena. Concepto de 16 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº C-027. Con salvamento de voto de los doctores Enrique Low Murtra, Simón Rodríguez, Jorge Valencia Arango y Joaquín Vanín Tello. ... ... ... ... ... ... 133

# SEGUNDA PARTE

## CAPITULO II

## FUNCION JURISDICCIONAL

## TITULO I

### ORDEN NACIONAL

## CAPITULO I

### DECRETOS DEL GOBIERNO


Págs.

1. Decreto reglamentario. Acción de nulidad contra los artículos 1º a 8º del Decreto 128 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de agosto 21 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4880. Actor: Occidental de Colombia y otra. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 161

2. Decreto reglamentario. Acción de nulidad sobre varias normas del Decreto reglamentario 3882 de 1985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de octubre 3 de 1986. Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Expedientes números 0060 y 0051. Actor: Paul Cahn Speyer y Alfredo Fuentes Hernández. ... ... ... 187

3. Decreto reglamentario. Acción de nulidad contra el artículo 2º del Decreto 1480 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 13. Actor: Alfonso Luque Brum. ... ... ... ... ... ... ... 193

4. Decreto ejecutivo. Acción de restablecimiento del derecho contra el Decreto ejecutivo número 19 de 1983. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de noviembre 13 de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 164 (9224). Actor: Jairo Montes Moreno. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 199

5. Decreto ejecutivo. Acción de restablecimiento del derecho contra el Decreto número 881 de 1974. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 19 de diciembre de 1976. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 2005. Actor: Ardis Cristopher H. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 207

## CAPITULO II

### DECRETOS DEL GOBIERNO

### SUSPENSIONES PROVISIONALES DECRETADAS

Págs.

1. Decreto reglamentario. Suspensión provisional del artículo 1º del Decreto reglamentario 3174 de 1983. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 4 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº 09. Actor: Carlos Galindo Pinilla. Con salvamento de voto del doctor Samuel Buitrago Hurtado y aclaración de voto del doctor Simón Rodríguez Rodríguez. ... ... 219

2. Decreto reglamentario. Suspensión provisional de los dos últimos incisos del artículo 2º, los dos incisos finales del artículo 3º, la parte final del artículo 4º y el artículo 5º del Decreto reglamentario 1226 de 1986. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto del 15 de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 376. Actor: Tiberio Zúñiga Díaz y otros. ... ... 225

3. Decreto reglamentario. Suspensión provisional del Decreto reglamentario número 1210 de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 22 de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 342. Actor: Jorge Gómez Pinzón. ... ... 232

4. Decretos del Gobierno. Suspensión provisional de la frase "en igual forma como lo venían haciendo antes de la expedición de la Ley 43 de 1975", del inciso del artículo 1º y todo el parágrafo del mismo artículo del Decreto 898 de 1981. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 17 de octubre de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 2176. Actor: Agustín Castillo Zárate. ... ... 238

5. Decreto reglamentario. Suspensión provisional de la frase "y por consiguiente sí tendrán la facultad de solicitar la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento obligatorio", contenido en el inciso 2º del artículo 1º del Decreto reglamentario 477 de 1976. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Auto de 22 de octubre de 1986. Expediente Nº 1979. Actor: Jairo Higuita Higuita. ... ... 240

## SUBCAPITULO II

### SUSPENSIONES PROVISIONALES REVOCADAS

1. Decreto reglamentario. Se revoca la suspensión provisional de los efectos del inciso 5º del artículo 32 del Decreto reglamentario 482 de 1985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de agosto 8 de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 186. Actora: María Luisa Pinzón Jaime. ... ... 247

## CAPITULO III

### RESOLUCIONES MINISTERIALES Y OTROS ACTOS DE LOS MINISTROS

Págs.

1. Ministerio de Salud Pública. Acción de nulidad contra la Resolución 04244 de 1983, expedida por el Ministro de Salud Pública. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de octubre 7 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 73. Actor: Hélmer Zuluaga Vargas. ... ... ... ... ... 253

2. Ministerio de Salud. Acción de nulidad contra la Resolución 5038 de 1981, dictada por el señor Ministro de Salud. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 11 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 114. Actor: Rodrigo Palma Vengoechea. ... ... ... ... ... ... 262

3. Ministerio de Defensa Nacional. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 2103 de 1980 del Ministerio de Defensa Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 5 de diciembre de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 277-9776. Actor: Luis Alcibiades Hernández Castellanos. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 266

## CAPITULO IV

### ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN NACIONAL

1. Instituto de Seguros Sociales. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 1651 de 1984 del Instituto de los Seguros Sociales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 29 de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 1330. Actor: Guillermo Franco Quevedo. ... ... ... 277

2. Consejo Nacional de Estupefacientes. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 0053, 0050 y 0017 de 1984 expedidas por el Consejo Nacional de Estupefacientes. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de octubre 16 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 52. Actora: Aerovías del Norte S. A. ... ... ... ... ... 288

3. Superintendencia de Sociedades. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números SLDAL-09327 de 1985 y 11069 de diciembre de 1985 expedidas por la Superintendencia de Sociedades. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de noviembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Con salvamento de voto del doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº 314. Actor: Aníbal Roa Villamil. ... ... ... ... ... 293

4. Empresa de Puertos de Colombia. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 545 de 1984, 128 y 28326 de 1985 dictadas

Págs.

por la Empresa Puertos de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de noviembre 12 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 28. Actor: Sociedad Navemar Ltda. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 300

5. Federación Nacional de Cafeteros. Acción de restablecimiento del derecho contra los Oficios CG-273 de 1985 y CG-320 de 1985 de la Federación Nacional de Cafeteros. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 14 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 49. Actor: Fabio Tobón Jaramillo. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 307

6. Senado de la República. Comisión de la Mesa. Acción de plena jurisdicción contra la Resolución 108 de 1982 proferida por la Comisión de la mesa del Senado de la República. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 5 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 1101. Actor: César Dimas Barrero M. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 312

7. Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente —INDERENA—. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 0006 de enero de 1984, proferida por el Gerente General del INDERENA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 620. Actor: Rafael Figueroa Figueroa. ... ... ... ... ... ... ... 317

8. Caja Nacional de Previsión Social. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones números 5317 de 1981 y 5449 de 1982, expedidas por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 15 de diciembre de 1986. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 70. Actor: José Joaquín Torres Bohórquez. ... ... ... ... ... ... ... ... 325

9. Procuraduría General de la Nación. Acción de restablecimiento del derecho contra el Decreto número 083 de 1984, proferido por el Procurador General de la Nación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 16 de diciembre de 1986. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente 1329. Actor: Gustavo Gutiérrez Torres. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 337

10. Junta Monetaria. Acción de nulidad contra la Resolución número 75 de 1984 proferida por la Junta Monetaria. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de diciembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Policarpo Castillo Dávila. Expediente número 0006. Actor: Mario Alirio Méndez. ... ... ... ... ... ... ... 344

11. Dirección General de Impuestos Nacionales. Acción de nulidad contra la orden administrativa 002 de 1985, expedida por la Dirección General

Págs.

de Impuestos Nacionales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de diciembre 6 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0816. Actor: Carlos Alberto Parra. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 349

## CAPITULO V

### SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTOS DEL ORDEN NACIONAL

## SUBCAPITULO I

### SUSPENSIONES DECRETADAS

1. Superintendencia Bancaria. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 5007 de 1985, originaria de la Superintendencia Bancaria. Suspensión provisional del artículo primero de la mencionada resolución. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 16 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente 0483. Actor: Banco de Crédito. ... ... ... ... 359

2. Puertos de Colombia. Suspensión provisional de la circular 3.C.61.1. de 1984, proferida por la Gerencia General de Puertos de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 31 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente 2029. Actor: Ernesto Forero Vargas. ... ... ... ... ... ... ... 365

3. Superintendencia de Notariado y Registro. Suspensión provisional de la Resolución 4407 de 1985 y de la 0219 de 1986, proferidas ambas por la Superintendencia de Notariado y Registro. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto del 5 de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº 169. Actor: Mario Gómez Fuentes. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 368

4. Dirección General de Trabajo. Suspensión provisional de la Resolución 475 de 1986, proferida por el Director General del Trabajo del Ministerio del mismo ramo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de septiembre 23 de 1986. Consejero ponente doctor Vanín Tello. Expediente 2098. Actora: Asomar. ... ... ... ... ... ... 375

5. Universidad del Cauca. Consejo Superior. Súspendese provisionalmente el artículo 1º de Acuerdo número 36 de 1985 del Consejo Superior de la Universidad del Cauca. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de 3 de octubre de 1986. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 2031. Actor: Luis Andrade Ríos. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 379

6. Superintendencia Bancaria. Suspensión provisional de la Circular externa OJ-047 de 1986, proferida por la Superintendencia Bancaria. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de noviembre 19 de 1986. Consejero ponente doctor Policarpo Castilla Dávila. Expediente Nº 1483. Actor: Nelson Alberto Osorio Lozano. ... 382

Págs.

7. Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA. Suspensión provisional de las expresiones "dentro del plazo" que figuran en el artículo 1º y "dentro del término de tres meses contados a partir de la publicación del presente acuerdo en el Diario Oficial" contenido en el artículo 6º ambas del Acuerdo número 3 de 1971 proferido por el INCORA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4989. Actor: Hernando Carreño Varela. 388

SUBCAPITULO II

SUSPENSIONES PROVISIONALES REVOCADAS

1. Superintendencia Bancaria. Revócase la suspensión provisional ordenada en el numeral 5º de la parte resolutiva del auto de 16 de julio de 1986 y confírmase las demás partes de la misma providencia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de septiembre 19 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0483. Actor: Banco de Crédito. ... ... ... ... ... ... ... ... ... 393

TITULO II

ORDEN DEPARTAMENTAL

CAPITULO I

ACTOS DE LAS ASAMBLEAS

1. Asamblea Departamental del Quindío. Acción de nulidad contra la Ordenanza número 15 de 1970 de la Asamblea Departamental del Quindío. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 111. Actor: Jesús Laverde Ospina. 403

2. Asamblea Departamental de Norte de Santander. Acción de nulidad contra la Ordenanza número 13 de 1984, expedida por la Asamblea del Departamento Norte de Santander. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de junio de 1986. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 182. Actor: Elías Jaime Castillo. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 406

3. Asamblea Departamental del Magdalena. Nulidad de la Ordenanza número 009 de 1983 emitida por la Asamblea Departamental del Magdalena. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de septiembre 9 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 161. Actor: César Rolando Marcucci Vera. 410

4. Asamblea Departamental de Santander. Acción de nulidad contra la Ordenanza número 21 de 1983, proferida por la Asamblea Departamental de Santander. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 28 de noviembre de 1986. Consejero ponente

Págs.

doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1136. Actor: Alfonso Gómez Castaño. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 414

5. Asamblea Departamental de Sucre. Acción de nulidad contra la Ordenanza número 02 de 1984 proferida por la Asamblea Departamental de Sucre. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de diciembre 12 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 66. Actor: Diego Alvarez Vera. 419

CAPITULO II

ACTOS DE LOS GOBERNADORES

1. Gobernación de Risaralda. Acción de nulidad contra la Resolución 0032 de 1982 proferida por el Gobernador del Departamento de Risaralda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 17 de octubre de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides. Expediente Nº 323. Actor: Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de Colombia. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 433

CAPITULO III

ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN DEPARTAMENTAL

1. Corporación Autónoma Regional del Tolima. Acción de nulidad contra el Acuerdo 014 de 1983 proferido por la Junta Directiva de Cortolima. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de octubre 31 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 368. Actor: Lubín Piedrahita Gutiérrez. ... ... 443

2. Contraloría Departamental del Quindío. Acción de nulidad contra los artículos 4º, inciso 1º, parágrafo 1º, 5º, 6. y 7º de la Resolución 25 de 1986, expedida por la Contraloría General del Departamento del Quindío. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de 30 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº 390. Actor: José Jesús Laverde Ospina. ... ... 447

TITULO III

ORDEN MUNICIPAL

CAPITULO I

ACTOS DE LOS ALCALDES

1. Alcalde Municipal de Cúcuta. Acción de nulidad contra el Decreto 071 de 1984, dictado por el Alcalde Municipal de Cúcuta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 25 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Expediente Nº 194. Actor: Elías Jaime Castillo. ... ... ... ... 453

Págs.

2. Alcaldía Municipal de Paz de Ariporo. Acción de restablecimiento del derecho contra la resolución fechada y suscrita el 28 de junio de 1984 por el Alcalde de Paz de Ariporo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 16 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 5011. Actor: Elf Aquitaine Colombie S. A. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 458

## CAPITULO II

### ACTOS DE LOS CONCEJOS

1. Concejo Municipal de Envigado. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución número 004 de 1984, proferida por el Concejo Municipal de Envigado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 26 de septiembre de 1986. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 128. Actora: María Eugenia Adarve Muñoz. ... ... ... ... ... ... ... 467

2. Concejo Municipal de Itagüí. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 015 de abril 27 de 1983 proferida por el Concejo Municipal de Itagüí. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de 29 de noviembre de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 175-11680. Actor: Pastor Pimienta Estrada. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 475

## CAPITULO III

### ACTOS DE OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DEL ORDEN MUNICIPAL

1. Junta del Area Metropolitana de Bucaramanga. Acción de nulidad contra los artículos 2º, 3º y 4º del Acuerdo metropolitano número 30 de 1983, expedido por la Junta del Area Metropolitana de Bucaramanga. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 11 de julio de 1976. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1144. Actor: Carlos Plata Castilla y otro. ... 485

2. Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución 232 de junio 21 de 1985, de la Junta Directiva del Instituto Metropolitano de Valorización de Medellín. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de 19 de septiembre de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0471. Actor: Carlos Jaramillo Zuluaga. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 490

3. Junta Distrital de Hacienda. Acción de restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 518 de 1981 y 536 de 1982 proferidas por la Junta Distrital de Hacienda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de octubre 10 de 1986. Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Expediente Nº 0979. Actor: Fundación ABOOD-SHAIO. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 497

## TITULO IV

### RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

Págs.

1. Responsabilidad extracontractual de la Nación por la muerte violenta de la señora Solangel Cáceres vda. de Medina causada por un agente de la Policía Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 17 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4852. Actor: Luis Medina Cáceres. 505

2. Responsabilidad del Estado por ocupación permanente por causa de trabajos públicos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de agosto 11 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4853. Actor: Luis González Barreneche y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 519

3. Responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia y/o la Nación por la pérdida de mercancías. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 2 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 3883. Actor: Díaz Ballén Hnos. y Cía. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 523

4. Responsabilidad de la Nación por razón y con motivo de la ocupación ilegal hecha sobre el predio de propiedad de la señora María Victoria Morales de Sussman, ubicado en Silvia (Cauca). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de 1976. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4201. Actor: María Victoria Morales de Sussman. ... ... ... ... ... 533

5. Responsabilidad de la Nación por la muerte de la señora Blanca Idalí Flórez y del señor Eduardo Sabino Lloreda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 10 de 1986. Expediente Nº 3213. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Actor: Nadín Ospina Morales. ... ... ... ... ... ... ... 552

6. Evolución legislativa. Actividad comercial. Pilotaje y movilización de naves. Son desarrollo de sus actividades comerciales y resultan ajenas a la jurisdicción contencioso administrativa. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Bogotá, D. E., nueve de octubre de mil novecientos ochenta y seis. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Referencia: Expediente Nº 4919. Actor: Skandia Seguros de Colombia. ... ... ... ... ... ... ... ... 565

7. Responsabilidad de la Nación colombiana. Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil por accidente aéreo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente 2807. Acumulados 2820, 2819 y 2800. Actor: Teresa García de Pérez y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 570

Págs.

8. Responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados por la falla en el servicio público bancario. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de noviembre 20 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3717. Actor: Finactivos Manrique Castillo Ltda. ... ... ... ... ... ... ... ... ... 578

9. Responsabilidad del Distrito Especial de Bogotá por los perjuicios causados a Gloria Amparo Rodríguez de Martínez por la demolición de una edificación de ésta efectuada durante la diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho que decretó y practicó la inspección 8ª-B de Policía. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 12 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4818. Actor: Gloria Amparo Martínez de Rodríguez. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 598

10. Responsabilidad extracontractual contra el Departamento del Valle del Cauca. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 12 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 4910. Actor: Edgardo Delgado Herrera. 618

11. Responsabilidad de la Nación (Policía Nacional). Por la muerte de Alberto Goenaga de la Hoz. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4950. Actor: Vicente Goenaga Goenaga. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 652

12. Responsabilidad de la Empresa Puertos de Colombia por la pérdida de mercancías. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 18 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Con salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri. Expediente 4081. Actor: Colpatria y otros. ... ... ... ... ... ... ... 656

TITULO V

CAPITULO I

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Contrato celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y Transporte Fondo Vial Nacional y Estructuras Pretensadas Ltda. y otro para la rectificación del sector de la carretera Belén - Capitanejo. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de julio 17 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente 4154. Actor: Estructuras Pretensadas Ltda. y otro. ... ... ... ... 671

2. Contrato celebrado entre la Sociedad Colombiana del Caribe S. A. y el Municipio de Jumbo relativo al suministro de un tractor sobre orugas. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Sentencia de agosto 8 de 1986. Expediente Nº 4653. Actor: Compañía Colombiana del Caribe S. A. 713

Págs.

3. Caducidad del contrato celebrado por las Empresas Públicas de Medellín y la firma Sinducol Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Con aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo y Antonio de Irisarri Restrepo. Auto de agosto 14 de 1986. Expediente Nº 4927. Actor: Sinducol Ltda. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 730

4. Revisión de contrato celebrado entre Armando Díaz García y el Instituto Nacional de Fomento Municipal para la construcción del alcantarillado del Rodadero. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 1677. Actor: Armando Díaz García. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 742

5. Contrato celebrado entre la Promotora de Vacaciones y Recreación Social Prosocial y el señor Fernando Cuervo Rodríguez para la construcción de una piscina en el Centro Vacacional La Esperanza. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de septiembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 3785. Actor: Fernando Cuervo Rodríguez. ... ... ... ... 768

6. Contrato celebrado por el Complejo Contractual de Obras Públicas entre la Sociedad Constructora del Hospital Erasmo Meoz con las sociedades Barco Manjarrés D'Amato Ltda. y otros. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 2 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3352. Actor: Dango Manjarrés y otros. ... ... ... ... ... ... ... 777

7. Contrato celebrado entre la sociedad Nieto Reyes Ltda. y el Fondo Vial Nacional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 30 de octubre de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta, con salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4956. Actor: Sociedad Nieto Reyes Ltda. ... 800

8. Adjudicación del contrato a la firma Conteco Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 30 de de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Con salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Referencia: Radicación Nº 4098. Ordinario contratos. "CORELCA". Actor: Arzuza Ltda. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 809

9. Caducidad del contrato celebrado entre el Departamento Administrativo de Valorización Municipal del Municipio de Cali con el ingeniero Ricardo García López. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de diciembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 3678. Actor: Ricardo García López. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 822

## CAPITULO II

Págs.

### LAUDOS ARBITRALES EN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Contrato celebrado entre el Instituto de Seguros Sociales y el señor Julio César Navarro Giraldo. Tribunal de Arbitramento. Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto de diciembre 12 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Con salvamento de voto del doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4971 (202). Actor: Julio César Navarro Giraldo. ... ... ... ... ... ... ... ... 847

## TITULO VI

### JUICIOS ELECTORALES

1. Nulidad del nombramiento de los Ministros de Educación, Trabajo Social y Agricultura. Sala Contenciosa Electoral. Auto de julio 22 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-004. Actor: Alejandro Cruz Guarín. ... ... ... ... ... ... 859

2. Nulidad del Acuerdo número 6 de 1986 del Consejo Nacional Electoral por el cual se resolvieron las reclamaciones interpuestas durante el escrutinio general de votos emitidos el 9 de marzo de 1986 y se declaró la elección de miembros de Cuerpos Colegiados por la Circunscripción Electoral del Cesar. Sala Contenciosa Electoral. Auto del 29 de julio de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº E-031. Actor: Gustavo Adolfo Gnecco Oñate. ... ... 864

3. Electoral admisión de impugnaciones. Sala Contenciosa Electoral. Auto de agosto 8 de 1986. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº E-028. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 867

4. Nulidad del Acuerdo número 12 de 1986 expedido por el Consejo Nacional Electoral por medio del cual se declara elegido Presidente de la República de Colombia para el período constitucional 1986-1990 al doctor Virgilio Barco Vargas. Sala Contenciosa Electoral. Auto de agosto 12 de 1986. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº E-049. Actor: Pedro Alejo Cañón Ramírez. ... ... ... 869

5. Acción electoral contra el Acuerdo número 13 de 1986 por el cual se resuelven las apelaciones interpuestas durante el escrutinio general de los votos emitidos el 9 de marzo en la Circunscripción Electoral del Departamento del Atlántico, se declara la elección de Senadores, Representantes y Diputados. Sala Contenciosa Electoral. Auto de agosto 13 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº E-055. Actor: Federico Alberto Trujillo Burgos. ... ... 873

6. Acumulación de procesos electorales. Sala Contenciosa Electoral. Auto de 23 de agosto de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expedientes Nº E-010 y Nº E-011. ... ... ... ... ... ... 875

7. Nulidad del acto por medio del cual se declaró electo concejal al señor Gustavo Zuleta Rodríguez por la Circunscripción Electoral de Barbosa

Págs.

Santander. Sala Contenciosa Electoral. Auto de 4 de septiembre de 1986. Consejero ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº E-048. Actor: Jorge Cortés Torres. ... ... ... ... ... ... 878

8. Nulidad del Acuerdo número 8 de 1986 expedido por el Consejo Nacional Electoral pero solamente en cuanto se hace la declaratoria de elección de Senadores por la Circunscripción Electoral del Departamento del Tolima. Sala Contenciosa Electoral. Auto de septiembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-047. Actor: Nelson Borbey Quintero Melo. ... ... ... ... 882

9. Nulidad del Acuerdo número 13 de fecha 14 de julio de 1986 por el cual se resuelven las apelaciones interpuestas durante el escrutinio general de los votos emitidos el pasado 9 de marzo en la Circunscripción Electoral del Departamento del Atlántico, se declara la elección de Senadores, Representantes y Diputados y se expiden las respectivas credenciales. Sala Contenciosa Electoral. Auto de septiembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente E-055. Actor: Federico Alberto Trujillo. ... ... ... ... ... ... ... 885

10. Nulidad del Acuerdo número 4 de 1976 del Consejo Nacional Electoral, en cuanto declaró la elección de Senadores de la República correspondiente a las votaciones que tuvieron lugar en la Circunscripción Electoral de Nariño, concretamente la nulidad de los artículos 1º, 2º, 4º y 7º de dicho Acuerdo. Sala Contenciosa Electoral. Auto de septiembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-034. Actor: Eduardo del Hierro Santa Cruz. 892

11. Nulidad del acto por medio del cual se declararon electos Concejales del Municipio de Soledad, para el período legal de 1986-1988. Sala Contenciosa Electoral. Auto de septiembre 8 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-036. Actor: Hernando Bolívar Barros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 899

12. Nulidad del Decreto 971 de 1986 expedido por el Presidente de la República, por el cual se designó a la Ministra de Educación como Ministra del Trabajo y Seguridad Social *ad hoc*. Sala Contenciosa Electoral. Sentencia de septiembre 11 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº E-025. Actor: Adalberto Carvajal Salcedo. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 907

13. Recurso de súplica contra el auto dictado en estrados por el Consejero ponente durante el curso de la inspección judicial practicada el 31 de julio en la ciudad de Medellín por el cual se negó un recuento de votos. Sala Contenciosa Electoral. Auto de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-017. Actor: Oscar de Jesús Montoya Montoya. ... ... ... ... ... 912

14. Recurso de apelación contra la sentencia de abril 18 de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el cual se denegaron las peticiones de la demanda tendientes a obtener la declaratoria de

Págs.

nulidad del nombramiento o elección del Gerente del Fondo Ganadero de Antioquia. Sala Contenciosa Electoral. Auto de octubre 3 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº E-030. Actor: Santiago Uribe. ... ... ... ... ... ... ... 918

15. Nulidad de la elección de Personero y Tesorero Municipal del Concejo de Facatativá y nulidad de algunos actos consumados en la misma sesión de elección. Sala Contenciosa Electoral. Sentencia de octubre 16 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº E-068. Actor: Luis Alfonso Duque. ... ... ... ... ... ... 927

16. Incidente de nulidad propuesto dentro del proceso E-009. Sala Contenciosa Electoral. Auto de octubre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expedientes Nº E-009 y E-014. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 942

17. Acumulación de procesos electorales. Sala Contenciosa Electoral. Auto de octubre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 010. Actor: Manuel Elías Barcha. ... ... ... 950

18. Pruebas. Súplica contra el auto que no decretó pruebas pedidas en el término de fijación en lista. Sala Contenciosa Electoral. Auto de octubre 30 de 1986. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº E-013. Actor: Fabio Fernández Marín. Con salvamento de voto del doctor Miguel Betancourt Rey. ... ... ... ... ... ... ... 952

19. Apelación del auto que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de la elección de Mercedes del Socorro Bernal Trujillo como concejal de Belén de Umbría. Sala Contenciosa Electoral. Auto de noviembre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Carmelo Martínez Conn. Expediente Nº E-050. Actor: José Uriel Orrego Montoya. Con salvamento de voto de los doctores Gaspar Caballero Sierra y Antonio J. de Irisarri Restrepo. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 960

20. Peritajes por el DAS. Sala Contenciosa Electoral. Auto de diciembre 21 de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº E-041. Actor: Germán Bula Hoyos y otros. ... ... ... ... 967

21. Nulidad de la elección de Concejal Principal del Municipio de Armenia para el período constitucional de 1986 a 1988 de Alberto Gómez Mejía. Sala Contenciosa Electoral. Sentencia de noviembre 27 de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº E-071. Actor: Samuel Antonio Villada O. ... ... ... ... ... ... ... ... ... 969

TITULO VII

REVISION DE IMPUESTOS

CAPITULO I

APELACIONES

1. Apelación de la sentencia del Tribunal de Cundinamarca sobre impuesto a las ventas por el cuarto bimestre de 1975. Sala de lo Con-

Págs.

tencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de agosto 5 de 1986. Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Referencia: Radicación Nº 0100. Actor: Frutera Colombiana S. A. "FRUCO". ... ... 979

2. Apelación de la sentencia de enero 25 de 1986 proferida por el Tribunal Administrativo del Huila. Impuesto de renta y complementarios. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de agosto 5 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0452. Actor: Fructuoso Figueroa Vargas. ... ... 984

3. Apelación del auto inadmisorio de la demanda iniciada en la acción de reparación directa para que se devuelva una suma indebidamente pagada por concepto de impuesto complementario de ganancias ocasionales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de agosto 22 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0590. Actor: Mc. Kesson Corporation. ... ... ... ... 990

4. Apelación de la sentencia de enero 28 de 1981 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca respecto de la liquidación de impuestos sobre la renta por el año gravable de 1971. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0395. Actor: Fábrica de Muebles Artecto S. A. ... ... ... ... ... ... ... 996

5. Apelación de la sentencia de noviembre 27 de 1985 del Tribunal Administrativo de Caldas en relación con la revisión de liquidación del impuesto de renta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 10 de octubre de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0343. Actor: Cortés Goldsworsthy Hnos. Ltda. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1006

6. Apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 21 de mayo de 1986 que negó las peticiones formuladas contra la determinación del impuesto de renta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de diciembre 9 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente 1323. Actor: Representaciones Financieras S. A. ... ... ... ... ... ... ... 1012

## CAPITULO II

### CONSULTAS

1. Consulta de la sentencia de enero 26 de 1986 por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, aceptó la devolución de saldos a favor de la demandante por concepto de impuesto a las ventas. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de octubre 10 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 614. Actor: Irrigaciones Ltda. ... ... ... ... ... ... 1025

## TITULO VIII

### JUICIOS DE JURISDICCION COACTIVA

Págs.

1. Juicio de jurisdicción coactiva adelantado por la Nación contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de julio 11 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 0035. Actor: Planeación contra Ferrocarriles Nacionales de Colombia. ... ... ... 1035

2. Juicio de jurisdicción coactiva adelantado por la Nación contra Santiago Leyva Durán, Producciones Eco Ltda. y Cía. de Seguros Generales Aurora S. A. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de agosto 29 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0547. Actor: La Nación contra Santiago Leyva Durán y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1039

3. Juicio de jurisdicción coactiva adelantado por el Municipio de Pasto contra la Caja de Compensación Familiar de Nariño. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de septiembre 19 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana. Expediente Nº 1138. Actor: Municipio de Pasto contra la Caja de Compensación Familiar de Nariño. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1050

4. Jurisdicción coactiva adelantada por el Departamento de Antioquia contra Blanca Lilia Tejada de Ríos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de octubre 3 de 1986. Consejero ponente doctor Enrique Low Murtra. Expediente Nº 1153. Actor: Departamento de Antioquia contra Blanca Lilia Tejada de Ríos. ... ... 1053

5. Jurisdicción coactiva adelantado por el Instituto de Desarrollo Urbano contra Seguros del Estado S. A. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de noviembre 28 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0031. Actor: Instituto de Desarrollo Urbano. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1056

6. Jurisdicción coactiva adelantada por la Nación contra Gabriel Cure & Cía. Ltda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Auto de diciembre 12 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº 1473. Actor: La Nación contra Gabriel Cure. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1060

## TITULO IX

### RECURSO DE SUPLICA
### (LEY 11 DE 1975)

1. Situación del recurso extraordinario de súplica después del Decreto 01 de 1984. Diferencias de este recurso con el extraordinario de anulación. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Sentencia de septiembre 25 de 1986. Con salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº S-002. Actor: Asociación Holística Colombiana. ... ... ... ... ... 1077

## TITULO X

### RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

Págs.

1. Recurso extraordinario de revisión contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 27 de agosto de 1984. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de diciembre 9 de 1986. Consejero ponente doctor Jaime Abella Zárate. Expediente Nº 0394. Actor: Cartón de Colombia S. A. ... ... ... ... 1091

## TITULO XI

### RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION

1. Deserción del recurso de anulación interpuesto por el Departamento del Huila contra la sentencia de 23 de noviembre de 1984, proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 23 de julio de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 1994. Actora: Nohora Calderón de Cano y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1101

2. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de única instancia proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de julio de 1985. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de julio 29 de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 222. Actor: Fernando Villalobos Ayala y otros. ... ... ... ... ... ... ... 1106

3. Recurso extraordinario de anulación presentación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de agosto 6 de 1986. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 1628. Actora: Laura Lyda Hidrobo de Medina. ... ... ... ... ... 1114

4. Recurso extraordinario de anulación. Caución. Otorgamiento. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de agosto 12 de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 1195. Actor: Jorge Arturo Suárez Sánchez. ... ... ... ... ... ... ... 1195

5. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de julio de 1985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de agosto 22 de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 218-R. Actora: Elizabeth Rodríguez González. 1118

6. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida el 17 de febrero por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Con salvamentos de voto de: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker y doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 029. Actor: Ligia Calderón vda. de Córdoba. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1125

Págs.

7. Recurso de anulación. Costas. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de octubre 3 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4803. Actor: Eustelly de Jesús Ramírez y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1152

8. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 8 de octubre de 1985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente doctor Gaspar Caballero Sierra. Expediente Nº 89. Actor: Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol. ... ... ... ... ... ... ... ... 1154

9. Departamentos Administrativos. Personería jurídica. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de octubre 9 de 1986. Consejero ponente doctor Joaquín Vanín Tello. Expediente Nº 1959. Actor: Marco Aurelio Pérez Bedoya. ... ... ... ... ... ... ... ... 1164

10. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de mayo 14 de 1984, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 28 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Con salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº R-088. Actor: Gustavo Samper Bernal. ... ... ... ... ... ... ... 1165

11. Recurso extraordinario de anulación. Suspensión de la sentencia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de noviembre 12 de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 2164. Actor: Luis Eduardo Moreno. ... ... ... ... ... 1175

12. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó dentro del proceso de reparación directa adelantado por el recurrente contra el Municipio de Quibdó. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de noviembre 24 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 5007. Actor: Nimia Murillo Sánchez. ... ... ... ... ... 1176

## TITULO XII

### RECONSTRUCCION DE PROCESOS

1. Recurso extraordinario de anulación. Declaratoria de deserción del recurso. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de julio 11 de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 1508. Actor: Luis Delio Gómez García. ... ... ... ... 1181

2. Reconstrucción de procesos. Consulta. Deserción del grado de consulta. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de julio 11 de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente 1893. Actor: Fernando Alirio Romero Caycedo. ... ... ... 1183

3. Reconstrucción de procesos. Recurso extraordinario de anulación. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de agosto 12 de 1986.

Págs.

Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 8549. Actor: Aura Garrido de Betancourt. ... ... ... ... ... ... ... 1185

4. Reconstrucción de procesos. Carga de la iniciativa de la reconstrucción. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de septiembre 10 de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente R-113. Actor: Francisco J. Puentes Noguera. ... ... ... ... 1189

5. Reconstrucción de procesos y/o nueva demanda. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 29 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 1336. Actor: Alfonso Arango Henao. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1194

## TITULO XIII

### CUESTIONES PROCESALES

1. Recurso de apelación. Sustentación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de julio 3 de 1986. Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente Nº 42. Actores: Carlos Lugo Charry y otra. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1199

2. Procesos relativos a contratos y reparación directa y cumplimiento. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 8 de 1986. Consejero ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente 4839. Actor: M. P. S. Ltda. ... ... ... ... ... ... ... ... 1204

3. Excepciones previas. Incidente de nulidad. Nulidad por indebida representación. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 17 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4778. Actor: Josué Hurtado Duque y otros. ... 1208

4. Pruebas. Proposición y presentación. Prueba testimonial. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 18 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4727. Actor: Nueva Sociedad de las Minas Nelly Mar. ... ... ... ... 1225

5. Aclaración de autos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de julio 24 de 1986. Consejero ponente doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4792 (380). Actor: Víctor Alberto Arévalo. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1228

6. Poder. Renuncia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de agosto 6 de 1986. Consejero ponente doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker. Expediente Nº 772-8763. Actor: Oscar de Jesús Gaviria. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1231

7. Peritos. Emolumentos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 10 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 2002. Actor: Congregación de Hermanas Misioneras. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1233

Págs.

8. Nulidades procesales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Actor: Gilma Lizarazo de Ramírez. ... ... 1234

9. Acumulación mixta o de objetos y sujetos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 4900. Actor: Gabriel Flórez Borja y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1237

10. Cuantía. Estimación razonada para determinar la competencia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Referencia: Expediente Nº 4888. Actor: Alvaro Guerrero Silva. ... 1242

11. Perención del proceso. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 1º de 1986. Consejero ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4822. Actor: Clara Rugeles de Albornoz y otro. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1247

12. Actos administrativos contractuales. Acumulación indebida de pretensiones. Acumulación de procesos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 1º de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Con aclaración de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4880. Actor: Occidental de Colombia. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1250

13. Demandas presupuestos procesales. Falta de jurisdicción. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 2 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4734. Actor: Mauricio Alvarez Correa. Con salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1260

14. Acumulación de procesos. Requisitos formales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 2 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4870. Actor: Zambrano y Bedoya Ltda. y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1282

15. Acción de nulidad. Conceptos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de octubre 10 de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 395. Actor: Abdalá F. Villa Eljach y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1291

16. Impedimento y recusaciones. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de octubre 23 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº R-370. Actor: Carlos Plata Castilla. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1296

17. Autos de pruebas. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 31 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4933. Actor: Hernando Mendoza Castro. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1299

Págs.

18. Suspensión provisional simple y suspensión provisional en prevención. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de noviembre 25 de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 132. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. 1301

19. Proceso. Gastos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 1º de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3078. Actor: Segundo Rafael Oviedo. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1308

20. Sentencia ejecutoriada. Adición. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 2968. Actor: Amparo Ruiz Zuleta. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1310

21. Prueba testimonial. Función del testigo. Sala Contenciosa Electoral. Auto de diciembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº E-069. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1317

22. Acto acusado. Valor probatorio cuando se presenta al carbón. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de diciembre 4 de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 2032. Actor: Carlos Hernando Stevez Amaya. ... ... ... 1319

23. Ministerio Público de intervención en los procesos contencioso administrativos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 11 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4986. Actor: Carmela Eulalia Núñez de Montola y otro. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1322

Págs.

8. Nulidades procesales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 15 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Actor: Gilma Lizarazo de Ramírez. ... ... 1234

9. Acumulación mixta o de objetos y sujetos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente 4900. Actor: Gabriel Flórez Borja y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1237

10. Cuantía. Estimación razonada para determinar la competencia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de septiembre 18 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Referencia: Expediente Nº 4888. Actor: Alvaro Guerrero Silva. ... 1242

11. Perención del proceso. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 1º de 1986. Consejero ponente doctor Antonio J. de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4822. Actor: Clara Rugeles de Albornoz y otro. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1247

12. Actos administrativos contractuales. Acumulación indebida de pretensiones. Acumulación de procesos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 1º de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Con aclaración de voto del doctor Antonio José de Irisarri Restrepo. Expediente Nº 4880. Actor: Occidental de Colombia. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1250

13. Demandas presupuestos procesales. Falta de jurisdicción. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 2 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4734. Actor: Mauricio Alvarez Correa. Con salvamento de voto del doctor Jorge Valencia Arango. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1260

14. Acumulación de procesos. Requisitos formales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 2 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 4870. Actor: Zambrano y Bedoya Ltda. y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1282

15. Acción de nulidad. Conceptos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de octubre 10 de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 395. Actor: Abdalá F. Villa Eljach y otros. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1291

16. Impedimento y recusaciones. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de octubre 23 de 1986. Consejero ponente doctor Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente Nº R-370. Actor: Carlos Plata Castilla. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1296

17. Autos de pruebas. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de octubre 31 de 1986. Consejero ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo. Expediente Nº 4933. Actor: Hernando Mendoza Castro. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1299

Págs.

18. Suspensión provisional simple y suspensión provisional en prevención. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Auto de noviembre 25 de 1986. Consejero ponente doctor Guillermo Benavides Melo. Expediente Nº 132. Actor: Aerovías Nacionales de Colombia S. A. 1301

19. Proceso. Gastos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 1º de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 3078. Actor: Segundo Rafael Oviedo. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1308

20. Sentencia ejecutoriada. Adición. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 4 de 1986. Consejero ponente doctor Julio César Uribe Acosta. Expediente Nº 2968. Actor: Amparo Ruiz Zuleta. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1310

21. Prueba testimonial. Función del testigo. Sala Contenciosa Electoral. Auto de diciembre 5 de 1986. Consejero ponente doctor Miguel Betancourt Rey. Expediente Nº E-069. ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1317

22. Acto acusado. Valor probatorio cuando se presenta al carbón. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Auto de diciembre 4 de 1986. Consejero ponente doctora Aydée Anzola Linares. Expediente Nº 2032. Actor: Carlos Hernando Stevez Amaya. ... ... ... 1319

23. Ministerio Público de intervención en los procesos contencioso administrativos. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de diciembre 11 de 1986. Consejero ponente doctor Jorge Valencia Arango. Expediente Nº 4986. Actor: Carmela Eulalia Núñez de Montola y otro. ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... ... 1322

FONDO ROTATORIO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA
INDUSTRIA CARCELARIA

Esta obra se terminó de imprimir en la Editorial Penicentral de Colombia en el mes de septiembre de 1989.

BOGOTA, D. E. - COLOMBIA